

EL DEBATE EUROPEO SOBRE FLEXIGURIDAD EN EL TRABAJO (REFLEXIONES EN TORNO AL «LIBRO VERDE» DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ABSTRACT

■ *En el ámbito político, científico y jurídico cobra fuerza el oxímoron “flexiguridad” como principio ordenador de todas sus políticas laborales y sociales. Se trataría de reformar esas políticas renovando los instrumentos garantistas a favor de los trabajadores, para acomodarlas a las exigencias de los cambios tecnológicos y de los renovados sistemas de producción del capitalismo. En realidad, se trata de reformular el equilibrio tradicional en que se mueve el Derecho laboral, de un lado garantizar una relativa seguridad jurídica y económica a los trabajadores, de otro, garantizar una utilización flexible de la mano de obra dentro de las organizaciones productivas. Sobre este nuevo principio, y cómo instrumentar las políticas jurídicas que lo implementen, versan algunos documentos recientes de las instituciones comunitarias entre los que se enmarca el “Libro Verde”, cuya finalidad primordial es plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos. El Libro Verde traza una panorámica sobre las bases en que se asentaba el Derecho*

del trabajo “clásico”, planteando —sin hacer especial hincapié en el mecanismo del diálogo social— una “refundación” de los postulados tradicionales del Derecho laboral, que se consideran obsoletos para afrontar las nuevas realidades socio-económicas, laborales y productivas. Los documentos comunitarios suponen un acicate para el larvado tránsito de una constitución “social” del trabajo hacia una constitución “flexible” de trabajo.

■ *Politikaren eta zientziaren arloetan eta esparru juridikoan zabalduz doa “malgu-segurtasun” oximorona, horien lan- eta gizarte-politika guztien antolamendurako abiaburu gisa. Politika horiek eraberritzea da asmoa, langileen aldeko tresna berme-emaileaz berriztatuz, politikok aldaketa teknologikoei eta kapitalismoaren ekoizpen-sistema berrituen eskakizunei egokitze aldera. Egia esan, Lan Zuzenbidearen oreka tradizionala berriro taxutzea da arazoa, hots, alde batetik, langileei nolabaiteko segurtasun juridikoa eta ekonomikoa bermatzea, eta bestetik, ekoizpen-antolakundeetan laneskua era malguan erabil dadila garantizatzea. Abiaburu berri hori eta berori gauzatzeko politika juridikoak taxutzeko modua jorratzen dute Europako Erkidegoaren dokumentu egosi berri batzuek; “Liburu Berdea” da horietarik aipagarriena, enplegu gehiago eta lan hobeak lortzeko modu iraunkorrean hazteari dagokion Lisboako Estrategiaren helburuari, hau da, Lan Zuzenbidea modernizatzeko bideak aurkitzeari, buruzko eztabaida publikoa Europar Batasunean planteatzea helburu nagusitzat duena. Liburu Berdean, Lan Zuzenbide ‘klasikoaren’ funts ziren oinarriak azaltzen dira, Lan Zuzenbidearen postulatu tradizionalak “berri eraikitzea” planteatuz —gizarte elkarrizketearen mekanismoa bereziki nabarmentzeke—; izan ere, postulatu horiek zaharkituta daude lan, ekoizpen, gizarte eta ekonomia eremuetako erronka berriei aurre egiteko. Europako Erkidegoaren dokumentuok pizgarri dira lanaren eraketa “sozialetik” lanaren eraketa “malgurantz” jotzeko bide ezkutuan.*

■ *In the political, scientific and legal fields, the oxymoron “flexicurity” is gaining ground as the main organizer of all the labour and social policies. This entails reforming these policies, renewing the instruments of guarantee on behalf of the workers, in order to adapt them to the demands of the technological changes and the renewed systems of production of capitalism. In reality, it consists of reformulating the traditional balance around which labour Law revolves, on the one hand guaranteeing relative legal and economic security to the workers and, on the other, guaranteeing flexible use of the workforce within the productive organizations. This new principle, and how to instrument the legal policies which implement it, is dealt with in several recent documents from the community institutions, among them the “Green Paper”, whose main aim is to introduce a political debate in the EU regarding how to modernize the labour Law in order to sustain the objective of the Lisbon Strategy to grow in a sustainable manner, with more and better jobs. The “Green Paper” sets out an outline of the foundations upon which the “classical” labour Law was based, proposing - without placing particular emphasis on the mechanism of social dialogue*

- a "revision" of the traditional postulates of labour Law, which are regarded as obsolete for facing up to the new socio-economic, labour and productive realities. The community documents represent a stimulus for the latent transition from a "social" constitution of work to a "flexible" constitution of work.

1. El «contexto político» del debate europeo sobre flexiguridad

La Estrategia de Lisboa (2000) estaba centrada sobre el objetivo del crecimiento de una ocupación de calidad. No obstante los prometedores cambios de naturaleza institucional y política relacionados con este objetivo, el ritmo de crecimiento de la dimensión social de la UE se ha mostrado lento e inadecuado respecto a la permanente centralidad que los sectores relativos al mercado, la competencia y la política económica y monetaria conservan en el proceso de integración europea.

La UE ha avanzado en las políticas sociales de coordinación (instrumentalizadas a través del *open method of coordination*) con resultados difícilmente evaluables y dispares, pero el método clásico de armonización en cierta medida se ha esclerotizado y su contenido no ha sido ni enriquecido ni actualizado convenientemente, para adaptarlo a las nuevas realidades. Así pues, se ha producido un desplazamiento de los métodos de *hard law* por una forma de gobernanza más difusa y voluntarista (*soft law*). Este desplazamiento metodológico se ve favorecido por la inercia que genera el intenso influjo de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en política social comunitaria, pero también por una incomprensible aceptación de que la armonización ya no es un método válido, cuando lo cierto es que constituye una forma de intervención respetuosa con las tradiciones nacionales y que, si existieran *objetivos sociales claros*, sería un método suficientemente adecuado para una decidida intervención.

Durante los últimos años se ha venido acuñando una expresión que parece haber hecho fortuna en las instituciones de la UE: la «flexiguridad». Dicho concepto —sobre el que no existe una base conceptual unívoca o generalizadamente aceptada— se presenta como un nuevo principio ordenador de las políticas laborales y sociales. Se trata de nuevo concepto «fetichista», como en su momento lo fue el de «flexibilidad», del que no se tiene una conceptualización precisa, ni en el plano macro de las políticas socio-económicas y laborales, como tampoco en cuanto a las políticas y técnicas de regulación jurídica para abordarlo en el plano de las relaciones de trabajo. Se trataría de reformar esas políticas renovando —suprimiendo o trasladando al plano de otras políticas («extralaboralizando» la propia política laboral)— los instrumentos garantistas —jurídico-laborales— a favor de los trabajadores, trasladándolas hacia una más etérea «seguridad en el mercado de trabajo». El objetivo es la acomodación del conjunto político e institucional de tutela del trabajador (tutela jurídico-labo-

ral, política de empleo, política formativa, sistemas de seguridad y protección social) a las exigencias de los cambios tecnológicos, y de los sistemas de producción que el nuevo capitalismo exige. En realidad, por lo que respecta al Derecho laboral, se trata de renovar el tradicional equilibrio de intereses en que se mueve el mismo, de un lado garantizar seguridad jurídica y económica a los trabajadores, de otro, garantizar una utilización flexible de la mano de obra dentro de las organizaciones productivas.

En definitiva, se trata de reformular el oxímoron que plasma el barbarismo «flexiseguridad» como expresión ambigua que fusiona dos términos antitéticos: flexibilidad y seguridad en el trabajo. No debe olvidarse que en el ámbito empresarial cualquier contaminación de la flexibilidad con la seguridad se considera sinónimo de nuevas reglas encaminadas a introducir rigideces en el mercado y la relación de trabajo. Mientras que las voces provenientes del lado sindical identifican el término con la flexibilidad *tout court*, unilateralmente escorada en los intereses del empleador, esto es, destinada a favorecer en exclusiva la empresa y el mercado.

Sobre este nuevo principio, y cómo instrumentar las políticas jurídicas que lo implementen a través de los métodos abiertos propios de la nueva gobernanza europea, versan algunos documentos recientes (en forma de *soft law*) de las instituciones comunitarias. Entre ellos se enmarca el «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006. Este documento se produce en cumplimiento del mandato del Consejo Europeo de la primavera de 2006, donde se encomienda a la comisión estudiar la posibilidad de establecer un conjunto de principios comunes sobre flexiseguridad. El documento ha abierto un renovado debate comunitario sobre «flexiseguridad» en el que han aparecido interesantes documentos tanto de las instituciones comunitarias, de los interlocutores sociales a escala comunitaria y nacional, de la doctrina jurídica y de la propia judicatura.

El propio Consejo Europeo invitó a los Estados miembros a que en los programas nacionales de reforma se elaboren de manera más sistemática estrategias detalladas de actuación para mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas. Asimismo, pidió a la Comisión, conjuntamente con los Estados miembros y los interlocutores sociales, que se estudie «la elaboración de un conjunto de principios comunes sobre flexiseguridad», que puedan servir de referencia útil para logra unos mercados laborales más abiertos y con mayor capacidad de respuesta y unos lugares de trabajo más productivos [Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 23-24 de marzo de 2006 y 8 de marzo de 2007]. En el informe «El empleo en Europa» se dedicaba un capítulo a esta materia, en el Informe conjunto sobre el empleo 2005/2006, y el de 2006/2007 se recomendaba a los Estados miembros avanzar por la senda de la flexiseguridad.

El Comité del Empleo y el Comité de Protección Social presentaron también su contribución conjunta sobre la flexiseguridad (Doc. 9633/06), teniendo ésta —por la importancia que la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea le otorga— un papel relevante en relación con la Estrategia Europea para el Empleo.

El Libro Verde formulaba catorce preguntas sobre las posibles reformas prioritarias del Derecho del Trabajo, para la mejora de la flexibilidad, la seguridad en el empleo y la reducción de la segmentación del mercado de trabajo mediante una cierta relajación de la protección del desempleo y garantizando un nivel suficiente de seguridad en el empleo y de protección social en forma de compensaciones por pérdida de ingresos y políticas activas del mercado de trabajo. El Libro Verde planteaba una serie de disyuntivas, en forma de afirmaciones y preguntas, que en realidad llevan ya su respuesta implícita, sobre las formas clásicas del contrato de trabajo «tradicional»; el trabajo «oculto»; la noción de «trabajo económicamente dependiente» que no depende de la legislación laboral, dado que ocupa una «zona gris» entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil; la necesidad, o inconveniencia, de un «conjunto de derechos mínimos» sobre las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su contrato de trabajo; sobre el papel y las posibilidades de regulación de las empresas de trabajo temporal y las largas cadenas de subcontratación; la ordenación del tiempo de trabajo; la movilidad de los trabajadores; y la eficacia de la cooperación administrativa entre las autoridades competentes para que puedan controlar más eficazmente el respeto del Derecho laboral comunitario.

Da la impresión de que se plantea una «refundación» de los postulados tradicionales del Derecho laboral, que se consideran obsoletos para afrontar las nuevas realidades socio-económicas, laborales y productivas. Pero lo cierto es que está en el código genético del Derecho del trabajo la adaptación dinámica del Derecho del trabajo a las nuevas realidades y funciones que está llamado a atender. La historia más reciente de los ordenamientos jurídico-laborales de gran parte de los Estados europeos ha venido caracterizada por una ininterrumpida sucesión de reformas legislativas que ha tenido el efecto de instalar el «modelo clásico» en un estadio próximo a la arqueología jurídico-laboral. Al margen de la diversidad de las concretas modificaciones introducidas en aquel modelo tradicional y con independencia de los ritmos y de la intensidad de las modificaciones mismas, la práctica totalidad de los ordenamientos europeos han venido acomodando, ya desde hace bastantes años, sus instituciones y estructuras jurídico-laborales a los desafíos que imponen aquellos cambios.

Para este fin se abrió un proceso de consulta pública en la que todos los interesados y afectados pueden intervenir ofreciendo a la Comisión sus respuestas. El Libro prevé una consulta pública sobre las cuestiones planteadas, y la presentación de una Comunicación de la Comisión sobre la flexiseguridad, que «buscará definir los argumentos a favor de la «flexiseguridad», así como una serie de

principios comunes de aquí a finales de 2007 para ayudar a los Estados miembros a incrementar los esfuerzos en materia de reformas». Dicha Comunicación será objeto de tratamiento más adelante, pero lo preocupante del proceso de consulta pública que dejó abierto el Libro Verde, es que la Comisión en ningún momento ha clarificado cómo se realizaría el procesamiento de la gran variedad de réplicas y respuestas de una manera «objetiva» y «transparente», como caracteres indeclinables de una democrática forma de gobernanza.

En definitiva, el Libro Verde alienta reformas del marco normativo de los mercados de trabajo en la línea de una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las exigencias derivadas de un entorno económico extremadamente competitivo. La virtualidad del documento es situar en el orden del día de la agenda europea al Derecho del trabajo. Sus resultados podrían caminar hacia una convergencia que sea capaz de conciliar eficiencia y equidad social, pero también suscita el riesgo de una «*regime competition*» si los Estados inician una «carrera de reformas a la baja» (*race to the bottom*), lo que favorecería la ampliación de las diferencias sociales entre áreas de Europa. También debemos ser conscientes que las políticas de flexiseguridad integran distintas políticas y que afectan a intereses en conflicto, y que, además, no pueden dejar de tener en cuenta las características del sistema económico nacional, del mercado de trabajo y de las relaciones laborales ni las tradiciones de cada ordenamiento laboral interno.

El proceso de consulta abierto por el Libro Verde —con criticables aspectos metodológicos— no está cerrado, pero la Comisión parece haber cerrado filas en torno a postulados no incontrovertidos que se manifiestan en su más reciente Comunicación: «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final.

Este renovado interés por la flexibilización de los mercados de trabajo —y el debate que se abre— quizá suponga un reconocimiento anticipado de que la Estrategia de Lisboa no está produciendo los resultados esperados. Parece como si la responsabilidad en la consecución de los objetivos se traslada ahora a los Gobiernos europeos y también parece que la flexibilización de los mercados de trabajo se concibe como el bálsamo para un modelo de crecimiento que no consigue resultados sociales óptimos en materia de crecimiento y calidad de empleo. Quizá la UE no ha conseguido alcanzar la Estrategia de Lisboa para hacer que la economía europea gane competitividad a través de aumentar el valor añadido de la actividad productiva mediante la innovación, el desarrollo tecnológico y la cualificación de la población trabajadora, y en la «renovación» de la misma trata de trasladar la responsabilidad a los gobiernos europeos, culpabilizando a la regulación laboral y a los derechos de los trabajadores. El Derecho laboral y su entramado jurídico-institucional —sobrevalorando su influjo en la dinámica económica y de empleo— se presenta como el terreno donde experimentar nuevas operaciones de flexibilización de los mercados de trabajo.

De hecho, el Libro Verde no aporta ninguna indicación operativa sobre cómo las instituciones europeas pueden contribuir a resolver el problema que se propone, esto es, la modernización de los sistemas jurídico-laborales nacionales y su posible convergencia hacia objetivos comunes. Tampoco, como intervención de *soft law*, el Libro Verde plantea unos contenidos claros, sino tan solo indicaciones hipotéticas con unas —estas sí— claras metodología economicista y una connotación ideológica neo-liberal en lo atinente a su tratamiento de las cuestiones jurídico laborales.

2. Análisis del Libro Verde (una visión iuslaboral)

a. Objetivos genéricos del Libro Verde

El Libro Verde postula sus objetivos en los siguientes términos: a) Identificar los principales retos pendientes de respuestas satisfactorias y que muestran un desfase evidente entre los marcos jurídico y contractual existentes, por un lado, y las realidades el mundo laboral, por otro; b) reunir a los Gobiernos de los Estados miembros, los interlocutores sociales y las demás partes interesadas en torno a un debate abierto para examinar cómo puede contribuir el Derecho laboral a fomentar la flexibilidad asociada a la seguridad del empleo, con independencia de la forma de contrato, y, en última instancia, a aumentar el empleo y reducir el desempleo; c) estimular el debate sobre la manera en que los distintos tipos de relaciones contractuales, así como los derechos laborales aplicables a todos los trabajadores, podrían favorecer la creación de empleo y ayudar a los trabajadores y a las empresas, facilitando las transiciones en el mercado de trabajo, fomentando el aprendizaje permanente y desarrollando la creatividad del conjunto de la mano de obra; d) contribuir al programa de mejora de la legislación, fomentando la modernización del Derecho laboral, sin olvidar sus beneficios y costes globales, para permitir a los trabajadores y a las empresas comprender mejor sus derechos y obligaciones. También procede tener en cuenta los problemas que afrontan en particular las PYME para sufragar los costes administrativos derivados de la legislación comunitaria y nacional.

La finalidad primordial del Libro Verde consiste en «plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos». En esta dirección, la Comisión considera que «la modernización del Derecho laboral constituye un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas», objetivo que «debe buscarse a la luz de los objetivos de la Comunidad de pleno empleo, productividad laboral y cohesión social». Dicha modernización «se ajusta a la demanda del Consejo Europeo para movilizar todos los recursos nacionales y comunitarios adecuados para promover una mano de obra preparada, formada y adaptable y unos mercados de trabajo

que respondan a los retos derivados del doble impacto de la mundialización y del envejecimiento de las sociedades europeas». Añadiéndose que los mercados de trabajo europeos «deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos».

Interesa destacar que el documento parece «culpabilizar» al Derecho del trabajo «clásico» de la incapacidad del sistema económico para generar empleo suficiente y de calidad, lo que conllevaría la necesidad de flexibilizar o des-regular parte de los elementos básicos (sistema de derechos y garantías) que configuran este tipo de Derecho laboral. Se sobrevalora así el papel del Derecho del trabajo en la consecución de ambiguos objetivos previstos en la agenda de Lisboa. Aunque luego el texto presenta una cobertura en la que es observable un hilo conductor que —al menos en apariencia— pretende dotar de mayores garantías a los trabajadores ante el cambio productivo.

Como ha observado el Comité Económico y Social Europeo¹, la Estrategia de Lisboa no ha alcanzado todos sus objetivos, advirtiendo que es preciso «ser prudentes en los análisis de las causas de esta situación, y evitar centrarlo todo en el Derecho laboral». A juicio del órgano consultivo: «La estrategia de Lisboa revisada debe aspirar a hacer Europa más competitiva, pero también capaz de recuperar el pleno empleo en una sociedad más orientada hacia el respeto al equilibrio entre vida familiar y profesional, que resulte mejor adaptada a las opciones de carrera gracias a la inversión en la capacidad de adaptación de las personas y la lucha contra la exclusión social». De modo que la «modernización del Derecho laboral es tan solo un instrumento más para lograr estos objetivos».

Se estima que la «flexiseguridad» generará un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo ante la innovación y los cambios, y más inclusivo, y evitará los desfases existentes entre los marcos jurídico y contractual y la realidad del mundo del trabajo. Sin olvidar sus beneficios y costes globales, la mejora y modernización del Derecho del trabajo podría fomentar una flexibilidad asociada a la seguridad en el empleo, incrementar el empleo y reducir el desempleo, y conseguir que los distintos tipos de contratos y los derechos laborales favorezcan la creación de empleo, ayuden a los trabajadores y a las empresas, al facilitar las transiciones en el mercado de trabajo, y permitir a las empresas y a los trabajadores comprender mejor sus derechos y obligaciones, ofreciendo incentivos a los trabajadores para explorar más oportunidades de empleo mediante un marco regulador que refuerce la capacidad de los trabajadores.

¹ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, aprobado los días 30 y 31 de mayo de 2007, COM(2006) 708 final, observación general 2.6.

b. El gran «déficit» del Libro Verde: un enfoque al margen de los derechos sociales fundamentales

Es muy significativa una ausencia en el Libro Verde: las referencias a los derechos sociales fundamentales inherentes al constitucionalismo social. Se trata de unos derechos que *deberían* ineludiblemente ser el eje vertebrador de todo proyecto de reforma del Derecho social en la UE. El Libro Verde muestra una total indiferencia hacia el lenguaje de los derechos fundamentales, que ha penetrado en el ordenamiento de la UE a través de la jurisprudencia del TJCE, y que luego se ha recibido por los tratados y en particular por el art. 6 TCE. El razonamiento de la Comisión se ha desarrollado totalmente al margen de los Tratados internacionales donde se configuran derechos sociales como derechos fundamentales, como también respecto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros².

Tales derechos fundamentales —específicos e inespecíficos— actúan en la «zona contractual» de la condición de trabajador y empresario, caracterizada por un contrato de intercambio económico, y actúan como límites —aunque sea «moralizados»— a la autonomía privada, y contribuyen decisivamente a la salvaguarda de un componente axiológico en la relación de trabajo. Las jurisprudencias constitucionales han jugado un papel fundamental en la ampliación material del campo de la constitucionalidad hacia las relaciones inter-privadas (eficacia horizontal de los derechos). Los derechos colectivos e individuales del trabajo han sufrido un proceso de extensión por la fuerza de irradiación de los derechos constitucionales a los diferentes sectores de la vida laboral tanto en aspectos sustantivos (libertad y dignidad personales v. subordinación) como procesales (indefensión)³. Tales derechos constitucionales, en tanto canalizan el respeto de los valores personales de que es portador el trabajador, actúan como correctivo a las exigencias de eficiencia y competitividad de las empresas y contribuyen a delimitar de manera racional y equilibrada lo que puede justificarse en la lógica de un contrato cambiario, de lo que debe respetarse por pertenecer al patrimonio de derechos fundamentales del ciudadano-trabajador. Cualquier operación remodeladora del Derecho laboral habrá de ajustarse a los cánones de constitucionalidad y el respeto por los contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales⁴.

La Carta de Niza —aunque no tenga valor vinculante— contempla los derechos socio-económicos como derechos *pleno iure* afirmando (en su Preámbulo)

² Vid. en esta dirección, LOY, G.: «Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI», *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 47 y sigs.

³ CASAS BAAMONDE, M. E.: «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo», *RL*, núm. 11, 2004, pág. 12

⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

la indivisibilidad entre todas las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos. No existe una plena constitucionalización de los derechos socio-económicos, pero puede ser muy relevante su utilización como criterio de inspiración de las iniciativas comunitarias en la materia —elemento de fundamentación y estructuración que en el Libro Verde resulta imposible apreciar— como también por la jurisprudencia nacional y europea como elemento de interpretación. La propia doctrina del TJCE se refiere a que las instituciones comunitarias en sus procedimientos hacen referencia a los preceptos de la Carta, declarando expresamente la intención de implementarla. Por tanto, resulta poco comprensible que un documento como el Libro Verde, que incide sobre muchos de los derechos reconocidos en la Carta, se desarrolle sin hacer mención alguna a la misma. Además, constituye una ruptura con lo que venía declarando espontáneamente la propia Comisión en esta materia.

Hablar de modernización del Derecho del trabajo debe significar también la apertura de una discusión sobre el contenido esencial de los derechos y su ámbito de referencia, con una mayor atención a los efectos de la Carta de Niza, que por un lado, amplía el espectro de derechos protegidos —incluso para los países dotados de constituciones más avanzadas—, como también constituye para los países de nueva adhesión una obligación de adecuación de sus ordenamientos.

Se observa así un desajuste grave entre la actuación institucional de una institución comunitaria, y el propio marco «constitucional» —iusfundamental-comunitario. El documento es manifestación preclara de un *soft law* que socava el propio *hard law* comunitario. Al respecto, no existe ninguna referencia a las previsiones del art. 136 del TCE, donde se establecen —como principios de acción que inspiran la acción de la Comunidad y los Estados miembros en materia de Política Social—, y *teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, los objetivos de «fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». Estos objetivos también deben promoverse desde la Comisión, asegurando en la UE el respecto a los derechos sociales fundamentales, la promoción del diálogo social, y previniendo la competencia desleal por la vía del *dumping social*.

El problema fundamental del Libro Verde es que suscita un debate que afecta a muchos derechos socio-económicos fundamentales, sin preocuparse de valorar la coherencia de las hipótesis que plantea en cada materia, con el respeto de los derechos y principios establecidos en las Cartas sociales europeas, en la jurisprudencia del TJCE, y en la propia Carta de Niza. En este sentido, escora unilateralmente las funciones del Derecho del trabajo hacia los servicios y las políticas activas en el mercado de trabajo, relegando su función de establecimiento

de *standards* adecuados en la relación contractual (con sus limitaciones y garantías implícitas). *V. gr.* el documento trata de prefigurar un modelo de regulación del mercado de trabajo que tutele también las exigencias individuales frente al peligro del desempleo y la carencia de rentas, pero incluso sobre este plano se ignoran los denominados «nuevos derechos» (derechos sociales de segunda generación), que protegen y sostienen al ciudadano más allá de la existencia de una relación contractual vigente, impidiendo que la inactividad se convierta en una forma permanente de exclusión social. La Carta de Niza reconoce, el derecho a la asistencia social destinada a garantizar una existencia de vida digna (art. 34), con una clara alusión a las legislaciones sobre renta mínima, y el derecho a la formación permanente y continua (art. 14). Estas dos perspectivas, que se consideran estratégicas para responder de manera racional y eficiente a las exigencias de tutela básica del trabajador en las nuevas dinámicas de la economía del conocimiento, están fuera del campo de prospectiva que delimita el Libro Verde.

En esta misma línea, el Libro Verde parece establecer la necesidad —casi ineludible— de reducir los costes y la tutela de los despidos, pero no alude a su conjugación con límites —como la justificación del despido y la existencia de un resarcimiento adecuado del trabajador, que son manifestación del derecho al trabajo reconocido en la mayoría de los ordenamientos constitucionales europeos. La Carta de Niza (art. 30) no sólo reconoce el derecho del trabajador a la tutela contra el despido ilegítimo, sino también que la misma habrá de reconocerse en conformidad con el Derecho comunitario además de con el de las legislaciones nacionales. El documento de la Comisión implícitamente acepta la orientación más liberal por la que la «seguridad» existencial del trabajador es alcanzable exclusivamente por el *corpus* de reglas que disciplinan el contrato de trabajo, mientras que la propia Carta de Niza ha ampliado la visual al plano de la «ciudadanía social», de los servicios públicos destinados a los procesos formativos y a la garantía de un mínimo vital, protegiendo así en parte al ciudadano frente a los eventos ocupacionales.

Por lo señalado, el Libro Verde parece abrir la posibilidad de cualquier opción, simplemente en una óptica que combine «competitividad» y «seguridad». La cuestión es que este segundo concepto —en el modo «europeo»— se explica a través de la semántica de los derechos fundamentales y tiene un consolidado anclaje político, cultural e institucional en textos declarativos solemnes —como la Carta de Niza— y en el circuito jurisprudencial que liga a las Cortes supranacionales con los jueces ordinarios. Todo un mundo que parece no existir para el «pragmatismo infinito» de la Comisión.

El texto obvia la importancia de los principios constitucionales, los derechos anti-discriminatorios y los derechos fundamentales como el esquema conceptual que a nivel de la UE debería ser el referente para la venidera agenda de política social. En este sentido, parece alejado de las propuestas relativas a la conveniencia de abordar más convenientemente los riesgos de reducir la aplicabilidad

de ciertos derechos o de excluir determinadas categorías de trabajadores de los derechos laborales básicos, que sería contraproducente para la expansión de la cobertura de los derechos fundamentales y preservar el propio carácter «autónomo» del Derecho laboral⁵.

Conviene recordar la subsistente ausencia en el plano del Tratado, del catálogo de derechos fundamentales (con una relevante presencia de derechos socio-laborales) de la Carta de Niza, que constituiría un factor institucional importante que puedan servir de incentivo para construir una Europa «constitucionalmente» social. La regulación del trabajo —y sus eventuales «reformulaciones»— han de venir concebidas desde el respeto al sistema de derechos socio-laborales que integran la ciudadanía europea y que se recogen en la Carta de Niza. Es consabido que ese conjunto de derechos actúa como un instrumento que limita la actuación del poder público, y también del poder empresarial (por la eficacia horizontal de tales principios y derechos), situando la igualdad efectiva (o real) como un principio de referencia ineludible, como también el reconocimiento de los derechos de sindicación y de negociación colectiva como instrumentos de emancipación, pero también como elementos imprescindibles de un sistema democrático de relaciones laborales. La dimensión colectiva del Derecho laboral —insuficientemente presente en el documento—, cuyos derechos centrales se recogen en los textos internacionales sobre derechos fundamentales, y además están «constitucionalizados» con un importante núcleo de garantías, es un eje de acción y de regulación indispensable e ineludible para una propuesta de reformulación equilibrada de la tutela laboral.

El Derecho laboral europeo debería estructurarse a partir de un sistema de derechos fundamentales, con atención especial al principio de igualdad real y efectiva que limite los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social. El Derecho laboral no puede funcionalizarse en exclusiva hacia el empleo y el mercado de trabajo, so pena de perder su carácter de sistema autorreferente. Ciertamente, debe ser selectivo en sus prioridades (atendiendo a la posición del trabajador en el mercado de trabajo), quizá —en algunas facetas— algo menos protector y más proactivo (promoviendo el reparto de oportunidades, la calidad en el empleo y el desarrollo personal), y también estar más interconectado con las políticas sociales y económicas relativas a los mercados de trabajo y las instituciones sociales, pero tampoco debe olvidarse que su función clave es estructurar y ordenar la relación de trabajo sobre un *sistema* —*individual y colectivo*— de derechos y garantías, actuando una situación de equilibrio frente a los poderes empresariales, que dejan de estar así inmunes frente a la acción pública y la tutela colectiva. Esta es una vertiente que no aparece en el documento, el Derecho laboral es un mecanismo de juridificación del conflicto social, por tanto, des-

⁵ SCIARRA, S. (dir.): *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, vol. I: General Report, European Commission, Luxemburgo, 2005, págs. 62-63.

empeña una función igualadora entre trabajadores y empleadores, y también se funcionaliza hacia la productividad mediante las posibilidades jurídicas de gestión flexible de la relación contractual. Es una visión sesgada funcionalizar exclusivamente el Derecho del trabajo a la política de empleo, obviando las demás finalidades político-jurídicas del mismo. Como ha señalado el CESE, el Libro Verde, «en ningún momento menciona el histórico papel protector y emancipador del Derecho laboral en sentido amplio, incluido el surgido de los convenios colectivos, con sus especificidades ligadas a las características culturales, sociales, económicas y jurídicas de los distintos Estados miembros»⁶; «...debe reafirmarse el papel fundamentalmente protector y emancipador del Derecho laboral y garantizarse mejor su aplicación para impedir que se ejerza presión sobre los trabajadores, teniendo en cuenta los nuevos desafíos de la globalización y el envejecimiento demográfico»⁷; como también que: «Todo razonamiento que considerara el Derecho laboral protector un obstáculo al crecimiento y al empleo constituiría una visión reductora, en la que el Derecho laboral quedaría reducido a un simple instrumento de política del mercado laboral o a una variable económica»⁸.

c. El tratamiento de la segmentación laboral (¿lucha contra la precariedad u homogeneización a la baja?)

Una de las justificaciones del documento es la necesidad favorecer la «inclusividad» del mercado de trabajo, evitando su segmentación. El texto señala que debe acabarse con la lógica de las dobles velocidades en materia de tutela laboral, superándose la diferencia entre los trabajadores integrados con empleo permanente («*insiders*») y los excluidos u «*outsiders*» (expresión que aludiría a un heterogéneo conjunto compuesto por trabajadores desempleados, personas que prestan servicios en condiciones precarias o en la economía informal y aquellos colectivos integrados en las «zonas grises» del Derecho del Trabajo).

El Libro Verde utiliza una expresión económica propia de una corriente neo-keynesiana de análisis del mercado de trabajo⁹. Dicha teoría presenta importantes limitaciones explicativas del funcionamiento global de los mercados de trabajo¹⁰ y que es consecuencia del reduccionismo metodológico derivado de su visión dual sobre un ámbito social que en la realidad socio-económica se caracteriza por una mayor heterogeneidad (la pulverización del trabajador-tipo o modelo antropológico de trabajador), aparte de presentar dificultades

⁶ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde - Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, cit., observación general 2.12.

⁷ *Ibid.*, observación general 2.15.

⁸ *Ibid.*, observación general 2.14.

⁹ LINDBECK, A., SNOWER, D. J.: *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, MIT Press, Cambridge, 1989.

¹⁰ Cfr. ICHINO, P.: «El diritto del lavoro e i modelli economici», *Lavoro e Diritto*, núm. 1998, págs. 310-311.

en la delimitación de los trabajadores encuadrables en cada grupo. Este análisis dicotómico basado sobre el empleo no es suficiente, la degradación y pauperización en las condiciones de trabajo (la denominada «brasileñización» del trabajo en Occidente) conduce a situaciones donde se tiene un trabajo pero no existe protección social. En consecuencia, conviene relativizar en muchas situaciones el trabajo como factor exclusivo de integración social, si no se acompaña de la tutela de los diferentes sistemas de protección social¹¹. Por otra parte, la crisis del trabajo asalariado hace que quede obsoleto como elemento determinante del reparto del bienestar, haciéndose necesaria la invención de nuevas políticas y criterios redistributivos¹².

Interesa destacar que —en el terreno político-jurídico— la teoría se ha utilizado, no tanto para idear estrategias de «integración» socio-laboral de los excluidos, sino para justificar la introducción de flexibilidad laboral al objeto de reducir el *gap* en los niveles de tutela al objeto de conseguir un pretendido reparto mas equitativo del empleo y abrir cauces que permitan «competir» a los excluidos con el núcleo de trabajadores estables. Además, la teoría también se ha utilizado para erosionar la acción sindical, al considerar que sobreprotege a los *insiders* y genera efectos nocivos para la eficiencia del mercado de trabajo. Como puede verse, la elección terminológica no es absoluto aséptica o neutral. Se trata de una teoría que ha sido utilizada —más allá de sus implicaciones originales— para someter a crítica la existencia de una normativa limitadora del despido y para mostrar, de manera política y sindicalmente explosiva, la disparidad de intereses entre empleados y desempleados (o empleados precarios).

La utilización de esta teoría «explicativa» parece formar parte de una trama político-jurídica de «homogeneización a la baja» en materia de derechos laborales. Así, siguiendo las sugerencias del Grupo Europeo de Empleo (un comité designado por la propia Comisión Europea) el Libro Verde insta a los Estados miembros para que «evalúen y, si procede, revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual y colectivo, o la definición de despido improcedente», destacando la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad en el empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo. Repárese que los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de los despidos individuales o colectivos y también la definición de despido improcedente, constituyen todos ellos elementos clave en la «seguridad profesional» del trabajador.

¹¹ Sobre el proceso de degradación del *status* de los trabajadores asalariados en el marco de los procesos de flexibilización laboral, *vid.* VOGEL, L.: «Derecho del trabajo y precarización de derechos en los Estados de la Unión Europea», *CRL*, núm. 9, 1996, págs. 243 y sigs.

¹² *Vid.* MOUNIER, A.: «La nouvelle question sociale: les mirages du plein emploi», *Économies et Sociétés*, núm. 7-8, 2003, págs. 1429 y sigs.

Aquí reside uno de los primeros prejuicios del Libro Verde. Se asienta sobre un postulado controvertido: la idea de que la flexibilización de las relaciones de trabajo tiene una relación automática y directa con la reducción de las tasas de desempleo. Frente a ello, conviene señalar que no existe una probada correlación entre el impulso de los mecanismos de flexibilidad laboral «externa» y el aumento de la propensión de las empresas a contratar trabajadores. Por el contrario, existe evidencia de mercados de trabajo con altas tasas de empleo que cohabitan con marcos jurídicos que garantizan al trabajador una adecuada rigidez de salida en garantía de su seguridad y estabilidad en el empleo.

La recomposición o reconjugación de tutelas jurídico-laborales es una operación complicada. No debe perderse de vista que la propia «segmentación» viene también «inducida» por las reglas laborales flexibles que se pliegan incondicionadamente a las exigencias «empresariales». El Derecho del trabajo se ha visto sometido a una diversificación contractual para afrontar las exigencias de mejora de la flexibilidad de entrada en el mercado de trabajo, y solucionar los problemas derivados de la inestabilidad de la demanda y de unos mercados globalizados más imprevisibles. Resulta paradójico que ahora sea la propia diversidad contractual (el *supermarket* de la precariedad) la que se presente como la causa de la segmentación laboral, obviándose el dato de que ha sido progresivamente inducida en los ordenamientos internos para conseguir una mayor *flexibilidad estructural* en la relación de trabajo. Ha sido la proliferación de contratos flexibles la que ha incrementado la segmentación del mercado y la inseguridad en cuanto a la renta, menor protección social, etc., y lo que resulta más preocupante, sin que gran parte de dichas contrataciones (o esquemas contractuales) obedezcan a las preferencias del propio trabajador¹³. Este postulado del Libro Verde es además contradictorio con el diagnóstico que se hace en sus propios elementos de justificación, cuando señala que la «búsqueda de la flexibilidad en el mercado de trabajo ha conducido a un incremento de las distintas formas de contratos de empleo, que pueden diferir en gran medida del modelo clásico de contrato, desde el punto de vista tanto de la seguridad de empleo y de ingresos como de la estabilidad relativa a las condiciones de trabajo y de vida inherentes». En esa perspectiva de política laboral flexible debe ubicarse el origen de la segmentación laboral para abordar su tratamiento, y no «culpabilizar» a la instrumentación jurídica de tales políticas de flexibilidad contractual (que es sólo eso, la articulación jurídica de una predefinida política laboral flexible).

El documento de la Comisión, mientras «incita» a reformas que procuren el debilitamiento del *status* jurídico de los «*insiders*» refiriéndose a materias muy

¹³ Segmentación también favorecida también por la descentralización productiva y la generalización del uso de técnicas de *outsourcing*, los fenómenos microcorporativos derivados de las estrategias empresariales basadas en las negociaciones con «grupos especiales», además del establecimiento de trayectorias de carrera y retributivas individualizadas (políticas de identificación de la empresa) acompañadas de estrategias de deslegitimación de los sindicatos y sus instrumentos de representación.

concretas, no realiza propuestas semejantes para mejorar la protección de los trabajadores precarios y conjurar su exclusión a través de una cobertura jurídico-laboral apropiada en lo relativo a sus condiciones de trabajo y su estabilidad en el empleo. En tal sentido, el Libro Verde ha sido una oportunidad perdida para promover una refocalización de la tutela jurídico-laboral, asegurando una protección adecuada a todo tipo de trabajador subordinado, e incluyendo propuestas para promover la transformación desde lo flexible/precario hacia el trabajo regular.

El documento cita el apoyo eventual en el «diálogo social» para la búsqueda de soluciones colectivas o a nivel de empresas, para permitir a los trabajadores «integrados» y a los «periféricos» efectuar con éxito las transiciones entre las distintas situaciones laborales y ayudar a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones¹⁴. Es cierto que la negociación colectiva —a pesar de sus limitaciones intrínsecas— puede desempeñar una trascendente función —complementaria de la acción pública— en el establecimiento de políticas de empleo que favorezcan la integración laboral de los colectivos más desfavorecidos, así como establecer los instrumentos necesarios para introducir elementos de seguridad en las relaciones contractuales más desprotegidas o precarias¹⁵.

Un elemento central que podría desarrollarse al estilo del *welfare* nórdico es la cuestión de las transiciones en las situaciones laborales, y la idea regulativa de la necesidad de una —al menos tendencial— extensión universalista e inclusiva de las tutelas y de las protecciones a favor de los sujetos en situación de riesgo de exclusión social y de expulsión del mercado de trabajo o destinada a equilibrar la ocupación entre sexos, o incluso, favorecer una movilidad voluntaria de la mano de obra.

Por otro lado, el documento comunitario obvia el dato de que en mercados de trabajo ampliamente desregulados y segmentados la inclusión por la vía del empleo deja de presentar un ineludible efecto integrador, sino que pueden darse situaciones de riesgo de exclusión social si el empleo no garantiza los mínimos económicos y de protección social para una vida digna (el «trabajador que vive por debajo del umbral de pobreza»). Precisamente, las políticas de flexibilidad laboral han erosionado la propia capacidad de integración social tradicionalmente atribuida a la inclusión por el trabajo, y la precarización aparejada tampoco ha demostrado un especial influjo en la creación de empleo (en algunos casos,

¹⁴ Sobre el renovado papel de la autonomía colectiva frente a las transformaciones socio-económicas, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILES, J. A.: «Las funciones de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial», *iustel.com*, *RGDTSS*, núm. 5, 2004.

¹⁵ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *Tratamiento convencional de la política de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ha supuesto un efecto de desplazamiento o sustitución de trabajo estable por trabajo precario). Como ha tenido ocasión de afirmar el Parlamento Europeo: «... los estudios recientes de la OCDE y otros organismos han mostrado que no hay pruebas para la afirmación según la cual la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales estándar facilitan el crecimiento del empleo»; señalando «que el ejemplo de los países escandinavos muestra claramente que un alto nivel de protección contra el despido y de normas laborales es plenamente compatible con un alto crecimiento del empleo»¹⁶. El caso español es paradigmático en el sentido contrario, las reformas de 1994 y 1997 introdujeron numerosas medidas de flexibilidad interna y de salida, eliminando anteriores tutelas legales, las reformas laborales de 2002 y 2006 abarataron el coste del despido e impusieron límites máximos a la contratación temporal, pero todo ello no ha supuesto una reducción de la temporalidad en nuestro país, que continuó siendo de las más altas de Europa.

Según el Libro Verde, otras políticas que conforman el enfoque de la «flexi-seguridad» se centran en el aprendizaje permanente; unas políticas de mercado de trabajo que brinden a los desempleados y a los inactivos una nueva oportunidad en dicho mercado; y normas más flexibles en el ámbito de la seguridad social para responder a las necesidades de las personas que cambian de empleo o abandonan temporalmente el mercado de trabajo.

Esto significa que el documento hace más hincapié en los flujos de entrada y salida del mercado de trabajo (inclusión-exclusión) que en los derechos e intensidad de la protección prestada por el ordenamiento jurídico en el seno de la relación de trabajo (re-orientación del Derecho del trabajo al empleo y a la situación del mercado de trabajo). El documento adolece de una discutible relevancia atribuida al factor jurídico (al Derecho del trabajo) como determinante para procurar un crecimiento duradero generador de empleo.

d. La hipotética «obsolescencia» del contrato laboral estándar y sus consecuencias operativas

El Libro Verde traza una panorámica sobre las bases en que se asentaba el Derecho del trabajo «tradicional» basado: en un empleo permanente a tiempo completo; unas relaciones laborales regidas por el Derecho en torno al contrato de trabajo; la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores.

El Libro Verde diagnostica de manera sesgada, disgregada y asistemática el contexto actual del mercado de trabajo sin delimitar causas y consecuencias, y sin diferenciar lo accidental de lo estructural o lo accesorio de lo esencial. Se habla así de «la

¹⁶ *Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI*, de 11 de julio de 2007, apartado 13.

rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el notable crecimiento del sector de los servicios destacan la necesidad de incrementar la flexibilidad. La aparición de la gestión «puntual», la reducción del horizonte inversor de las empresas, la difusión de las tecnologías de la información y de la comunicación, así como una demanda cada vez más cambiante, han empujado a las empresas a organizarse de manera más flexible. Esto se traduce en diversas modalidades por lo que hace a la evolución de la organización del trabajo, el horario laboral, los salarios y el tamaño de la mano de obra en los distintos niveles del ciclo de producción. Estos cambios han suscitado la demanda de una mayor diversidad contractual, esté o no cubierta explícitamente por la legislación europea y nacional».

El Libro Verde señala que el «modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica. Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva». Se obvia que la seguridad en la relación laboral es también un prerequisite importante para el progreso de la productividad.

Como puede comprobarse, el concepto de «modernización» del Derecho del trabajo que propone el Libro Verde se basa sobre los estereotipos y preconceptos relacionados con la recepción acrítica de la aproximación económica neoclásica presente en las instituciones económicas internacionales y la literatura económica prevalente. El documento se instala en la lectura hegemónica de la gestión de del cambio a través de la flexibilidad y la precarización¹⁷, en un discurso que obvia la existencia de intereses colectivos —por lo que es en esencia «individualiza-

¹⁷ En esta dirección tendente al incremento de la flexibilidad, el documento ha tenido una buena acogida por los empresarios europeos, en una lectura tendente hacia la promoción de la flexibilidad en el Derecho del trabajo. *Business Europe* ha considerado que las reformas laborales deben focalizarse hacia la facilitación de nuevos trabajos «como algo opuesto» al intento de preservar los existentes. Además, ha considerado que más que la imposición de restricciones sobre las posibilidades de concluir contratos individuales de trabajo, o la introducción de restricciones sobre la utilización de las formas flexibles de trabajo, las reformas deben enfocarse hacia el apoyo al esfuerzo de las empresas y trabajadores para adaptarse a los cambios del mercado. Para los empleadores, la protección de los trabajadores debe comenzar a depender menos de los instrumentos jurídico-laborales y recaer más sobre la educación y las medidas formativas para asistir a los individuos en sus desarrollos de carrera [BUSINESS EUROPE: *Position Paper. Green Paper modernising Labor Law to meet the challenges of the 21st Century*, de 6 de marzo de 2007, apartados 5 y 16]. Por el contrario, en opinión de la CES, debe reconocerse que muchas de tales fórmulas contractuales precarias no se emplean por necesidades de «flexibilidad», sino que prevalentemente se han desarrollado para proveer mano de obra de bajo coste y con bajo riesgo para la empresa [ETUC: *ETUC position on the European Commission's Green Paper*, Comité Ejecutivo de la CES, 20-21 de marzo de 2007, Roma].

dor» y la noción de igualdad social como elemento esencial de «civilidad». Un plegamiento incondicionado a las exigencias económicas y organizativas no hace sino incrementar las desigualdades e implicar regresiones en las correcciones a los equilibrios de poder que se habían ido consolidando —entre otros mecanismos— a través del Derecho laboral.

La salida del dilema flexibilidad-seguridad se aborda en la perspectiva minimalista consistente en una reducción de los derechos y niveles de tutela, con contenidos mínimos de tutela. Ello implica la «remercantilización» del factor trabajo y la aceptación acrítica de la pérdida de derechos (seguridad) de amplias capas de trabajadores, generalizándose en cambio un núcleo mínimo de derechos que no garantiza un nivel suficiente de estabilidad laboral.

Aquí aparece también un importante problema de método, y es que la racionalidad reguladora del Derecho del trabajo no puede analizarse exclusivamente en datos de naturaleza económica, o de capacidad de adaptación a los cambios económicos, sino que debe atenderse también a sus funciones de mecanismo dinámico de corrección de los desequilibrios de poder existentes en el mercado y en la relación de trabajo y de promoción de condiciones de igualdad social y económica «reales». Por ello, al abandonar esta última perspectiva, plantea una visión unilateral y sesgada del papel del Derecho laboral y las necesidades de reforma que puedan ser necesarias, sin abordar otras cuestiones como la implementación de estándares laborales adecuados (al menos en el núcleo mínimo e irrenunciable de la tutela laboral que forma parte del *acquis communautaire* social) en los nuevos Estados miembros. Para esta última problemática, el documento únicamente se limita al anuncio de un estudio dedicado al desarrollo del Derecho del trabajo en dichos Estados. Téngase en cuenta que en muchos de estos países el Estado social ha sido reemplazado por esquemas puramente neo-liberales, con los consiguientes efectos negativos en relación a los estándares de tutela de los trabajadores y al debilitamiento e inoperancia del movimiento sindical.

El informe sobre el empleo en Europa de 2006¹⁸, señala el Libro Verde, constata que la existencia de una legislación rígida sobre protección del em-

¹⁸ Se trata del denominado Informe «Kok» [*Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce. Chaired by Win Kok, Bruselas, 2003], ampliamente seguido por el Libro Verde. Según este informe —elaborado en una línea claramente flexibilizadora— es necesario evitar la segmentación del mercado de trabajo, sin reducir la flexibilidad, mediante un reequilibrio de protecciones entre los incluidos y los excluidos, reduciendo protecciones excesivas de aquellos y ampliando la insuficiente protección de éstos. El Informe proponía revisar y reajustar el nivel de flexibilidad de los contratos Standard, introducir formas contractuales que respondan a las necesidades efectivas de empleadores y trabajadores, remover obstáculos a las agencias de trabajo temporal, permitir la modernización de la organización del trabajo, hacer más atractivo el trabajo a tiempo parcial, adaptar los sistemas de protección social para apoyar la movilidad de los trabajadores y crear nuevas de seguridad que no se centren en proteger a los trabajadores en el mismo empleo durante toda la vida, sino en proteger la habilidad de la gente para permanecer y progresar en el mercado de trabajo.

pleo tiende a reducir el dinamismo del mercado de trabajo, agravando las perspectivas para las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada. Este informe destaca que «una desregulación «en los márgenes» que mantenga prácticamente intactas las normas estrictas aplicables a los contratos clásicos tiende a favorecer la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad». Según el Libro Verde, la proliferación de distintos tipos de contrato de trabajo en los Estados miembro (la flexibilidad «en los márgenes») se ha producido «en ausencia de una adaptación más completa del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la rápida evolución de la organización del trabajo y de la sociedad», de forma que al «utilizar esos contratos atípicos, las empresas buscan mantener su competitividad en una economía mundializada, evitando, entre otras cosas, el coste que acarrea el respeto de las normas relativas a la protección del empleo, los plazos de preaviso y el pago de las correspondientes cotizaciones sociales». Según el diagnóstico del Libro Verde, aunque haya permitido a las empresas mantener su competitividad, ha generado problemas, en especial el que una parte de la mano de obra esté atrapada «en una sucesión de empleos de corta duración, de baja calidad y con una protección social insuficiente, en situación vulnerable», aunque también sostiene que tales empleos «pueden constituir un trampolín para que algunas personas, a menudo las que tienen especiales dificultades, puedan integrarse en el mundo laboral».

En consecuencia, para corregir y no generar más segmentación y según el Libro Verde, se trataría primordialmente de abordar la flexibilidad de los *insiders* (esto es, los que gozan de seguridad en el puesto de trabajo), pues como señala: «Los marcos jurídicos que sustentan la relación laboral tradicional pueden no ofrecer un alcance o incentivos suficientes a los trabajadores con contratos de duración indeterminada clásicos para explorar oportunidades de una mayor flexibilidad del trabajo». Así pues, y esto parece lisa y llanamente demagogia, serían los propios trabajadores estables los deseosos de caer en brazos de la «arcadia» de la flexibilidad en el trabajo. Lo que pretende consagrar el documento es la inestabilidad laboral como regla, más que la extender de niveles apropiados de seguridad laboral a los *outsiders*. Así pues, la hipotética mejora de las condiciones de vida de las personas excluidas pasaría por la reducción de derechos para los que gozan de una relativa estabilidad en el trabajo. Esta reducción de los niveles de tutela incrementa el poder decisorio unilateral del empleador y lo que es más grave, en la práctica supondría una regresión universalizada en los niveles de tutela laboral. Tampoco el documento es suficientemente preciso en cuanto a una eventual política jurídica de eliminación de figuras contractuales atípicas o precarias, y a la consiguiente «reunificación» del tipo contractual del trabajo. En realidad, pareciera que se trata de mantener la fragmentación consagrada por el régimen jurídico-laboral, y además erosionar el paradigmático y «simbólico» contrato indefinido a tiempo completo.

La idea subyacente en el Libro Verde es precarizar las condiciones de trabajo de los *insiders* al objeto de nivelar a la baja la protección, tampoco se señalan los instrumentos para extender esa tutela mínima para los *outsiders*. Esta limitación del poder sindical y negocial de los *insiders* sería el precio a pagar la inclusión laboral de los que están fuera de la tutela. El razonamiento no puede ser más perverso. En realidad, lo que esconde es la transmutación del conflicto social entre empleadores y trabajadores en un inducido conflicto social «intraclase» que enfrentaría a los propios asalariados en el reparto de unos derechos que evolucionarían a la baja. Esta modernización, claro está, no tendría coste o sacrificio alguno para los empleadores que pasarían a ser meros observadores y sujetos beneficiados de una reducción de tutela.

El documento ignora el potencial papel del convenio colectivo para reducir las diferencias entre *insiders* y *outsiders*. El trabajador precario o atípico tiene bastantes probabilidades —jurídicas o fácticas— de verse excluido de la titularidad y el ejercicio de los derechos de representación, participación y acción colectiva. Replantarse esta cuestión y establecer estrategias clara para la extensión efectiva de las instituciones, derechos y formas de autotutela colectiva a los trabajadores con contratos precarios, sería también una forma adecuada de abordar la reducción de diferencias y sus indeseables efectos.

Por otra parte, el documento no precisa o define cuáles serían esos «otros modelos de relación contractual» que pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva. Repárese que el propio TJCE ha confirmado en varios casos que el derecho a disfrutar de un contrato indefinido de trabajo y el principio de igualdad de trato limita los objetivos de los Estados miembros de flexibilizar sus mercados de trabajo y el Derecho laboral¹⁹. Puede considerarse que el TJCE ha elevado así a principio el beneficio de estabilidad en el empleo, concebido como un elemento principal de la protección de los trabajadores, mientras que sólo en algunas circunstancias los contratos de trabajo de duración determinada pueden responder tanto a las necesidades de los empresarios como de los trabajadores²⁰. Así pues, no resulta clara la necesidad de un «modelo contractual alternativo» cuyos trazos básicos tampoco aparecen en el documento (salvo que se refiera en exclusiva a un contrato de trabajo con protección debilitada frente al despido). ¿Acaso el trabajo estable y de calidad no es un elemento para implicar a los trabajadores en la mejora de la productividad de la empresa?

Los objetivos de Lisboa solamente serán alcanzables si hay un crecimiento económico sostenido que asegure la creación de empleo, y especialmente si ese crecimiento se hace en base al objetivo declarado de competitividad por innova-

¹⁹ Vid. SsTJCE 18 de enero de 2007, caso CGT a.o. v. French Prime Minister; 4 de julio de 2006, caso Adeneler; 22 de noviembre de 2005, caso Mangold.

²⁰ Cfr. VIGNEAU, G. «Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire», *Droit Social*, núm. 1, 2007, pág. 94

ción y por el desarrollo de la sociedad del conocimiento, objetivos que requieren empleo de calidad.

Escasa aportación a estos objetivos puede aportar un planteamiento que consista en el debilitamiento de la tutela laboral «en el trabajo». Frente a este posicionamiento, parece ineludible mantener una opción clara por el fomento del empleo estable por tiempo indefinido como fórmula contractual que mejora el funcionamiento y favorece la implicación de los trabajadores en el proyecto empresarial amén de evitar los consabidos problemas que el exceso de precariedad laboral conlleva a la empresa, a los mercados de trabajo y a los sistemas de protección social. El caso español es un ejemplo preclaro de que la temporalidad no es el mejor instrumento para la creación de empleo, pues fomenta la precariedad (especialmente de los más débiles en el mercado de trabajo, con mayores dificultades de integración), afecta gravemente al principio de igualdad y resiente la productividad empresarial y la formación de los trabajadores, incrementa la siniestralidad laboral, y además, tiene un efecto que suele infravalorarse: introduce un elemento de disciplina empresarial (el «miedo a la no renovación» o la no renovación «como sanción o represalia») que termina por reforzar los poderes empresariales y por debilitar la solidaridad colectiva intra-grupal de los trabajadores, su poder negocial y el potencial del activismo sindical. Desde el punto de vista empresarial parece absurdo un modelo defensivo de competitividad en Europa, mientras que la producción de alto valor añadido —la única que ofrece un futuro a los países más industrializados— ha de asentarse sobre instrumentos contractuales y de gestión opuestos a los contratos atípicos, es decir, que persigan la estabilidad, la fidelidad y la mejora continua de la cualificación de la mano de obra.

El Libro Verde cuestiona si el grado de flexibilidad de los contratos «típicos» facilita la contratación, la permanencia y la progresión en el mercado de trabajo y si una legislación rígida de protección del empleo reduce el dinamismo del mercado de trabajo, agrava las perspectivas de empleo para las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada, genera segmentación en los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad.

Lo que parece desprenderse es que —en opinión de la Comisión— la estabilidad del puesto de trabajo restaría márgenes de maniobra y oportunidad a los trabajadores, mientras que los contratos atípicos garantizarían mayores posibilidades de carrera profesional y mayor formación, y mejor equilibrio entre vida familiar y profesional, junto con mayor responsabilidad personal. El documento presupone que la flexibilidad crea empleo, aunque no existe demostración científica de que ese postulado sea cierto. Incluso la OCDE ha reconocido que no existe una clara relación entre el nivel de protección en el empleo y las tasas de desempleo²¹, de

²¹ En su Informe *Perspectiva del empleo. 2004*, la propia OCDE reconoce que «los trabajos teóricos no permiten dar respuestas definitivas en relación con los efectos de la protección del empleo sobre el desempleo y el empleo de los trabajadores de nueva incorporación», y cuando el Informe menciona los trabajos empíricos, admite «que no existe un consenso unánime en esta materia».

manera que la reducción de la protección en el empleo podría afectar la confianza, la lealtad y el desarrollo personal de la relación de trabajo del lado del trabajador, y también afectar la disponibilidad de las empresas para invertir en cualificación y formación para sus trabajadores, y por ello, tales medidas pueden ser contraproducentes frente al objetivo de incrementar la productividad y el fomento de la innovación empresarial²². No parece demostrado que las oportunidades para los «outsiders» se incrementen reduciendo los derechos y la protección de los «insiders». Hay argumentos para sostener que las cosas no sucederían así. Reduciendo la protección en el trabajo se incrementa la desigualdad, y ello puede potencialmente transformar los «insiders» en potenciales «outsiders» («efecto sustitución»), sin que decrezca el número de trabajadores asolados por la precariedad. Al mismo tiempo, ello podría tener efectos negativos sobre el desarrollo económico en términos de consumo y de productividad del trabajo. Un adecuado nivel de seguridad en el trabajo es prerequisite para inducir la capacidad de innovación de la economía. Las dinámicas económicas se favorecen mejor con alta inversión en educación, formación y formación continua, junto con la promoción de salidas profesionales y la transformación del trabajo «flexible»/precario en trabajo regular, más que reduciendo la seguridad de los trabajadores con empleo regular²³. La mejor manera de solucionar las diferencias de protección entre segmentos de trabajadores no consiste en la generalización del estado de precariedad y los déficit en la protección de todos los trabajadores.

Por otra parte, si la achacada «rigidez» del contrato típico no necesariamente agrava las perspectivas de empleo para ciertos colectivos, lo cierto es que la elevación de las tasas de empleo no será posible sin llevar a cabo políticas públicas activas que fomenten (legislación «promocional») la contratación de tales colectivos. Este es un problema más puramente del mercado de trabajo que de flexibilidad de la ordenación jurídica de la relación laboral.

e. El documento no explora la «flexibilidad interna» y la «flexibilidad consensuada» como salida equilibrada

Frente a la reducción de los niveles de tutela podrían explorarse y aprovecharse —o bien reformularse «con garantías»— las posibilidades jurídicas abiertas a la gestión flexible de las funciones, el tiempo y lugar de trabajo, etc., al objeto de garantizar la estabilidad laboral a través de contratos por tiempo indefinido, salvaguardando el ajuste de las condiciones y los aspectos cuantitativos de la mano de obra a las necesidades productivas. Pero esta es una perspectiva que no está presente en el Libro Verde.

²² ETUC: *ETUC position on the European Commission's Green Paper*, Comité Ejecutivo de la CES, 20-21 de marzo de 2007, Roma.

²³ *Ibid.*

En la perspectiva de la flexiseguridad relativa a las instituciones del Derecho del trabajo (dimensión «micro»), lo cierto es que ya existen numerosas regulaciones que tratan de conciliar las exigencias de flexibilidad para la empresa y también para el trabajador. Las materias de trabajo parcial, el régimen de jornada y horario, las reglas de conciliación de la vida laboral y familiar, los contratos formativos, el trabajo temporal pueden ser —y han sido— experimentadas (legislación «experimental»), incentivadas y generalizadas medidas y modelos de regulación de la flexibilidad en la seguridad, en grado de salvaguardar, al mismo tiempo, algunas garantías de base de la relación común, con exigencias de mayor disponibilidad modulada del trabajo hacia la empresa.

No debe olvidarse que la negociación colectiva puede desarrollar de forma eficaz tal función de adaptación, en clave de efectiva realización de la conjugación entre flexibilidad y seguridad, aunque siempre en presencia de un intenso *core of rights*, formado por un núcleo de tutela mínima que incluye los derechos fundamentales del trabajadores.

El documento parece desconocer una realidad jurídica evidente, la mayoría de los ordenamientos nacionales han flexibilizado también «internamente» la relación laboral, con regulaciones que permiten amplios espacios para la adaptación de las condiciones laborales al contexto cambiante de las organizaciones productivas (exigencias económicas, tecnológicas, organizativas y productivas)²⁴. En consecuencia, uno de los postulados del Libro Verde es inconsistente, dado que los trabajadores «regulares» en amplia medida también han sufrido las consecuencias del incremento de la flexibilidad interna (mecanismos jurídicos de movilidad y modificación de las condiciones de trabajo) y se han adaptado a las reestructuraciones empresariales y los cambios subsiguientes²⁵. Resulta trascendente no perder de vista las posibilidades de seguridad en el empleo que permiten los mecanismos de flexibilidad interna (movilidad funcional, geográfica, etc.) y que pueden erigirse en alternativa frente a la extinción contractual (flexibilidad «externa») con el consiguiente ahorro para los sistemas de protección social.

En muchos aspectos, ello ha supuesto un reforzamiento del poder de dirección unilateral de la empresa, pero esta *flexibilidad funcionalizada a las exigencias*

²⁴ Cfr. VALDÉS DAL-RE, F: «Ne pas sous-estimer la «modernisation» advenue, se défier d'une conception unitaire du couple «flexibilité/sécurité», *Revue de Droit du Travail*, febrero, 2007, pág. 72.

²⁵ A ello se refiere el Libro Verde, casi incidentalmente, cuando señala que la evolución del diálogo social en los diferentes niveles «tendente a introducir nuevas formas de flexibilidad interna, también muestra que las normas aplicables al lugar de trabajo pueden adaptarse a las variaciones de las realidades económicas». Como también que la aplicación de los convenios colectivos a nuevas problemáticas como *v. gr.* las reconversiones, la competitividad o el acceso a la formación, así como su extensión a nuevas categorías de trabajadores «muestra la evolución de la relación entre la legislación y estos convenios, que ya no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales sobre las condiciones de trabajo», sino que en la actualidad «son instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a circunstancias particulares de determinados sectores».

empresariales y de mercado también puede introducirse de manera consensuada si se instauran los mecanismos adecuados de participación, consulta (procedimentalización) y negociación con los representantes de los trabajadores. De nuevo, el elemento clave es la *introducción de flexibilidad consensuada* para atenuar las exigencias empresariales con elementos que permitan un ajuste no traumático para los trabajadores. Pero el Libro Verde adolece también de un déficit en su enfoque, al no integrar la consideración de la gobernanza empresarial, y el importante papel de la participación de los trabajadores y de los mecanismos de control y alerta de los organismos que representan a los trabajadores en la adaptación al cambio y ante las reestructuraciones. El Libro Verde obvia los avances en materia de flexibilidad consensuada que se vienen produciendo en las organizaciones productivas, a menudo apoyados en la negociación colectiva, en la línea de fomentar la flexibilidad interna frente a otros mecanismos más traumáticos de reorganización del factor trabajo en la empresa. Por consiguiente, el análisis que contiene el Libro Verde adolece de simplismo, al confiar la modernización exclusivamente a la rebaja del nivel de protección en el trabajo.

Las propias empresas no se han mostrado —por lo general— demasiado proclives a introducir un uso positivo de la flexibilidad (funcional, organizativa, del tiempo de trabajo, etc.) «con contraprestaciones» (*quid pro quo*) para sus trabajadores (en términos de estabilidad en la duración del contrato de trabajo, desarrollo de mecanismos formativos de mejora de la profesionalidad, desarrollo de oportunidades de flexibilidad bidireccional —*v. gr.* en el tiempo de trabajo o en la carrera profesional— en función de las circunstancias y necesidades personales, familiares, formativas, etc.), es decir, no basada simplemente sobre la reducción de costes o el incremento de las exigencias y sacrificios para el lado de los trabajadores²⁶. El documento —como tampoco muchas de las predicadas nuevas formas de organización empresarial— tampoco incide sobre los aspectos relativos a la introducción de elementos de flexibilidad salarial, que permiten relacionar la dinámica salarial a la productividad y a los resultados empresariales, y que pueden estimular una mayor satisfacción personal y una implicación más intensa de los trabajadores en los objetivos de la organización productiva.

f. La formación como elemento clave del proceso de «modernización»

Solamente después de las consideraciones relativas a la flexibilidad y el replanteamiento de la tutela de los «*insiders*», se alude genéricamente a la for-

²⁶ Esta es una posición compartida de los empleadores europeos, en su consideración que la esencia del enfoque de flexiguridad no es que deba perseguirse la organización de intercambios entre flexibilidad y seguridad, al contrario, en su opinión la flexibilidad —a secar— se concibe como la vía para incrementar la seguridad en el empleo, compartiendo luego las exigencias de diversificación contractual, mercados de trabajo activos y la proactivación de los sistemas de protección por desempleo [BUSSINESS EUROPE: *Position Paper. Green Paper modernising Labor Law to meet the challenges of the 21st Century*, de 6 de marzo de 2007, apartado 12].

mación y al aprendizaje permanente. El documento adolece de un déficit de reflexión en torno a las posibles iniciativas en materia formativa (inicial y continuada) de los trabajadores, tanto de los que están en activo como los que se ven amenazados por las reestructuraciones o los que vuelven al mercado de trabajo tras una interrupción de su carrera por motivos personales, así como las garantías para las carreras profesionales. Como señala el CESE, «los factores reales de productividad son la capacidad de los trabajadores y, por tanto, su formación y experiencia, así como la aplicación de nuevas tecnologías, algo que depende de las inversiones en educación, formación, investigación y desarrollo, tanto públicas como privadas (estas últimas son las que más escasean en Europa)»²⁷.

En este sentido, la legislación «puede favorecer la mejora de las competencias y cualificaciones organizando o facilitando la utilización de financiación y estructuras de formación, precisando derechos e incentivos respecto de la formación (permisos para la formación, cuantías de tiempo de trabajo) a lo largo de la carrera profesional (en contratos y con empresarios sucesivos), según las leyes y prácticas ya existentes o que empiecen a aplicarse, y la negociación colectiva»²⁸. Incluso los empleadores han considerado que los acuerdos entre los interlocutores sociales pueden jugar un papel fundamental en la promoción de una cultura de aprendizaje a lo largo de la vida (*life-long learning culture*). Los instrumentos prácticos desarrollados por los interlocutores sociales para promover la formación continua abarcan desde la creación de fondos para mutualizar los costes formativos a afrontar por las empresas, sistematizando el uso de prerrogativas individuales para el desarrollo de los planes, designando representaciones formativas en las empresas, creando cuentas individuales formativas, y concluyendo acuerdos colectivos que definan los respectivos papeles y responsabilidades en esta materia. Los empleadores consideran que la clave es la creación de las condiciones que induzcan a las empresas y a los individuos a invertir recursos financieros, tiempo y esfuerzo en el perfeccionamiento de las cualificaciones²⁹.

El elemento formativo y la recualificación profesional como políticas preventivas frente al desempleo —y como elemento para maximizar las oportunidades de empleo y/o mantenimiento en el empleo— no aparecen sufi-

²⁷ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», cit.*, observación específica 3.3.2.

²⁸ *Ibid.*, observación específica 3.3.3. No obstante también el CESE es consciente de las limitaciones del Derecho laboral en este terreno pues el mismo no puede recoger «más que una parte limitada (formación continua, participación de los trabajadores) de los elementos indispensables para dominar las nuevas tecnologías y adaptarse a los cambios industriales y sociales. La enseñanza superior, la investigación, el capital riesgo, las «incubadoras» de nuevas empresas y los polos de innovación tienen también un papel que cumplir en el marco de una política industrial competitiva y coordinada a escala regional, nacional y europea» (*ibid.*, observación específica 3.3.3).

²⁹ *Vid.* BUSSINESS EUROPE: *Position Paper. Green Paper modernising Labor Law to meet the challenges of the 21st Century*, de 6 de marzo de 2007, apartado 8.

cientemente postuladas y desarrolladas en el documento. En este sentido, han de mejorarse condiciones y formas de participación pública y privada en estas políticas, junto con unas adecuadas políticas de desarrollo de la cualificación de los trabajadores en el seno de las organizaciones productivas. En esta dirección, el Libro Verde no refleja la aproximación colaborativa de las partes sociales en el desarrollo de tales políticas en los distintos niveles. El tripartismo se ha mostrado un instrumento adecuado para el desarrollo e implementación de las políticas de empleo, en especial, a niveles descentralizados. Como señala el CESE, es «esencial disponer de soportes normativos sólidos y duraderos para garantizar la formación permanente y los cambios de empleo», conjugando la intervención pública y la de los interlocutores sociales, y el sistema que se aplique deberá estar «relacionado también con los contratos de trabajo y debe materializarse en unas instituciones que garanticen el apoyo a los cambios, asistencia económica (las formas de financiación deberán negociarse o debatirse) y centros de formación públicos, colectivos o cooperativos, o formación laboral en la empresa (empresa cualificadora) con reconocimiento de las cualificaciones así obtenidas»³⁰.

g. El nuevo «trade-off»: flexibilidad laboral por «seguridad en el mercado» (del Derecho laboral a la política de empleo y los sistemas de protección social)

El Libro Verde entiende que «unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo». También se indica —siguiendo el Informe sobre el empleo en Europa— que los trabajadores «se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo», aunque previamente, de manera contradictoria, se indica que la diversificación de los contratos de trabajo crea para los trabajadores el riesgo de caer en la trampa de una sucesión de actividades de breve duración y de baja cualidad, con un insuficiente nivel de protección social, que los deja en una situación de vulnerabilidad.

Frente a los postulados sostenidos por la Comisión, críticamente puede señalarse que la flexiseguridad no debe eliminar los estándares de tutela desde la perspectiva del Derecho laboral. La seguridad «fuera de las relaciones laborales» no es propiamente una alternativa al Derecho laboral, salvo que el mismo pierda cualquier elemento de «autorreferencia» y pase a ser un mero instrumento o anexo incondicionante de la racionalidad de mercado. Pero esta es la tesis de la seguridad, un nuevo compromiso social en el que, como contrapartida a las mayores dosis de movilidad en los mercados, se ofrezca a los trabajadores una mayor seguridad en el mercado y en los itinerarios laborales.

³⁰ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», cit., observaciones específicas 3.6.1 y 3.6.2.*

Estamos ante una compensación entre elementos no homogéneos ni fungibles: niveles de garantía iuslaborales con elementos de seguridad atinentes en el mercado de trabajo. La tutela en el mercado de trabajo es solo una posibilidad o expectativa por contraposición a los derechos laborales del trabajador ocupado. Es muy discutible que el mercado sea capaz de compensar la mayor exposición al riesgo derivada de la reducción de las tutelas inherentes a la relación de trabajo.

Se trataría de combatir la segmentación del mercado de trabajo, sin eliminar las formas flexibles de empleo, y conseguir una mayor equiparación de tutelas, adaptando los sistemas de protección social y favoreciendo una mayor movilidad de los trabajadores, proponiendo la creación de nuevas formas de seguridad que ya no se referirían a la protección del puesto de trabajo y de un empleo tendencialmente de por vida. Se trataría de proteger a los trabajadores en el mercado de trabajo, favoreciendo la integración de los trabajadores precarios a través de rentas sustitutivas y políticas activas de empleo, de manera que se refuerce la ciudadanía social en las discontinuidades y transiciones profesionales, de manera que las mismas no signifiquen una pérdida de derechos de ciudadanía³¹.

Como contrapartida a la menor protección del puesto de trabajo, la flexi-seguridad ofrece «una mayor seguridad en el decurso profesional, ampliar la seguridad y la protección de los trabajadores atípicos, políticas activas de mercado de trabajo que ofrezcan oportunidades de empleo y sistemas más flexibles de protección social que atiendan las necesidades de las personas que cambian de empleo o que dejan el mercado de trabajo temporalmente, lo que implica una regulación laboral legal y colectiva menos rígida que facilite la adaptabilidad en el mercado y en la organización del trabajo, y mayores niveles de seguridad de estar y de progresar en el mercado de trabajo y con adecuada y fuerte protección social, en particular mediante medidas activas y activadoras»³².

Ciertamente, el sistema de protección social debe asegurar prestaciones suficientes y acompañamiento individualizado para la búsqueda de empleo y los poderes públicos y las empresas deben asegurar un sistema de formación permanente, pero ello no es una vía alternativa —sino complementaria— de la seguridad jurídica y económica proporcionada por un Derecho laboral con estándares europeos. Además, téngase en cuenta que tanto la adopción de políticas activas del mercado de trabajo, como las medidas de protección y acompañamiento del desempleado son políticas y ámbitos de la acción pública fuertemente condicionadas por elementos tan contingentes como el nivel económico y las opciones de

³¹ Vid. ACCORNERO, A.: «Different kinds of flexibility: reconciling different interests», en AA.VV., *Reconciling labour flexibility with social cohesion — Facing the challenge*, Conseil of Europe, 2005, pág. 149.

³² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», *RL*, núm. 15-16, 2007, pág.9.

política-jurídica prevalentes (se trata, pues, de una «seguridad inestable»). Un respaldo a los desempleados bien diseñado y eficiente debe existir en cualquier caso, sea cual sea el grado de protección en el empleo, complementado con sistemas adecuados de formación o reciclaje profesional.

El canje «seguridad en el trabajo» por «seguridad en el mercado» que trasluce el documento se decanta por una serie de propuestas precisas en la primera dirección y unas inconcretas y genéricas propuestas en el segundo, lo que podría considerarse como una invitación a «dar moneda cierta a cambio de buenas intenciones». No hay ninguna correlación automática entre la reducción de la tutela en la relación de trabajo y el reforzamiento de la estabilidad en el mercado de trabajo. El documento ignora completamente los costes sociales y asistenciales derivados de tal «reubicación» del riesgo social de empresa. En gran medida, el planteamiento es funcional a una «externalización» o «exteriorización» del riesgo laboral hacia el trabajador —en el plano individual— y la sociedad en general. Bajo este prisma de la distribución del riesgo, la flexiguridad despliega los mismos efectos que la flexiseguridad, que los riesgos propios de la actividad empresarial se desplacen hacia la mano de obra, incidiendo especialmente en los más desprotegidos, como también hacia los poderes públicos.

Todo este razonamiento del Libro Verde parece ignorar el componente de *status* derivado de la «ciudadanía social», que se instrumenta en el Derecho laboral como factor de integración real y compensación de las desigualdades existentes en la relación de trabajo. Además, hay algo también preocupante, las medidas ofrecidas como contrapartida no presentan el mismo grado de certeza y definición para que el cambio —y la transacción implícita— sea medianamente aceptable y fiable (*v. gr.* el aprendizaje permanente o la remodelación de los sistemas de protección social requieren medidas y procesos complejos de implementación).

Escasa aportación a los objetivos de crecimiento de empleo de calidad puede aportar un planteamiento que consista en el debilitamiento de la tutela laboral «en el trabajo» y su sustitución por una seguridad externa a ésta. La seguridad «externa» a la relación laboral tampoco será asegurable sin el crecimiento y políticas públicas redistributivas y solidarias para financiar prestaciones públicas y políticas activas del mercado de trabajo, esto es, requieren de una disponibilidad presupuestaria que también ha entrado en crisis: la opción por sistemas fiscales redistributivos que aporten cierta seguridad respecto de la suficiencia económica para sostener las políticas públicas de protección frente al desempleo.

A pesar de tales referencias, tampoco el documento sitúa la flexiseguridad en un ámbito «macro», con relación a los sistemas integrados de relaciones industriales y de *welfare* existentes en los países nórdico-europeos, donde se presuponen condiciones sociales e institucionales bien peculiares: una regulación flexible de la relación de trabajo correlativa a una proporcional capacidad de protección

del mercado por obra de instituciones controladas directamente por los sindicatos y generosamente financiada por los Estados con la fiscalidad general. En tales países, la disponibilidad sindical para admitir el relajamiento de la ordenación jurídica de la estabilidad en el empleo ha venido en función de las grandes ventajas del aparato sindical de los países escandinavos derivadas de la implantación de modelos de flexiseguridad. Para alcanzar un funcionamiento óptimo del mercado de trabajo en este tipo de sistemas se requiere de adecuadas y sólidas políticas sociales que permitan considerar fiable este *trade-off* entre los diferentes tipos de seguridad (en la relación de trabajo y en el mercado de trabajo). En tanto no se evidencie la instauración de un sistema tutelar con sólida protección al desempleo y eficientes políticas activas de empleo y sistemas de formación continua, no podría darse el tránsito propuesto por el documento.

Téngase en cuenta que los prerequisites no se dan —o no se dan con toda la intensidad requerida— en los países del área mediterránea o de la Europa del Este donde se ha hecho más hincapié en la protección frente al despido. En muchos Estados miembros donde los sistemas de protección social y las políticas activas del mercado de trabajo todavía están por implantar o reforzar convenientemente, la renuncia a la tutela «en el trabajo» no es sino un «salto al vacío». Este nuevo intercambio o reequilibrio que se propone tiene el problema de que sus elementos tienen perspectivas temporales diferentes, de inmediato una mayor desregulación y flexibilidad laboral y como contrapartida promesas de mejoras en las carreras profesionales futuras y en la protección en el mercado y en la cobertura social. En este sentido, se ha formulado como contrapropuesta la idea de *flexinsurance* como instrumento flexible para afrontar la desregulación del mercado de trabajo, concediendo más seguridad para lograr más flexibilidad y evitando entender que los derechos laborales sean sustituibles, comparables o compensables con los beneficios de los sistemas de protección social o las medidas proactivas de las políticas de empleo³³.

En cualquier caso, se trata de una transformación que exige un análisis previo de los riesgos del empleo que presenta cada mercado de trabajo para decidir —en un necesario diálogo multipartito— cómo se distribuyen tales riesgos y cómo se distribuyen las responsabilidades sobre la «empleabilidad» y el tránsito a un mercado de trabajo más transicional. En los diferentes Estados los trabajadores están expuestos a riesgos del mercado laboral similares, pero han desarrollado una «constelación única» de instituciones para compartir tales riesgos que reflejan su historia particular³⁴. Una modificación institucional y de redistribución funcional de los riesgos como la que propone el Libro Verde no será implantable

³³ Vid. TANGIAN, A.: «Flexibility - Flexicurity - Flexinsurance: Response to the European Commission's Green Paper «Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century»», WSI-Diskussionenpapier, núm. 149, 2007, págs. 21 y sigs.

³⁴ Vid. JACOBY, S. M.: «Risk and the Labor Market», en AAVV., Berg, I., Kalleberg, A. L. (eds.), *Sourcebook of Labor Markets*, Kluwer, New York, 2001, págs. 31 y sigs.

en muchos Estados sin un elevado grado de consenso social y una reforma profunda de las políticas e instrumentos de fomento del empleo y de protección —activa y pasiva— por desempleo.

Conforme al modelo promovido por la OCDE³⁵, las políticas de flexiseguridad se caracterizan por los siguientes elementos: una flexibilidad de las condiciones de trabajo y de la protección frente al despido (Derecho del trabajo), o dicho de otra forma, una legislación de protección «en el trabajo» moderada; una alta participación en el aprendizaje permanente; un nivel relativamente alto de subsidios por desempleo, para subvenir a las necesidades derivadas de la transición entre dos empleos (sistemas de Protección Social); una activación de los dispositivos de inserción profesional, con la finalidad de reducir el tiempo entre la pérdida de un empleo y la contratación en otro (políticas de empleo y de formación profesional continua). En realidad, como puede comprobarse, tales cuestiones nunca han estado —ni estarán— escindidas del Derecho del trabajo, como tampoco se puede culpabilizar a éste en exclusiva de las deficiencias de los mercados de trabajo.

El mensaje implícito en el Libro Verde tiene el riesgo de que también permite una lectura recondutora de la flexiseguridad a una flexibilidad por la vía de la «desregulación», cuando lo más adecuado sería la adecuación de los derechos laborales a nuevos enfoques que eliminen rigideces, pero integren elementos suficientes de seguridad jurídica y económica. Esto es, la idea es reconciliar flexibilidad y seguridad, la flexiseguridad como alternativa a la desregulación y la flexibilidad estricta. En lugar de liberalizar los mercados de trabajo se necesita un nuevo tipo de seguridad basado también en un trabajo más flexible.

Ciertamente, los sistemas de «tutela en el mercado» deben desarrollarse y mejorarse, pero solamente cuando demuestren una eficiente capacidad protectora e inclusiva en el mercado de trabajo se estará en grado de abandonar facetas de la seguridad en la relación contractual laboral a favor de una mayor flexibilidad. Es un dato que muchos países europeos han realizado las reformas oportunas para la «activación» de los sistemas de protección social y de Seguridad Social (especialmente en el régimen de protección por desempleo). De esta forma, las funciones del grupo normativo del seguro de desempleo se ha transformado en profundidad, dado que ya no se trata solamente de asegurar la vertiente pasiva de la protección (rentas de sustitución), sino asistir a los trabajadores para un rápido retorno al mercado de trabajo (políticas de activación inspiradas en el *workfare*), lo que también ha obligado a las reformas oportunas para hacer más operativos los servicios públicos de empleo. Estas transformaciones conllevan una transformación de las relaciones entre el ciudadano protegido y las entidades encargadas de su colocación, basadas en el paradigma de la «con-

³⁵ OCDE: *Boosting Jobs and Incomes, Policy Lessons from Reassessing the OECD Jobs Strategy*, 2006.

tractualización» (tanto de los compromisos del desempleado como del régimen prestacional) y la responsabilización del desempleado.

Los sistemas nórdicos muestran el camino para avanzar en esta dirección, pero será un proceso gradual en el que habrán de vencerse aspectos culturales y éticos para poder transplantar tales modelos a otras áreas geográficas europeas. Lo cierto es que solamente un mercado de trabajo «inclusivo» cuyas instituciones funcionen eficientemente y que esté adecuadamente «asistido» y «activado» (*Estado activo del bienestar*) permitiría aceptar la transformación que propone la Comisión. Pero estos prerequisites son inexistentes en la generalidad de los Estados miembros. Esta sería la condición ideal para reformular el Derecho del trabajo sobre un terreno más seguro. Además de ello, se requeriría también una participación institucional de los agentes sociales en la actuación administrativa relativa al empleo y la colocación y en los servicios sociales establecidos para la tutela del desempleo, y una reconsideración de su papel no tanto como negociadores (en una perspectiva conflictual), sino como organización de servicios e intermediarios entre las instituciones públicas y los trabajadores ciudadanos en la línea de favorecer el acceso a tales servicios y mejorar las oportunidades de empleo. Es decir, la noción de flexiseguridad deberá incluir las acciones conjuntas de las empresas, de los interlocutores sociales y de los poderes públicos locales para asegurar que las transiciones profesionales de la mano de obra sean lo menos traumáticas posibles.

En el modelo que plantea la Comisión, se trataría de reducir significativamente la protección «dentro» de la relación laboral a cambio de una mejora de la protección y asistencia frente al desempleo. En la óptica de la Comisión, el binomio flexibilidad/seguridad se salda concentrando la primera en la relación de trabajo, dejando que la seguridad se alcance a través de los sistemas de protección frente al desempleo. En cierta medida, supone «externalizar» o trasladar el riesgo empresarial hacia los instrumentos de protección social, que asumirán el coste «social» derivado de una gestión flexible de la mano de obra que otorgue ventajas competitivas en el marco de la economía globalizada. La aceptación incondicionada de esta concepción supondría una crisis del modelo de trabajo con cierta protección y derechos (que actúan como límites al poder empresarial). Este espacio de protección pasaría a cubrirse con una política pública asistencial (compensar a través de instrumentos de tutela pública la falta de garantías dentro de la relación contractual de trabajo). También en este plano el documento obvia el lenguaje de los derechos sociales, pero el problema más relevante de este enfoque es no tener en cuenta que los sistemas de protección social tienen menor capacidad de tutela cuando son más necesarios, esto es, en las etapas de dificultad económica cuando las tasas de desempleo son más altas. Por ello, la mejor manera de garantizar el equilibrio financiero de tales sistemas, es una política jurídica que también fomente la estabilidad *en el trabajo*. Repárese de la complejidad de la operación, en sistemas de protección por desempleo que

operan sobre una base prevalentemente contributiva el efecto de segmentación puede incrementarse, mientras que si se opta por una dimensión más universal y asistencialista, el sistema vendría gravemente afectado por su ineficiencia para una cobertura económica adecuada del desempleado.

En un entorno más cambiante se hace necesaria una política que incida en las políticas activas del mercado de trabajo combinadas con sistemas adecuados de prestaciones por desempleo que promuevan la reintegración en el mercado de trabajo. Además, es necesaria una readaptación de los sistemas de Seguridad Social en función de la multiplicidad de transiciones posibles en unos mercados de trabajo más dinámicos, además de medidas que promuevan la recualificación y el aprendizaje continuo y que fomenten la conciliación del trabajo con la vida privada y familiar. Pero esta reconfiguración jurídico-institucional para el soporte a un mercado de trabajo más transicional no tiene porqué conllevar o basarse necesaria e ineludiblemente en la «flexibilización» del Derecho laboral. En este sentido, el Libro Verde predica una concepción limitada de la flexiseguridad a la flexibilidad laboral (especialmente contractual) conjugada con una visión parcial de la seguridad (asentada primordialmente en el impulso a la «empleabilidad» a través de la formación y las políticas activas del mercado de trabajo).

Por otra parte, surgen serias dudas sobre la aplicabilidad de esta receta a países con elevadas tasas de desempleo, o con dificultades para la reincorporación en el trabajo derivadas de las particularidades de los mercados de trabajo, con el correlativo coste presupuestario que conllevan. ¿Cómo aceptarla en los nuevos Estados miembros que no tienen desarrolladas sólidas redes de protección social y políticas activas frente al desempleo? Asimismo, ¿cómo implementar esta estrategia sin una mayor presión fiscal? Si la tendencia generalizada son las políticas fiscales de «*flat tax*», resulta evidente que el Estado no podría desempeñar su papel tutelar «en el mercado», y los trabajadores estarán simplemente llamados a aceptar una mayor elasticidad en el empleo sin contraprestaciones en el plano de la tutela frente al desempleo.

El texto reconoce que el Derecho laboral no es el único factor pertinente en este contexto y que las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo reconocen que también puede ser necesaria una revisión de la presión fiscal para facilitar la creación de empleo, especialmente para los empleados con bajos salarios. Pero si se rebaja la presión fiscal, cómo financiar los instrumentos de «tutela del empleo» una vez que el documento —como veremos— aboga por una flexibilización de la relación laboral.

Es lo cierto que en aquella lógica de instauración del Derecho flexible del Trabajo (que es la proyección en el campo jurídico-laboral del Estado «social» de competencia económica) se inserta la *Comisión de las Comunidades Europeas: «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»* (Bruselas, 22.11.2006, COM (2006) 708 final) y la Nueva Comunicación de la

Comisión Europea sobre «flexi-seguridad» de 27.6.2007³⁶. Cabe realzar ahora que estas intervenciones comunitarias no son desde luego ajenas a los ciclos vitales de las personas y, por otra parte, es también innegable la estrecha conexión funcional e instrumental entre las políticas de «flexi-seguridad» de los mercados de trabajo y las políticas de Seguridad Social (y, en general, de protección social). En este documento se refleja la referida tendencia a pasar del Derecho del Trabajo Clásico —garantista en sentido fuerte— al Derecho flexible del Trabajo emergente de modo cada vez más patente³⁷, donde las reformas postuladas son típicamente estructurales, pues se redefinen los fines, las instituciones y las estructuras normativas de este sector de ordenamiento jurídico. Debe retenerse, así, el carácter estructural de las políticas de flexibilidad.

En principio, parece que la Comisión europea³⁸ pretende, como se ya ha hecho notar antes, conciliar flexibilidad y seguridad; armonización difícil en contextos de incertidumbre y de reestructuración permanente como es característica de la coyuntura actual. Los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la

³⁶ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Hacia los principios comunes de la flexi-seguridad: más y mejor empleo mediante la flexi-seguridad y la seguridad*, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones», Bruselas, 27.6.2007 COM (2007) 359 final. La propia Comisión Europea ya había intervenido en este asunto. Así, de modo destacado, en la COMISIÓN EUROPEA: «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo. Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. COM (2003) 6 final.

³⁷ Es la progresión de la tendencia ya advertida en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo blanc, 1996.

³⁸ Dentro del debate abierto, el Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución titulada «Reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI» de 11 de julio de 2007, donde plantea algunas discrepancias de procedimiento y de concepto frente respecto a los criterios formulados en el Libro Verde. Así, por ejemplo, lamenta que no se consultara a los interlocutores sociales conforme a lo previsto por el artículo 138 del Tratado CE, considerando que el Libro Verde tiene nitidamente implicaciones importantes en el campo de la política social, dado que resulta muy significativo cuando presuntamente el «modelo social europeo» trata de asentarse sobre el diálogo social. Por otra parte, discrepa enérgicamente del marco analítico presentado en el mencionado Libro Verde, que reivindica que el contrato laboral indefinido estándar está anticuado, aumenta la segmentación del mercado laboral y la diferencia entre «incluidos» y «excluidos», y debe por lo tanto considerarse como un obstáculo para el crecimiento del empleo y la mejora del dinamismo económico. Con estas, y otras divergencias, procede a elaborar un diagnóstico y sus conclusiones respecto a la cuestión de la modernización del Derecho del Trabajo. A pesar de ciertas divergencias, los diagnósticos de la Resolución del Parlamento no difieren en lo principal de lo expresa en el Libro Verde; resulta igualmente equivalente la definición de los objetivos (flexi-seguridad y objetivos de crecimiento sostenible). También se realiza en la Comisión y en el Parlamento el ya persistente principio axial de eficiencia económica como eje y elemento de reconfiguración del modelo socio-laboral europeo. Ello es coherente con la emergente «constitución flexible del trabajo». Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo», en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, págs. 1527 a 1606.

seguridad para todos. La noción de «flexiseguridad» no está exenta de ambigüedad, se carece de un concepto común aplicable por igual a todos los países europeos. La idea es establecer unos parámetros comunes ese concepto central como base para articular políticas públicas laborales y de protección social. La idea de flexiseguridad se vincula no sólo con el ciclo de vida laboral sino también con el ciclo de vida familiar y las protecciones sociales. En una perspectiva general, la idea genera que preside el enfoque la flexiseguridad es la necesidad de reconciliar, de algún modo, flexibilidad y seguridad. Sobre la base de esta idea general se ofrecen distintas alternativas de configuración: liberales y democrático-sociales. Para la primera alternativa (visión liberal de la flexiseguridad) la flexiseguridad es un mecanismo de liberalización de los mercados de trabajo, acompañado de las garantías sociales mínimas que lo hagan posible en condiciones de paz social. Por el contrario para la segunda (visión democrático-social de la flexiseguridad) la flexiseguridad sería una alternativa a la desregulación y a la re-mercantilización de las tutelas públicas del trabajo profesional. No es fácil separar en la práctica estos dos enfoques, que suelen mezclarse de manera no siempre coherente en el discurso de la «flexiseguridad». Es un exponente de ello es el Libro Verde y la Comunicación sobre «los principios comunes de la flexiseguridad» de la Comisión, en los cuales se refleja esa ambivalencia y una cierta ambigüedad calculada, aunque en estos instrumentos técnicos parece predominar, en muchos aspectos, en ellos una visión más liberalizadora que garantista o democrático-social (en el Libro Verde y la Comunicación sobre flexiseguridad, como fácilmente se puede inferir de su lectura). Se tiende, en general, a formular un concepto amplio de la flexiseguridad que tenga en cuenta tanto la vida personal como la profesional, lo que supone que son muchas las políticas implicadas. De lo que se trata de integrar la flexibilidad y la seguridad en la vida personal, porque en el curso de la vida laboral los intereses profesionales cambian a medida que lo hace el desarrollo personal y familiar³⁹. Ello supone que se ha de atender a un modelo integrado de ciclo de vida, y, por consiguiente, considerar la flexiseguridad en las distintas etapas de la vida, en las diversas situaciones (interrupciones en la carrera profesional, permisos para cuidados, jubilación anticipada, transiciones de la vida, profesional y personal, etc.). La protección de las vidas laborales inestables y discontinuas ha venido recayendo principalmente en el sistema de protección legal por desempleo y en las políticas de empleo (y, en general, de mercado de trabajo). Se debe perfeccionar la gestión y la protección eficiente de las transiciones entre distintas formas de empleo (empleo a tiempo parcial y a tiempo completo, entre formas de trabajo distintas en el marco de la cambiante división social del trabajo, etcétera), y entre empleo e inactividad «laboral» (empleo y períodos de educación, empleo y tareas domésticas, y viceversa, empleo y desempleo, y viceversa, empleo y

³⁹ Véase KLAMMER, U.: «Flexiseguridad: perspectiva europea», en *RMTAS*, número extraordinario, 2007, págs.117 y sigs.

jubilación parcial o total). Pero se debe ir más allá para compensar y proteger a las personas que presentan una carrera de seguro atípica y discontinua (o sencillamente insuficiente para causar un derecho pleno a ciertas prestaciones); esto es, aparte de las protecciones vinculadas al empleo deben implantarse técnicas protectoras dirigidas directamente a tutelar a la persona en sí a través de la garantía efectiva de la atribución de una *ciudadanía social vinculada directa e inmediatamente a la condición de ciudadanos (y situaciones equivalentes) pertenecientes a la comunidad política*⁴⁰.

Ello es importante para determinar la función dinámica de la Seguridad Social en orden a garantizar la existencia a lo largo del ciclo de vida, con las adaptaciones y reformas correspondientes, en la idea de asegurar un zócalo o núcleo común o general de protección (no sólo en términos de derechos sociales reparadores, sino también de activación relativa a la reinserción laboral y a la capacitación profesional), pero también diferencias protectoras específicas y singularizadas, porque las personas requieren de diversos derechos en cada etapa de su vida, activa y pasiva. Esta es la idea-fuerza necesaria para avanzar hacia el concepto de flexiseguridad durante el ciclo de vida, teniendo en cuenta el hecho de las nuevas formas de competitividad (y las condiciones que imponen fenómenos como el de los «costes» del trabajo y la deslocalización de empresas), la libertad de las personas para elegir y la conservación revisada del modelo social europeo. Si se quiere conseguir este objetivo deben establecer estrategias activas de control y regulación pública de los procesos de flexiseguridad garantizando un mínimo de derechos sociales básicos en el trabajo y en los períodos de inactividad profesional. Ello exige una reforma cualitativa de los dispositivos reguladores en materia laboral y de Seguridad para que se realicen las adaptaciones necesarias y las instituciones públicas reguladores actúen de instancias impulsoras de estos procesos sociales. En este orden de ideas, aunque con un planteamiento más restringido, la Comisión ha definido a la flexiseguridad como una estrategia integrada para potenciar, al mismo tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo. En primer lugar, la flexibilidad remita a los avances alcanzados («transiciones») en el curso de la propia vida (del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o la inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación). En segundo lugar, la seguridad no sólo hace referencia a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo, pues se trata de equiparar a las personas con las capacidades que les permitan progresar en su vida laboral y ayudarlas a encontrar un nuevo empleo. Se trata igualmente de ofrecer unas prestaciones de desempleo adecuadas para facilitar las transiciones e incluye, por finalmente, oportunidades de formación para todos los trabajadores, especialmente los poco cualificados y los demás edad.

⁴⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, especialmente págs. 159 y sigs., y 223 y sigs.

El punto de partida de la Comisión es la *utilidad bilateral* de las políticas de flexiseguridad para empresas y trabajadores; ambos pueden beneficiarse de esta estrategia, esto es, de una mejor organización del trabajo, de la movilidad ascendente resultante de la mejora de las capacidades y de las inversiones en formación, que las empresas rentabilizan y que ayudan a los trabajadores a adaptarse al cambio y a aceptarlo. Desde esta perspectiva, entre los varios componentes de la flexiseguridad (disposiciones contractuales flexibles y fiables; estrategias globales de aprendizaje permanente; políticas activas del mercado laboral eficaces, etc.) se sitúan en un lugar central los propios sistemas de Seguridad Social moderna («Activa») capaces de ofrecer un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral. Aquí se incluye una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria) que permiten a las personas conciliar el trabajo con las responsabilidades privadas y familiares, como el cuidado de hijos⁴¹.

Se advierte ya, por la misma Comisión, del riesgo de que podría surgir un mercado de dos velocidades entre los trabajadores «integrados» (*insiders*), con un empleo permanente y los «excluidos» (*outsiders*), especialmente los desempleados, las personas desligadas del mercado de trabajo y las que cuentan con *situaciones laborales precarias e informales, lo que en sí constituye un factor de inseguridad social y económica*⁴². Éstos últimos ocupan una «zona gris» con derechos fundamentales de los trabajadores o de «protección social» que pueden ser muy escasos, y que generan una situación de inseguridad en lo relativo a las perspectivas futuras de empleo, e incide en decisiones fundamentales en su vida privada (disponer de una vivienda, fundar una familia, etc.). En realidad, ese proceso de des-construcción de la unidad del trabajo y la aparición de la dualización del trabajo subordinado es en gran medida una realidad en el mundo del trabajo de hoy. La Comisión Europea en su Comunicación sobre flexiseguridad, como se indicará después, apunta a la exigencia de gestionar el cambio y los nuevos riesgos sociales

⁴¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexiseguridad y la seguridad*, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones», Bruselas, 27.6.2007 COM (2007) 359 final, págs.5 y sigs.

⁴² La precariedad es todavía mayor en la denominada eufemísticamente «economía informal». La mayoría de las personas que prestan servicios en dicho ámbito del mercado de trabajo se encuentran en una situación caracterizada por la ausencia de protección social, la ausencia de garantías reguladoras y una precariedad general. El empleo en sí mismo no es el problema. De hecho, a menudo los trabajadores en la economía informal trabajan más horas al día que el resto de los trabajadores. La inseguridad queda evidenciada en el exceso de trabajo, el deterioro de la salud, de la asistencia y de la capacidad de funcionar. La incapacidad de generar ingresos suficientes es indicativa de un empleo «inadecuado» y ha llevado a muchos hogares con menos recursos en actividades generadoras de ingresos a las personas mayores, a las mujeres que atienden a niños pequeños y a los menores. En verdad, *la existencia nominal de muchas personas en un elevado número de empleos no constituye necesariamente un indicador del éxito de una economía o de una sociedad*. Cfr. OIT: *Seguridad económica para un mundo mejor*, Madrid, MTAS- Informes OIT, 2005, págs.243-244.

a través de la creación de más y mejores puestos de trabajo y la reducción de la segmentación de los mercados laborales y el número de empleos precarios, y asimismo promover la integración sostenida y la acumulación de capacidades. Hace notar, por otra parte, que la lógica subyacente al enfoque de la flexiseguridad es la necesidad de cumplir los objetivos de la Estrategia de Lisboa renovada, en particular por lo que se refiere a la mejora cuantitativa y cualitativa del empleo, y de modernizar a un tiempo los modelos sociales europeos. De ahí la necesidad de acometer acciones que incidan simultáneamente en la flexibilidad de los mercados laborales, la organización del trabajo y las relaciones laborales en su conjunto, y la seguridad, tanto en el empleo como la Seguridad Social⁴³.

Por otra parte, se defiende la realización de políticas concertadas que busquen soluciones colectivas o a nivel de empresas, para permitir a los trabajadores integrados y los periféricos efectuar con éxito las *transiciones* entre las distintas situaciones laborales y ayudar a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones. Los sistemas de protección social han afrontado el problema de las transiciones en la vida profesional a través de una multiplicidad de técnicas protectoras (la protección legal por desempleo, señaladamente; la transferibilidad de derechos consolidados de los planes privados de pensiones profesionales, «activación» de las protecciones sociales, prestaciones económicas mínimas como última red de protección, etc.). Dichas políticas concertadas que forman parte también del «enfoque de la flexiseguridad» son el *aprendizaje permanente*, que permite a los individuos mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias solicitadas; unas políticas activas de mercado de trabajo que brinden a los desempleados y a los inactivos una nueva oportunidad en dicho mercado; y normas más flexibles en el ámbito de la seguridad social para responder a las necesidades de las personas que cambian de empleo o abandonan temporalmente el mercado de trabajo. Se constata, pues, que la flexibilidad y las transiciones laborales exigen de suyo una *adaptación* al cambio de las políticas y las técnicas de Seguridad Social. Aquí la adaptación exigida no es sólo en términos de «acomodación» sino también de impulso e invención de nuevas formas de protección social que «faciliten» dichas políticas de flexibilidad y de transiciones laborales.

Para la Comisión el modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos

⁴³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexiseguridad y la seguridad*, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones», Bruselas, 27.6.2007 COM(2007) 359 final, págs.3-4.

de bonanza económica (sic.). Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva. Este enfoque es criticable por establecer una correlación discutible (por disolvente del garantismo jurídico-social y de las políticas de desmercantilización que le son inherentes) entre las protecciones sociales en el trabajo y el supuesto desincentivo de los empleadores para contratar. Es, éste, un típico enfoque «postsocial». Se explica que el CES haya criticado esta filosofía social liberalizadora que subyace al Libro Verde de la Comisión Europea⁴⁴.

Constata la Comisión que, en efecto, las reformas de las legislaciones nacionales sobre protección del empleo iniciadas desde comienzos de los años noventa se centran fundamentalmente en la relajación de las normas vigentes para *aumentar la diversidad contractual, lo que acaba por incidir en la carrera profesional*. El objetivo de estas reformas era aumentar la flexibilidad «en los márgenes», es decir, instaurar formas de empleo más flexibles acompañadas de una menor protección contra el despido, para facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo y permitir, a los que lo desearan, disponer de un mayor número de opciones de empleo. Como consecuencia, los mercados de trabajo experimentaron una creciente segmentación. Se establece de nuevo una correlación problemática entre la flexibilización del despido y la inserción laboral de los trabajadores jóvenes.

En realidad, su apuesta político-jurídica reside en la creación de un *mercado flexible e inclusivo*, partiendo del hecho de que la proliferación de distintos tipos de contratos se ha producido en ausencia de una adaptación más completa del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la rápida evolución de la organización del trabajo y de la sociedad. Al utilizar estos contratos atípicos, las empresas buscan mantener su competitividad en una economía mundializada, evitando, entre otras cosas, el coste que acarrea el respeto de las normas relativas a la protección del empleo, los plazos de preaviso y el pago de las correspondientes cotizaciones sociales. El objetivo, al parecer, es «normalizar» el trabajo atípico, con instrumento de flexibilidad y de reducción de costes del factor trabajo. Es, sin embargo, criticable que no se pretenda reconducir las formas anómalas de trabajo atípico al tipo contractual normal que permite una incorporación más plena de los derechos sociales de ciudadanía.

En estas coordenadas político-jurídicas el Libro Verde expresa que su objetivo principal es estimular el debate sobre la necesidad de un marco reglamentario más reactivo para *reforzar la capacidad de los trabajadores de anticipar y gestionar los cambios*, con independencia de su tipo de contrato (duración determinada o duración determinada atípica).

⁴⁴ Ello se inserta en la lógica interna a la nueva constitución flexible del trabajo. Respecto a los rasgos constitutivos de esa nueva constitución flexible del trabajo véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional...», cit., págs. 1527 y sigs.

Desde esa óptica la finalidad expresada por el propio Libre Verde es, aparentemente, modesta, porque apuesta por plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener (sic) el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos. La modernización del Derecho laboral, añade, es un elemento determinante para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas. Este objetivo debe buscarse a la luz de los objetivos de la Comunidad de pleno empleo, productividad laboral y cohesión social. De manera que lo que se desea es modernizar el Derecho laboral y el Derecho de la Seguridad Social.

En este contexto no es ajeno el «enfoque de ciclo vital». Por centrar la indagación en los aspectos que puedan interesar más aquí es de destacar que se llama la atención sobre dos cuestiones relevantes, cuales son las transiciones profesionales y la creciente inseguridad jurídica del empleo.

Respecto a las *transiciones profesionales*, se hace notar que en la mayoría de los Estados miembros, las legislaciones laborales y de Seguridad Social se han diseñado para garantizar la protección de los trabajadores por cuenta ajena en empleos particulares. Quizás no basten para ayudar a los trabajadores en su transición de una situación a otra; bien en el marco de interrupciones de trabajo *involuntarias* (por ejemplo, despido y desempleo) o bien *voluntarias* (por ejemplo, permisos de formación, responsabilidades familiares, excedencias y permisos parentales). También deben resolverse los problemas de las mujeres, representadas de manera desproporcionada en estas nuevas formas de trabajo y que todavía afrontan obstáculos para acceder plenamente a los derechos y prestaciones sociales. En ellos es manifiesta de nuevo la conexión entre la flexibilidad y movilidad del trabajo y las políticas de Seguridad Social, que no sólo reciben de modo «supuestamente» pasivo las fluctuaciones del trabajo, sino que más incisivamente están llamadas a favorecerlo y darle cobertura político-institucional. La Comunicación sobre «flexiseguridad» realza el papel de los sistemas de Seguridad Social modernos que satisfacen prestaciones de desempleo adecuadas —coordinadas con las políticas activas de empleo— y aportan apoyo y seguridad en los ingresos en los períodos de transición entre puestos de trabajo. A fin de reparar los efectos negativos que los cambios de empleo pueden suponer en los ingresos se requieren sistemas que ofrezcan prestaciones de desempleo de calidad y reducir el incentivo económico que entrafía aceptar un empleo. Ello se puede paliar en gran medida a través de la creación de sistemas eficientes de apoyo a la búsqueda de empleo (de ahí la relevancia estructural de los servicios públicos de empleo⁴⁵) e incentivación del traba-

⁴⁵ Las políticas activas del mercado de trabajo, aplicadas por los servicios públicos de empleo, contribuirían a facilitar las transiciones entre puesto de trabajo. Por lo demás, dichos organismos prestarían una atención especial a los desempleados de larga duración. Les ofrecerían programas que mejoren su capacidad para responder a la demanda del mercado laboral y asesoramiento especializado para la búsqueda de empleo adecuado. Véase, en general, SERRANO FALCÓN, C.: *Los servicios públicos de empleo autonómicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

jo (desde la contractualización a través del «compromiso de activad» hasta el apoyo institucional a la prolongación de la edad de jubilación). En esta perspectiva se estima que para que una estrategia de flexiseguridad funcione correctamente, ha de equilibrar perfectamente la garantía de la seguridad de los ingresos que dispensa el sistema de prestaciones de desempleo con una estrategia de «activación» adecuada dirigida a facilitar la transición al empleo y a impulsar el desarrollo de la carrera⁴⁶. La protección social debe apoyar la movilidad laboral y no inhibirla. Los sistemas de Seguridad Social se ocuparían, con carácter prioritario, de garantizar la condicionalidad de las prestaciones y de vigilar eficazmente los esfuerzos de búsqueda de empleo por los beneficiarios de prestaciones⁴⁷. En el inicio del período de desempleo podría ser necesario incrementar el nivel de las prestaciones dispensadas para mejorar la situación de los trabajadores *en transición*. Pero los sistemas de seguridad social deberán garantizar a los trabajadores temporales la posibilidad derechos y facilitarán la transferencia de los derechos consolidados entre empresas o sectores. En tal sentido se entiende que la introducción de un sistema de asistencia social sería un medio óptimo para aumentar la movilidad de los ciudadanos y reducir su dependencia del apoyo familiar informal⁴⁸. Aparte de ello la política de flexiseguridad se ha de sustentar sobre el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empresarios, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas en todos los ámbitos de intervención. Es la necesidad de crear una pátina protectora del trabajador «flexible», precisamente predispuesta para continuar siéndolo y hacerla posible. Se trata de garantizar transiciones seguras y fructíferas entre empleos en caso de movilidad laboral, reestructuraciones de empresas y despidos (ofrecer seguridad durante los períodos de transición).

Entiende que las posibilidades de acceder al mercado de trabajo, quedarse y progresar en el mismo varían considerablemente, dado que la legislación sobre protección del empleo y la reglamentación de los contratos a escala nacional inciden fuertemente en las «transiciones entre las situaciones laborales, especialmente en lo relativo a la situación de los desempleados de larga duración y de los periféricos. Esta lógica integradora de «lo laboral» y de «la protección social»

⁴⁶ La Comisión Europea parte de una cierta sustituibilidad o intercambiabilidad entre la seguridad del empleo a través del despido y el ofrecimiento de garantías de protección social frente a las situaciones de paro forzoso. Ello queda explicitado así: «Los datos empíricos sugieren que los trabajadores se sienten mejor protegidos por unas prestaciones de desempleo adecuadas que por una estricta protección contra el despido» (Comunicación sobre flexiseguridad, cit.,pág.8).

⁴⁷ La Comisión incluso llega a proponer que la vigilancia de la condicionalidad de las prestaciones por desempleo debe realizarse con el fin de garantizar que trabajar resulte rentable, ofreciendo, en su caso, prestaciones públicas complementarias o reduciendo gradualmente las ofrecidas. De esta manera se contribuiría a evitar los problemas sociales relacionados con los «trabajadores pobres», así como los costes laborales no salariales de los trabajadores poco cualificados. Cfr. Comunicación sobre flexiseguridad, cit.,pág.19.

⁴⁸ Comunicación sobre la flexiseguridad», cit., pág.16.

se verifica más nítidamente cuando se afirma que la *adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida puede suponer que se preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco de apoyo que garantice la seguridad del empleo, incluida una ayuda social y medidas activas de apoyo a los trabajadores durante los períodos de transición*. Esto es lo que ha hecho Dinamarca al combinar una legislación de protección del empleo «más ligera» con una intensificación de las medidas activas del mercado de trabajo, una inversión considerable en la formación y unos subsidios de desempleo generosos supeditada a condiciones estrictas.

h. Algunos aspectos positivos del Libro Verde

Algunas propuestas del Libro Verde pueden considerarse positivas, como la necesidad de delimitar las nociones, en ocasiones yuxtapuestas, de trabajo oculto, no declarado o irregular, y el trabajo económicamente dependiente aunque formalmente prestado en régimen de independencia o autonomía.

También es muy positiva la propuesta para el tratamiento del trabajo económicamente dependiente. El Libro Verde distingue entre el falso trabajo autónomo, figura a combatir, del verdadero trabajo autónomo económicamente dependiente, para el que promover un cuadro de garantías mínimas. La perspectiva de la modulación de tutelas a partir de un núcleo general está adquiriendo crédito creciente en la doctrina iuslaboralista europea y es ya una realidad en algunos ordenamientos internos. Se basa en la superación de la rígida contraposición entre trabajo subordinado y trabajo autónomo con un *continuum* de actividad a la que atribuir una serie de garantías moduladas y variables, a partir de un mínimo común para todos, para luego proceder gradualmente hacia protecciones más intensas (tutela del trabajo por «círculos concéntricos»). Así pues, el Libro Verde podría generar una inercia hacia una propuesta reguladora para intervención legislativa comunitaria de carácter general —que podría ser asumida por las partes sociales— en el sentido de una definición común del trabajador económicamente dependiente y de la previsión de garantías laborales para el mismo. No deben excluirse de las técnicas de tutela propias del Derecho laboral a las formas autónomas de trabajo en la que los valores constitucionales del Estado social estén en juego, y a las que deben aplicarse en determinado grado algunas de aquéllas técnicas tutelares⁴⁹, lo que refuerza su función social (tuitiva e integradora). Ello a través de un marco general que pueda ser adaptado por los Estados miembros en consideración de las particularidades de sus mercados de trabajo nacionales y de la naturaleza y de la génesis del trabajo semi-independiente.

⁴⁹ *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *RL*, 2000 (I), págs. 73 y sigs.

Esta «*neo-diversificación*» de la tutela laboral habrá de testarse en función de las características socio-económicas de tales formas de relaciones de trabajo, de forma que escapen a fáciles críticas que les atribuyan una rigidez arbitraria o injustificada.

Pero también será necesario desarrollar estrategias para combatir el fraude y la simulación en este área, en evitación de un vaciamiento aplicativo del estatuto nuclear y más reforzado (del trabajo subordinado), en favor de la figura (con tutela debilitada) del autónomo económicamente dependiente (o trabajador para-subordinado)⁵⁰. Amén de la lucha para combatir el trabajo no declarado. Si ello no se realiza, más que extender garantías laborales a los trabajadores autónomos parasubordinados o económicamente dependientes, se estará canjeando un estatuto laboral fuerte por figuras dotadas de una tutela más débil y difusa (mayor precariedad), y por ende, potenciando e induciendo el curso hacia una mayor segmentación de la tutela laboral que es lo que el Libro Verde declara combatir.

La noción de subordinación constituye asimismo un elemento ineludible tanto para evitar maniobras fraudulentas como para dejar en exclusiva a la autonomía individual la calificación sobre la variedad de acuerdos sobre la prestación de servicios. En este sentido, como ha señalado el CESE «no deben quedar en papel mojado el concepto de *trabajo decente* consagrado en los compromisos de cooperación UE-Organización Internacional del Trabajo (OIT) ni los esfuerzos positivos de los Estados miembros..., con la aprobación de la Recomendación 198 de la OIT, que ofrece buenas definiciones y principios operativos para acabar con las incertidumbres en cuanto a la existencia de una relación de trabajo y garantizar así una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores en las relaciones de trabajo»⁵¹. En este sentido, si bien no existe una definición única de trabajador asalariado o de trabajador autónomo de conformidad con el Derecho comunitario, sí que sería oportuno —respetando el derecho de los Estados miembros para fijar sus criterios de delimitación de la relación laboral— emprender una iniciativa con el objetivo de *eleva el nivel de convergencia necesario* para garantizar la coherencia y una mayor eficacia con respecto a la aplicación del acervo comunitario⁵². Repárese que en esta materia los empresa-

⁵⁰ También advierte este peligro la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI*, cit., apartado 46, donde se condena enérgicamente «toda conversión abusiva de relaciones laborales regulares en nuevas formas de empleo sin una necesidad económica perentoria, para maximizar a corto plazo las ganancias, muy por encima de los términos normales, a costa del interés común, de los trabajadores y de los competidores»; destacando que un comportamiento semejante «contradice el modelo social europeo, ya que destruye de forma duradera el consenso, la lealtad y la confianza entre empleadores y trabajadores»; y pidiendo con urgencia a los Estados miembros y los interlocutores sociales que actúan al respecto para detener los abusos irresponsables.

⁵¹ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, cit., observación general 2.18.

⁵² En este sentido, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI*, cit., apartado 37.

rios europeos han manifestado una fuerte oposición frente a cualquier medida tendente a la armonización de la definición de «trabajador» a escala de la UE, como tampoco consideran necesaria la generalización de nuevas categorías jurídicas como la de «trabajador económicamente dependiente» y se oponen radicalmente a cualquier medida que impulse una armonización implícita o explícita de las definiciones nacionales de trabajador dependiente o trabajador autónomo a escala de la UE, sin que consideren necesaria una clarificación legal de las definiciones en Europa⁵³.

La dejación en manos de los Estados miembros de la noción de «trabajador» en el contexto de las diferentes directivas no favorece la «governabilidad» en política social comunitaria, y debilita la posición de los trabajadores, planteando especiales dificultades en el marco de la aplicación de las directivas sobre el desplazamiento de los trabajadores y las transferencias de empresas. Esto impide una aplicación coherente del Derecho laboral en la UE, especialmente disfuncional en el contexto de las actividades de las empresas y del suministro de servicios transnacionales.

La descentralización productiva que permite la utilización del trabajo autónomo habrá de basarse en verdaderas causas productivas y no enmascarar fraudes de ley (supuestos en que la finalidad última no es más que la reducción de costes laborales y la precarización de las condiciones de trabajo).

Es también necesario el control del trabajo no declarado, oculto o irregular y del trabajo autónomo económicamente dependiente, y también que existe un aparato público que controle los incumplimientos y que fuerce su aplicación y vigencia en todo el espacio supranacional europeo. Asimismo, se hace necesario perseguir los circuitos delictivos en el trabajo no declarado y sus vínculos con la inmigración clandestina. En consecuencia, es necesario planificar y desarrollar mecanismos de cooperación administrativa reforzada en la UE, con especial atención a la Inspección de Trabajo y a su función de vigilancia y control de la normativa sobre trabajo, empleo y protección social, pero también se hace necesaria una cooperación judicial activa en el seno de la UE. Repárese que estas formas de trabajo afectan también al mercado interior y a la competencia. Es cierto que las divergencias en los modelos de articulación de la actividad inspectora y su ámbito competencial no facilitan esta tarea, pero debiera avanzarse en esta línea, junto con el reforzamiento de la cooperación judicial en materia social.

También se hace referencia a la reconsideración del fenómeno de las relaciones de trabajo triangulares, no sólo a través de las figuras institucionales de las empresas de trabajo temporal, sino fundamentalmente a través de la plasmación de fórmulas de descentralización productiva y de externalización o exterioriza-

⁵³ BUSSINESS EUROPE: *Position Paper. Green Paper modernising Labor Law to meet the challenges of the 21st Century*, cit., apartados 2, 7, 25 y 26.

ción a través de las figuras de las contratas y subcontratas, y el replanteamiento de la responsabilidad entre la empresa principal y las empresas contratistas o prestamistas de mano de obra.

El Libro Verde también apunta la problemática de los emergentes «mercados de trabajo europeos», fenómeno que no podrá seguir abordándose —en lo atinente a los aspectos sociales— exclusivamente a través de los ordenamientos nacionales, mientras que al mismo tiempo las reglas relativas al mercado interno y el derecho de la competencia crecientemente interfieren en relación a la autonomía nacional en política social. La creciente movilidad transnacional de los trabajadores (en el marco de la libre prestación de servicios o la libre circulación de trabajadores) en una Europa ampliada plantea serias cuestiones en relación a la conveniencia de seguir abordando los mercados de trabajo europeos bajo el esquema del mercado único y exclusivamente por el Derecho laboral de cada Estado miembro. Abordar los fenómenos migratorios de manera racional, combatiendo la explotación laboral y estableciendo los puentes necesarios para la reconducción a la regularidad. Las instituciones comunitarias, haciendo uso del diálogo social, deben desarrollar una infraestructura jurídica que aborde tales fenómenos, donde se combinen reglas estructurales del sistema de relaciones laborales (especialmente las relativas a las instituciones y derechos colectivos en el plano transnacional) con mínimos estándar de indeclinable respecto (es decir, sin márgenes al *opt-out*). En definitiva, «modernización» del Derecho laboral debe abarcar también la tarea de pertrechar la infraestructura jurídica para un verdadero sistema de relaciones laborales europeo.

3. La resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde

El Parlamento Europeo, por su parte, ha aprobado su Resolución sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007. En dicha resolución —aparte de las indicaciones que ya han sido reseñadas— se expresan discrepancias de procedimiento y de concepto frente al contenido del Libro Verde.

La Resolución es más matizada y contiene referencias que no están presentes en el Libro Verde, como el trabajo femenino y su especial problemática⁵⁴, y pone

⁵⁴ Por ejemplo, en su apartados 22 y 23, observa con gran preocupación que el Libro Verde, si bien reconoce que las actuales condiciones del mercado de trabajo generan desigualdades de género, por ejemplo, por lo que respecta a las diferencias salariales basadas en el sexo y a la segregación profesional y sectorial, «ignora totalmente las obligaciones y responsabilidades recogidas en la Comunicación de la Comisión titulada «Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres»[COM (2006)0092]»; como también «la urgente necesidad de tomar medidas para conciliar la vida profesional y privada con los retos demográficos, en consonancia con el Pacto Europeo para la Igualdad de Género y la Comunicación de la Comisión sobre el Futuro demográfico de Europa [COM (2006)0571]».

mayor énfasis en otras cuestiones como la necesidad de preservar el «Modelo social europeo», la necesidad de reforzar el papel de los interlocutores sociales en todo este proceso de modernización, la reafirmación de que el Derecho del trabajo «clásico» no es el «culpable» de la crisis de empleo en la UE.

En cuanto a los aspectos procedimentales, el PE se lamenta de «que no se consultara a los interlocutores sociales según lo previsto por el artículo 138 del Tratado CE, considerando que el Libro Verde... tiene claramente implicaciones importantes en el campo de la política social» (dato que resulta muy significativo cuando presuntamente el «modelo social europeo» trata de asentarse sobre el diálogo social)⁵⁵.

El PE discrepa enérgicamente del marco analítico presentado en el Libro Verde, dado que el documento «reivindica que el contrato laboral indefinido estándar está anticuado, aumenta la segmentación del mercado laboral y la diferencia entre «incluidos» y «excluidos», y debe por lo tanto considerarse como un obstáculo para el crecimiento del empleo y la mejora del dinamismo económico...», y procede por su parte a elaborar sus diagnósticos y sus conclusiones sobre el tema de la modernización del Derecho del Trabajo.

A pesar de ciertas divergencias, los diagnósticos de la Resolución del Parlamento no difieren de los del Libro Verde, como también la definición de los objetivos puede considerarse equivalente (flexibilidad y objetivos de crecimiento sostenible). Ahora bien, la Resolución señala que «los estudios recientes de la OCDE y otros organismos han mostrado que no hay pruebas para la afirmación según la cual la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales estándar facilitan el crecimiento del empleo». Considera además que el ejemplo de los países escandinavos muestra claramente que un alto nivel de protección contra el despido y de normas laborales es plenamente compatible con un alto crecimiento del empleo. Reafirma la necesidad de un trato jurídico igual para todos los trabajadores («... todos los trabajadores deben beneficiarse de una seguridad y protección adecuadas en el empleo, con independencia de sus acuerdos contractuales»). Esta idea confrontaría con la tendencia a la diversificación del *status* jurídico del trabajador que viene asumiendo un carácter estructural en los ordenamientos jurídico-laborales contemporáneos.

⁵⁵ En esta misma dirección, la CES ha expresado su fuerte desacuerdo con el procedimiento de consulta seguido por la Comisión. Para la CES, no hay duda de que el objeto de consulta se ubica claramente en el corazón del «campo de la política social» como se indica en el art. 138 TCE, y por ello los interlocutores sociales europeos deben ser consultados «de diferente manera, y con un peso claramente diferente, que el público en sentido amplio, para permitirles desde un momento inicial la posibilidad de influenciar la dirección de las iniciativas a adoptar, y para permitirles expresar su interés en recabar el asunto para una negociación entre ellos» [ETUC: *ETUC position on the European Commission's Green Paper*, Comité Ejecutivo de la CES, 20-21 marzo 2007, Roma].

El PE no obvia cuestión del equilibrio de poder en la relación de trabajo, y afirma contundentemente (considerando C) que «siguen siendo válidos los principios básicos del Derecho laboral que han evolucionado en Europa»; y que «el Derecho laboral ofrece seguridad y protección jurídica a trabajadores y empleadores mediante disposiciones legales o convenios colectivos, o una combinación de ambos, y que regula el equilibrio de poder entre el trabajador y el empleador». Aunque también incide —más moderadamente que la Comisión— en la idea de que «el éxito de cualquier cambio en el Derecho laboral será tanto mayor cuanto que los trabajadores se sientan más seguros y que tal seguridad depende en mayor medida de la facilidad para encontrar un nuevo empleo».

La Resolución del PE no relega a un segundo plano el papel de los interlocutores sociales y el diálogo social tienen en la búsqueda de soluciones negociadas para conjugar flexibilidad y seguridad en el trabajo. El PE considera que: «En muchos Estados miembros, los convenios colectivos contribuyen al funcionamiento flexible del mercado de trabajo y son un elemento clave del Derecho laboral, así como un instrumento regulador esencial; considerando que se han de respetar las condiciones relativas a las relaciones laborales y que las tradiciones en este sentido y los grados de afiliación sindical varían según los Estados miembros; considerando que los Estados miembros deben promover el diálogo social entre los interlocutores sociales a todos los niveles, porque éste puede ser un método más efectivo de contribuir a lograr reformas idóneas del Derecho laboral».

En esta misma dirección, el CESE manifestó un posicionamiento crítico sobre el Libro Verde, al observar como laguna importante el oscurecimiento del hecho de que «los interlocutores sociales, tanto a escala nacional como europea, ya han contribuido con sus acuerdos y convenios colectivos a dar seguridad a nuevas formas de contratos, incluidos los atípicos, demostrando así su capacidad para adaptar la relación de trabajo a nuevas realidades e imaginar otras formas de flexibilidad con las garantías adecuadas»; indicando que «el diálogo social es un instrumento de corregulación y conviene promocionarlo y hacerlo más efectivo y eficaz para que sea un mejor marco para la flexibilidad del contrato de trabajo»⁵⁶; y asimismo demanda un análisis más completo y riguroso sobre «la aportación del diálogo social a la idea de modernizar y mejorar el Derecho laboral, el trabajo digno y la lucha contra el trabajo en negro, así como la cuestión del funcionamiento del mercado laboral y la organización del trabajo en las empresas en los ámbitos apropiados (europeo, nacional, regional, empresas y grupos y también transfronterizo, según los casos)»⁵⁷.

El Parlamento Europeo sí cree en la virtualidad de la negociación colectiva como instrumento regulador que contribuye al «funcionamiento flexible del

⁵⁶ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, cit., observación general 2.18.

⁵⁷ *Ibid.*, observación general 2.19.

mercado de trabajo», como también que «los Estados miembros deben promover el diálogo social entre los interlocutores sociales a todos los niveles, porque éste puede ser un método más efectivo de contribuir a lograr reformas idóneas del Derecho laboral» (considerando S). Como también recuerda un elemento trascendente que la Comisión deja en el olvido, esto es, que con el debido respeto de las competencias de los Estados miembros y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, «la Comisión debe presentar iniciativas legislativas cuando resulte necesario para apuntalar un sistema de normas sociales mínimas aplicables en toda la Unión sobre la base del acervo comunitario». Así pues, el Parlamento recuerda a la Comisión que el «método legislativo» sigue siendo válido en materia social. Además, puede añadirse que acompañado de *non regression clauses* impide un retroceso en la evolución de los derechos nacionales.

La Resolución del Parlamento (considerando E) contiene una valoración más acertada de la pluralidad de fórmulas contractuales y sus consecuencias y reconoce la «utilidad» (bidireccional) de la multiplicidad de formas contractuales laborales al señalar que «las nuevas formas de contratos atípicos y de contratos estándar flexibles (como, por ejemplo, contratos a tiempo parcial, contratos de duración determinada, contratos temporales mediante agencias de trabajo temporal, contratos recurrentes propuestos a trabajadores autónomos y contratos por proyecto), algunos de ellos precarios por naturaleza, son hoy cada vez más corrientes en el mercado laboral europeo»; y que (considerando F) «estas formas de relación contractual, si incorporan las necesarias garantías de seguridad para los trabajadores, pueden contribuir a garantizar a las empresas la adaptabilidad necesaria en el nuevo contexto internacional y, al mismo tiempo, a satisfacer exigencias específicas de los trabajadores mediante un equilibrio diferente entre vida personal y familiar y formación profesional...».

La Resolución es clara al señalar (considerando J) que «el trabajo temporal ha aumentado más rápidamente en los Estados miembros en que se han modificado las normativas al objeto de incentivar el trabajo temporal y que el empleo no normalizado puede ser beneficioso si se adapta a las circunstancias de los trabajadores y es voluntario, pero que actualmente con frecuencia no se eligen voluntariamente muchos empleos atípicos y muchos trabajadores están quedando fuera del beneficio de los derechos fundamentales laborales y sociales, por lo que se socava el principio de igualdad de trato»; y que «reciente crecimiento de contratos no estándar ha traído consigo diferencias en las condiciones laborales en términos de salud y seguridad que pueden llevar a unas condiciones laborales más precarias y a unos índices de accidentes más altos» (considerando M); y —tras señalar los efectos negativos de la desigualdad generada por los contratos atípicos— concluye que «todos los trabajadores deben beneficiarse de una seguridad y protección adecuadas en el empleo, con independencia de sus acuerdos contractuales» (considerando R).

La Resolución acoge favorablemente «la gran variedad de tradiciones sindicales, contratos y modelos empresariales que existen en los mercados de traba-

jo»; y pide que se establezcan «acuerdos contractuales flexibles y seguros en el contexto de la moderna organización del trabajo».

El PE «acoge con satisfacción un nuevo planteamiento del Derecho laboral que aspire a cubrir a todos los trabajadores, independientemente de su situación contractual»; y manifiesta su «satisfacción por los debates sobre la necesidad de mejorar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, que implican que tanto los empresarios como los trabajadores requieren mayor flexibilidad y que es necesario crear mayor seguridad que la que en la actualidad se puede considerar asociada con las modalidades de empleo atípicas y mejorar la protección de los trabajadores vulnerables, a fin de crear más y mejores empleos y mayor cohesión social, y contribuir con ello a la consecución de los objetivos de la Estrategia de Lisboa»; pero también considera —algo que la Comisión ha obviado por completo— «que la mejora del Derecho laboral debe ser coherente con los principios de la Carta de Derechos Fundamentales, con especial referencia al Título IV, y respetar y salvaguardar tanto los valores del modelo social europeo como los derechos sociales establecidos».

La Resolución considera que entre las prioridades para una reforma del Derecho laboral en los Estados miembros se encuentran: facilitar la transición entre las diversas situaciones de empleo y el desempleo; asegurar una protección adecuada a los trabajadores con formas atípicas de empleo; clarificar el marco del trabajo dependiente y la zona gris existente entre los trabajadores autónomos y los trabajadores con una relación laboral dependiente; combatir el trabajo no declarado.

La Resolución recalca «la prioridad social y económica de dar empleo a más personas para que la economía europea pueda competir globalmente y cumplir las promesas de seguridad social»; subraya que «el alto desempleo existente en Europa menoscaba la riqueza y la futura prosperidad, así como la competitividad europea y, lo que es aún más importante, produce segregación social».

En cuanto a sus objetivos, el PE es ampliamente coincidente de fondo con lo postulado en el Libro Verde, cuando considera que «un Derecho laboral que aspire a estar a la altura de los retos del siglo XXI debe concentrarse en amplia medida en el afianzamiento del empleo a lo largo de la vida del trabajador más que en la protección de determinados puestos de trabajo y que debe facilitar tanto la integración en el mundo del trabajo y la estabilidad en el empleo como las transiciones del desempleo al empleo y de un trabajo a otro mediante la aplicación de políticas laborales activas, centradas tanto en el desarrollo del capital humano para aumentar las posibilidades de encontrar empleo como en un entorno favorable para la actividad económica y en la mejora de la calidad de los empleos».

La Resolución considera que «las relaciones laborales que caracterizan el empleo y la actividad profesional de los ciudadanos han quedado expuestas a

convulsiones profundas durante el último decenio; constata que el contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo es la forma común de la relación laboral y, como tal, ha de tomarse como punto de referencia para una aplicación coherente del principio de no discriminación, por consiguiente, cree que el punto de partida de cualquier reforma del Derecho laboral europeo debe reconocer los contratos de trabajo indefinidos como la forma general de empleo donde se prevea una protección social y de la salud adecuada y se garantice el respeto de los derechos fundamentales». Aquí ya introduce el lenguaje de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y aboga por la centralidad del contrato de trabajo indefinido como paradigma o ideal contractual en el mercado laboral.

Incide en la necesidad de que «los arreglos sobre la jornada laboral sean suficientemente flexibles para cubrir las necesidades de los patronos y de los trabajadores y para permitir una mejor conciliación del trabajo con la vida familiar, así como para garantizar la competitividad y mejorar la situación del empleo en Europa sin perjudicar la salud de los trabajadores», con lo que acoge una noción positiva de flexibilidad en un sentido bidireccional, que luego se explicita más concretamente al pedir a los Estados miembros que «refuercen los derechos relativos al permiso parental y las disposiciones sobre el cuidado de los niños tanto a escala nacional como europea y tanto para los hombres como para las mujeres».

Considera que «determinadas formas de contratos no estándares, dependiendo del grado de conformidad con el Derecho laboral y de seguridad social, así como de las posibilidades en materia de formación continua y de formación, pueden contribuir tanto a incrementar la competitividad económica de la Unión Europea como a responder de un modo más diferenciado a las necesidades de los trabajadores, tomando en consideración las diferentes etapas de la vida de las personas y sus perspectivas profesionales; reconoce al mismo tiempo que las formas de trabajo atípicas deben ir acompañadas de medidas de apoyo a los trabajadores que se encuentran en fase de transición entre dos puestos de trabajo o entre una situación laboral y otra; constata asimismo que para que esta transición sea rápida y sostenible, es necesario privilegiar medidas activas que permitan al trabajador que debe volver al mercado de trabajo disponer de un cierto nivel de ayudas económicas durante el período estrictamente necesario para contar con más posibilidades de empleo a través de la formación y mejora de la cualificación».

La Resolución del PE crítica que «el Libro Verde debería centrarse en el propio Derecho laboral», señalando que la Comisión se centra exclusivamente en el Derecho laboral individual e instando a dicha institución «a que promueva el Derecho laboral colectivo como uno de los medios para aumentar la flexibilidad y la seguridad de los trabajadores y empresarios». En este sentido, recuerda que un «elemento básico del Derecho laboral en numerosos Estados miembros, recogido en los Tratados, es el derecho a las acciones sindicales, y de que la Comisión ha señalado en distintas causas invocadas ante el Tribunal de Justicia que

las formas concretas que adoptan determinadas acciones colectivas en los países nórdicos son conformes con el Tratado CE, y solicita a la Comisión que respete los convenios colectivos como forma específica del Derecho laboral, tal y como lo reconoce el Tribunal de Justicia». En esta dirección señala el importante papel que pueden desempeñar los convenios colectivos a escala nacional, sectorial y de empresa en las relaciones laborales y en la organización del trabajo «incrementando la productividad de las empresas y mejorando las condiciones laborales y, por consiguiente, estimulando el crecimiento del empleo»; e incluso apunta «la posibilidad de introducir cambios en la legislación que apoyen el papel de los convenios colectivos y promuevan la apertura de estos acuerdos a soluciones adaptadas a cada empresa que beneficien a trabajadores y empleadores».

El PE sí que recalca la cuestión del diálogo social, y sostiene que «para una aplicación más eficaz del Derecho europeo, es necesario remediar las deficiencias que existen en el actual diálogo social en algunos Estados miembros a causa de la falta de representación de los empleados en algunos sectores, en los que la mayor parte de la actividad económica la ejercen PYME que emplean a menos de diez asalariados», falta de representatividad que se acentúa especialmente en algunos de los nuevos Estados miembros donde los regímenes precedentes se han transformado en sistemas de relaciones laborales «individualizados», con debilidad sindical y con una infraestructura jurídica promocional de los instrumentos de autotutela colectiva que está en fase transicional hacia la «liberalización» de los sistemas de relaciones laborales, esto es, hacia la incorporación de las libertades sindicales⁵⁸. Además, observa que la actual estructura del diálogo social deja fuera a muchos de los trabajadores flexibles mencionados en el Libro Verde, que no son ni empleadores ni empleados y que deben ser consultados, independientemente de los eventuales debates entre los interlocutores sociales. Por ello, considera que la Comisión debería consultar «no sólo a los interlocutores sociales previstos, sino a todas las organizaciones y particulares afectados por la legislación laboral», en particular observa que «las PYME y los trabajadores no afiliados a sindicatos están infrarrepresentados actualmente en el proceso de consulta».

La propia Cumbre de Bruselas de marzo de 2006 reconoció el importante papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en el desarrollo de unos principios comunes en flexiseguridad, también el programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos se ha propuesto un análisis común del equilibrio que debe encontrarse entre flexibilidad y seguridad. El Libro Verde se refería —no con toda la contundencia exigible— en varios episodios a los convenios colectivos y a su contribución a la mejora de la flexibilidad, la seguridad y la segmentación del mercado de trabajo, que ha de conseguirse no sólo por medios legislativos sino también por los convenios colectivos negociados entre los

⁵⁸ Vid. CASALE, G.: *Diritto del lavoro e relazioni industriali nell'Europa che cresce*, Eidos, Roma, 2007.

interlocutores sociales. Las relaciones laborales y el diálogo social con los poderes públicos han de seguir siendo así un instrumento fundamental para encontrar un mejor equilibrio entre flexibilidad y seguridad, asegurando un trabajo decente, un empleo sostenible y la cohesión social.

La Resolución expresa el firme convencimiento de que «toda forma de empleo, atípica o no, debería incluir una serie de derechos independientemente de la situación laboral concreta entre los que debe figurar la igualdad de trato, la protección de la salud y seguridad de los trabajadores y el establecimiento de normas en materia de horarios de trabajo y descanso, la libertad de asociación y representación, y el derecho a la negociación colectiva, a emprender acciones colectivas, y a la formación; recalca que estas normas deberán adoptarse adecuadamente a escala de los Estados miembros, teniendo en cuenta las tradiciones y condiciones sociales y económicas en cada país; subraya que la legislación comunitaria no está en contradicción con la nacional, sino que desarrolla más bien una función complementaria».

En el aspecto formativo, considera apremiante la necesidad de aumentar el nivel de formación de los ciudadanos de la UE y pide a la Comisión, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que inviertan en formación continua y en el desarrollo del capital humano como la forma más eficaz de prevenir el desempleo de larga duración. A tal fin, considera que «las reformas del Derecho laboral deben facilitar las inversiones de las empresas en las cualificaciones de sus trabajadores, estimular a los trabajadores a reforzar sus propias cualificaciones y a garantizar la intervención de los sistemas de Seguridad Social para garantizar este enfoque». En general, considera que la combinación de la motivación individual, de ayudas por parte de los empresarios, de la accesibilidad y de la existencia de instalaciones son los factores más determinantes para la participación en el proceso de formación continua; en esta dirección, alienta al desarrollo del sector educativo y a unos centros de formación que respondan tanto a las necesidades del mercado de trabajo como a las expectativas personales de los trabajadores y empleadores, e insiste en la debida vinculación entre la carrera profesional y los programas de estudio.

La Resolución del Parlamento también aboga por una «activación» de los sistemas de protección por desempleo, en tal sentido, pide a los Estados miembros «que revisen y adapten sus regímenes de seguridad social y complementen políticas activas en relación con el mercado laboral, en particular, la formación y la formación continua con vistas a las nuevas realidades laborales, para apoyar las transiciones profesionales y la reincorporación al mercado de trabajo, impidiendo así toda dependencia innecesaria de los subsidios así como el trabajo en el sector no regulado».

La Resolución formula una definición de la flexiseguridad «como la combinación de la flexibilidad y de la seguridad en el mercado laboral, que contribuye

a aumentar tanto la productividad como la calidad de los puestos de trabajo garantizando la seguridad, y permitiendo al mismo tiempo a las empresas la flexibilidad necesaria para crear puestos de trabajo en respuesta a las necesidades cambiantes del mercado»; considera que «los requisitos de flexibilidad y seguridad no son contradictorios entre sí sino que por el contrario se refuerzan mutuamente». Según el PE, la flexiseguridad «solamente puede alcanzarse mediante un Derecho laboral eficaz y moderno que refleje la realidad laboral en constante mutación»; constatando que «la negociación colectiva y unos interlocutores sociales fuertes son una parte importante de un enfoque de flexiseguridad». Y aunque considera que existen diversos modelos de flexiseguridad, destaca que «un enfoque común debería basarse en la combinación de la capacidad de adaptación de las empresas y de los trabajadores con un nivel suficiente de protección social, de prestaciones de seguridad social y desempleo, políticas activas relacionadas con el mercado laboral, y posibilidades de formación y de formación continua; considera que la existencia de unas disposiciones amplias en materia de bienestar y el acceso a servicios como los cuidados a niños y otras personas dependientes contribuye positivamente a estos objetivos». En consecuencia, para el Parlamento Europeo, «la definición de flexiseguridad que se recoge en el Libro Verde de la Comisión no es lo suficientemente amplia».

En materia de responsabilidades empresariales, la Resolución destaca la necesidad de que «se regule la responsabilidad conjunta y por separado para las empresas generales o principales a fin de abordar los abusos en la subcontratación y la exteriorización o externalización de los trabajadores y establecer un mercado transparente y competitivo para todas las empresas sobre una base de igualdad de condiciones en lo que al respeto de las normas y condiciones laborales se refiere». En esta dirección, solicita a la Comisión y a los Estados miembros que establezcan claramente quién es responsable del cumplimiento del Derecho laboral y del pago de los salarios, cotizaciones a la seguridad social e impuestos asociados en una cadena de subcontratistas.

Manifiesta una concepción ofensiva de competitividad, al expresar su convencimiento de que «la creación de empleos precarios y mal remunerados no es una respuesta adecuada a la tendencia de deslocalización que afecta cada vez a más sectores», y considera que «únicamente la inversión en investigación, desarrollo, formación y formación continua podrá relanzar los sectores que adolecen actualmente de falta de competitividad».

Pide a la Comisión que facilite el establecimiento de un sistema de resolución de conflictos que permita que «los acuerdos europeos entre los interlocutores sociales se conviertan en una herramienta eficaz y flexible que propicie un enfoque regulador más eficaz a escala europea». En realidad, lo que pone de manifiesto implícitamente es la carencia de un marco jurídico que clarifique el *status* de la negociación colectiva europea como fuente del propio Derecho social comunitario.

Ambos documentos no aportan soluciones muy concretas a los problemas más acuciantes del Derecho laboral y de los mercados de trabajo, pero es de destacar que ponen de manifiesto profundas divergencias de criterio entre las instituciones comunitarias, situándose el PE en una línea más minuciosa, cauta y equilibrada, que concede relevancia a los instrumentos consensuados que reflejen el pluralismo social existente en los mercados de trabajo, y que muestra mayor afán por mantener unos estándares de protección («civilizatorios») que integran el conjunto de «conquistas sociales» propias del «Modelo social europeo».

4. La Comunicación de la Comisión: «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad»

El resultado del proceso de consulta abierto con el Libro Verde ha culminado —conforme a sus previsiones— con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final.

Esta Comunicación trata de ofrecer un enfoque integrado de la flexiseguridad, ilustrar sobre las políticas de flexiseguridad existentes y desarrollar una serie de principios comunes de flexiseguridad.

En primer lugar, constata las transformaciones operadas en el proceso de globalización. Según la Comisión cuatro razones han transformado el modo de vida y de trabajo en Europa: la integración económica europea e internacional; el desarrollo de nuevas tecnologías, especialmente en los ámbitos de la información y la comunicación; el envejecimiento demográfico de las sociedades europeas, con tasas de desempleo relativamente bajas y un elevado desempleo de larga duración, que pone en peligro la sostenibilidad de los sistemas de protección social; y el desarrollo de mercados laborales segmentados.

El fenómeno de la globalización se considera beneficiosa para el crecimiento y el empleo, pero la Comisión también considera que se requiere una respuesta y que debe proseguirse en el proceso de reestructurar las economías europeas (es decir, profundizar en la liberalización de los mercados). En este contexto, la Comisión considera necesaria una adaptación de los mercados laborales hacia la flexibilidad acompañados de niveles de seguridad que permitan abordar las necesidades de empleadores y empleados. Se señala algo positivo, que para «gestionar el cambio y los nuevos riesgos sociales, Europa debe crear más y mejores puestos de trabajo», incidiendo en la necesidad de reducir la segmentación laboral y promover la integración sostenida y la acumulación de capacidades, dala

la incapacidad de amplias capas de trabajadores para integrarse o retornar a un empleo de calidad.

En este punto, la Comisión relanza una idea ya desplegada en el Libro Verde consistente en que los «ciudadanos necesitan cada vez más la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo, ya que cada vez son menos los que conservan el mismo puesto de trabajo de por vida». La Comisión se alinea con las exigencias de flexibilidad al señalar que las empresas «deben ser capaces de adaptar su mano de obra a unas condiciones económicas cambiantes. Han de poder contratar a trabajadores que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables, aumentando así su capacidad de innovación y competitividad». Como se observa, nada nuevo respecto a los postulados ideológicos neoliberales, la necesidad de que los sacrificios correspondan a los trabajadores en función de las cambiantes exigencias empresariales determinadas por condicionantes de competitividad, que son precisamente los postulados que han conducido a una intensa precarización de los mercados de trabajo europeos. Paradójicamente, luego se añade que la UE y sus Estados miembros «deben avanzar hacia una economía del conocimiento dinámica y boyante, que reparta los dividendos de la prosperidad de una manera más homogénea entre el conjunto de la sociedad». La Comisión parece ignorar que un status jurídico-laboral de derechos es tradicionalmente una garantía de seguridad económica y jurídica para los trabajadores, actuando una importante función redistributiva en el seno del *welfare*. ¿Cómo se favorece la movilidad social ascendente con la degradación de derechos laborales? El documento es un nuevo «caballo de Troya» para el Derecho «clásico» del trabajo.

En la Comunicación de la Comisión se desarrolla lo que se denomina un «enfoque integrado» de la flexiseguridad, que profundiza en el enfoque del Libro Verde. Las decisiones estaban tomadas en el Libro Verde (no es de extrañar que muchos tacharan a sus planteamientos de falta de objetividad y a sus interrogantes de capciosos por prefigurar en sí mismos las respuestas) y el debate abierto no ha logrado modificar la idea originaria de la institución comunitaria. Este enfoque integrado consiste en abordar actuaciones conjuntas en los ámbitos de flexibilidad en los mercados de trabajo, organización del trabajo y de las relaciones laborales, y la seguridad, tanto del empleo como la proveniente de los sistemas de protección social.

El objetivo declarado del modelo de flexibilidad que propone es «garantizar que los ciudadanos de la UE puedan disfrutar de un elevado nivel de seguridad en el empleo, es decir, que tengan la posibilidad de encontrar fácilmente un puesto de trabajo en todas las etapas de su vida activa y buenas perspectivas de desarrollar su carrera profesional en un entorno económico rápidamente cambiante». Ello pretende ayudar tanto a los empleados como a los empleadores a aprovechar plenamente las oportunidades que ofrece la globalización.

En tal sentido, se reclama a los Estados miembros un mayor esfuerzo para favorecer el empleo, considerando que las medidas de actuación deben funcionalizarse a la solución de los problemas más generales del mercado laboral. Según la Comisión: «Con demasiada frecuencia, las políticas tienen por objeto aumentar *bien* la flexibilidad de las empresas *bien* la seguridad de los trabajadores y como consecuencia de ello, se neutralizan o contradicen entre sí». Pero, ¿no es este el intercambio y el equilibrio en continua renovación que permiten los sistemas jurídico-laborales como sistemas dinámicos? El ordenamiento jurídico-laboral ha cumplido en todos los contextos histórico-políticos una función político-jurídica integradora y conservadora, pero ha tenido que ir acomodando su fisonomía y su estructura institucional a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo y a los equilibrios de las relaciones sociales resultantes en cada momento. Es decir, se ha comportado como componente jurídico-institucional de lo que puede denominarse un *sistema dinámicamente organizado*.

La Comisión pretrecha de una definición de «flexiseguridad» como estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. Y comienza a definirla —como no podía ser de otro modo— por el primer elemento del binomio en una definición que podríamos calificar de *pan-flexibilidad*: «la flexibilidad hace referencia a los avances logrados («transiciones») en el curso de la propia vida: del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o la inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación». Resulta cuando menos curioso que también el desempleo y la inactividad en el trabajo se considere un «avance» en la vida profesional, considerándolos componentes estructurales de modelo propuesto, cuando son conocidas las dificultades de ciertos colectivos para reincorporarse al mercado de trabajo con un empleo de calidad. La definición no puede ser más críptica en este punto, nos evangeliza en el adiós al mundo de las certezas, y el abandono de las seguridades proporcionadas por las tradiciones europeas de salvaguarda de los derechos laborales. Dicha flexibilidad —según el documento— «no se limita a la mayor libertad de las empresas para contratar o despedir» (con lo cual se quiere ir mucho más allá) y —paradójicamente— «no implica que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos», sino que aludiría a una nueva arcadia: «la progresión de los trabajadores hacia mejores empleos, a la «movilidad ascendente» y al desarrollo óptimo del talento». Asimismo, en una perspectiva *micro* la flexibilidad se considera «característica de una organización del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción», y —con un tinte bidireccional poco preciso— al añadirse que «es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas». Ambas flexibilidades *no son las mismas*, la primera obedece a intereses empresariales y no conllevan automáticamente la consecución de la segunda si no es a través de la institucionalización de derechos socio-laborales que tutelen adecuadamente al trabajador en la adopción de decisiones

para conciliar la vertiente laboral con las necesidades personales, familiares, formativas, etc.

De otro lado, la vertiente de la seguridad presenta un menor esfuerzo definitorio, considerando por tal no solamente «a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo», sino también de «equipar a las personas con las capacidades que les permitan progresar en su vida laboral y ayudarlas a encontrar un nuevo empleo»; como también —en línea con la estrategia preconizada por el Libro Verde— «se trata de ofrecer unas prestaciones de desempleo adecuadas para facilitar las transiciones e incluye... oportunidades de formación para todos los trabajadores, especialmente los poco cualificados y los de más edad».

Según la Comunicación, la Comisión y los propios Estados miembros (no se alude a declaración conjunta alguna que cristalice la opinión de los mismos), «han llegado a un consenso» en cuanto a que las políticas de flexiseguridad pueden concebirse y aplicarse a través de cuatro ejes de actuación: *disposiciones contractuales flexibles y fiables* (desde la perspectiva del empleador y del empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera»), gracias a una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos; *estrategias globales de aprendizaje permanente* a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables; *políticas activas del mercado laboral eficaces* que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo; *sistemas de seguridad social modernos* que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral. Vertiente en las que se incluyen una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria) que permiten a las personas conciliar el trabajo con las responsabilidades privadas y familiares, como el cuidado de los hijos.

Seguidamente el documento expone —siguiendo el análisis económico— la forma en que estos componentes pueden reforzarse mutuamente para mejorar los resultados en cuanto al empleo, a las tasas de riesgo de pobreza y al capital humano. Interesa destacar que los postulados empleados aluden en exclusiva a incontrastados análisis económicos con un enfoque neoclásico⁵⁹, esto es, análisis que adolecen de un reduccionismo metodológico y unidireccionalmente economicista, que ignora el lenguaje y la lógica de los derechos. Derechos que —en

⁵⁹ Se entiende que —exclusivamente bajo estos postulados— sea difícil no tener otra percepción del Derecho laboral como un factor directo de desocupación, impidiendo al mercado de trabajo ajustarse sobre un equilibrio de plena ocupación. Estas tesis son descendientes directas del pensamiento económico dominante (la escuela neo-clásica), que tiende a aglutinar las explicaciones del funcionamiento del mercado de trabajo dentro de la teoría del equilibrio concurrencial, la cual, a su vez, sostiene la tendencia de los mercados perfectamente competitivos a encontrar un nivel de equilibrio «natural» entre oferta y demanda, a través del mecanismo de precios (la ideología del «mercado autorregulado») [*vid. DEL PUNTA, R.: «L'economia e le ragioni del diritto del lavoro», DLRI, 2003, págs. 3 y sigs.*].

el ámbito laboral— han permitido una «desmercantilización» relativa la fuerza de trabajo como instrumento de reequilibrio socio-económico y de integración del conflicto social inmanente⁶⁰. En gran medida, todas las transformaciones y tendencias indicadas obedecen a la aplicación de concepciones económicas neoliberales al terreno de las relaciones laborales. Tales concepciones adolecen en el fondo de una incomprensión sobre la naturaleza tan especial del mercado de trabajo como sistema de asignación del factor humano, y del trabajo mismo como *expresión de valores personales y profesionales*. En una sociedad democrática el Derecho debe cristalizar diferentes postulados éticos, y proteger y realizar valores superiores del sistema socio-jurídico como democratización del sistema social, la equidad social o la redistribución del bienestar. Frente a las tendencias político-jurídicas y metodológicas que amenazan gravemente los sistemas de tutela social, se trataría precisamente de evitar que la racionalidad económica y sus institutos económicos penetren sin más en las categorías jurídicas instrumentalizándolas, ignorando las funciones reguladoras del derecho como *sistema también autorreferente*.

La eficiencia económica es también un principio de acción ineludible para la construcción de un Derecho del Trabajo que sea partícipe de los valores de la cultura post-industrial, pero este criterio debe ser mesuradamente conjugado y compatibilizado con los objetivos de socialidad⁶¹. Debe admitirse que la teoría económica puede aportar al punto de vista jurídico una visión «externa» del Derecho desde la cual evaluarlo. Pero existen limitaciones a la aproximación económica, la cual normalmente no sólo acepta la existente distribución de bienestar y renta sino también la inevitabilidad o «naturalidad» de las desigualdades. Las normas jurídicas además deben tomar en cuenta conceptos de justicia y estándares éticos, que son criterios que van más allá de los utilizados por los economistas. Sin embargo, también los juristas deben aprovechar las ideas de la economía para prever el impacto de una norma y tener una visión más clara sobre las situaciones en las cuales se está promoviendo justicia distributiva para dejar de lado la eficiencia económica. En tal sentido, fuerzan al jurista a formular el *objetivo social* de la norma y a plantearse si la regla es «eficiente» en la consecución del mismo⁶².

En lo atinente al primer pilar de la propuesta (flexibilización de la relación de trabajo), de nuevo se arremete contra la protección frente al despido por razones económicas, sobrevalorando —como suelen hacer los análisis económicos— la influencia de tales reglas jurídicas sobre la evolución de los mercados de

⁶⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «La política social en el estado del bienestar: los derechos sociales como derechos de «desmercantilización»», *RMTAS*, núm. 19, 1995, págs. 7 y sigs.

⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Derecho del Trabajo y racionalidad», *RL*, núm. 5, 2006, págs. 1 y sigs.

⁶² Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Lógica de mercado y trabajo», *RL*, núm. 3, 2003, págs. 235 y sigs.

trabajo. En este sentido, la Comisión se muestra proclive a la eliminación de la tutela frente al despido ilegítimo, tutela que no es sino una manifestación tutelar del «derecho al trabajo» como derecho social fundamental. El documento se alinea con los análisis por los que una estricta protección del empleo, al reducir el número de despidos, también reduce las posibilidades de reinserción en el mercado laboral tras períodos de desempleo. Y de nuevo, se alude al «argumento psicológico» de que «al decidir la conveniencia o no de contratar a nuevos trabajadores, las empresas tienen en cuenta la probabilidad de incurrir en altos costes por despido en el futuro», además se indica que «aunque las repercusiones de una política estricta de protección del empleo en el desempleo total son limitadas, ésta puede perjudicar a aquéllos grupos que tienen más posibilidades de encontrar obstáculos a la hora de acceder al mercado laboral...». Se considera de nuevo que las «legislaciones estrictas de protección del empleo fomentan frecuentemente el recurso a una serie de contratos temporales que ofrecen escasa protección... y limitan la progresión a puestos de trabajo de duración indefinida». Y en consecuencia, de nuevo se culpabiliza al régimen garantista que regula el contrato indefinido de generar la segmentación del mercado laboral. Luego —a juicio de la Comisión— no es la panoplia de contratos precarios introducidos por los legisladores para atender a las demandas crecientes de flexibilidad la culpable de la segmentación⁶³, sino la pervivencia de un contrato indefinido con garantías frente al despido. Pero termina señalándose —y el dato tiene extraordinaria relevancia— que «las legislaciones estrictas de protección del empleo también tienen efectos positivos; en particular, animan a las empresas a invertir en formación y promueven la lealtad y una mayor productividad de los empleados». Así pues, el documento parece animar la flexibilización y eliminación del despido, pero luego termina alabando las bondades de la contratación con garantías frente al despido. En definitiva, la única lectura posible a la que parece apuntar el texto es que deberá profundizarse en la flexibilidad y la eliminación de las rigideces a la gestión flexible de la mano de obra y que no presenten una clara funcionalidad en cuanto al favorecimiento de la estabilidad en el empleo.

La Comunicación de la Comisión no realza la teleología estructural de las normas laborales hacia el principio del rendimiento (y la facilitación de una adecuada gestión de la mano de obra que permite en la empresa), como tampoco la contribución de las normas laborales a la construcción y sostenimiento de un sistema de relaciones laborales que permite la estabilidad necesaria para el desa-

⁶³ Repárese que la disponibilidad de una variedad de modalidades y arreglos contractuales se considera esencial por parte de los empleadores europeos, que han criticado el «injustificado cuadro negativo» que el Libro Verde presenta en relación a las formas flexibles de trabajo. Dicho enfoque negativo se considera —por parte de los empleadores— incompatible con un enfoque de flexiseguridad, pues para ellos asegurar la disponibilidad de una variedad de acuerdos contractuales es esencial para la eficiencia en el funcionamiento de los mercados de trabajo [BUSINESS EUROPE: *Position Paper. Green Paper modernising Labor Law to meet the challenges of the 21st Century*, de 6 de marzo de 2007, apartados 2 y 8].

rrollo de los procesos productivos y económicos (facilitando la creación de mecanismos de articulación y representación de los intereses profesionales en juego y pertrechándoles de los instrumentos de autotutela necesarios para componer tales intereses), como también su finalidad de «productividad» (contribuyendo decisivamente a la preservación de la economía y el empleo). Repárese que la situación de la empresa ha sido uno de los ejes centrales en la reconfiguración de muchísimas vicisitudes contractuales y del sistema colectivo de relaciones laborales, al objeto de dotar a las organizaciones productivas de los instrumentos jurídicos necesarios para ajustar de forma adecuada la gestión de la mano de obra (en sus aspectos cualitativos, cuantitativos y relativos a las condiciones de trabajo) a las exigencias de productividad y de competitividad de una economía más globalizada.

Pero los elementos de seguridad «contractual» no aparecen en el documento. La configuración jurídica de los contratos requiere proveer un grado aceptable de flexibilidad y seguridad. Una protección suficiente en lo relativo a las condiciones de trabajo, pero también frente a los comportamientos arbitrarios del empleador, permiten al trabajador y sus representaciones una capacidad de influencia sobre los lugares de trabajo y la organización del trabajo y también de negociación de sus necesidades de flexibilidad y seguridad, teniendo en cuenta que —por ahora, y mientras no se modifique el Derecho originario de la UE— una de las obligaciones comunitarias esenciales es la lucha por unas condiciones de trabajo justas y equitativas (también en relación a las formas atípicas de trabajo). Pero la Comunicación no se adentra en los efectos que la disminución de la tutela «en el trabajo» tiene sobre el sistema de poder que implica la organización de la empresa, por tanto, se basa en postulados que potencialmente refuerzan el poder decisorio unilateral del empleador. Repárese que la normativa laboral en este aspecto es ambivalente, *legítima y reconoce, pero también establece un sistema de límites* (respeto de derechos fundamentales y básicos en la relación de trabajo, derechos de participación y acción colectiva en la empresa, exigencias de racionalidad técnico-productiva y procedimentalización de los poderes directivos y organizativos de la empresa, etc.). La reducción de los niveles de protección y la flexibilización que conlleva, plantea la cuestión de que vehiculizan una reconquista de poderes o prerrogativas de la dirección empresarial en espacios que la ley y la negociación colectiva habían expropiado a través de un «proceso de juridificación lento pero de profundo calado»⁶⁴.

En segundo lugar, para dar respuesta a la rapidez del cambio y de la innovación, se considera la necesidad de disponer de estrategias globales de aprendizaje permanente y mejorar la inversión en recursos humanos. Considerándolo un factor estratégico tanto para la competitividad de las empresas como para la

⁶⁴ RIVERO LAMAS, J.: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *REDT*, núm. 80, 1996, pág. 971.

empleabilidad de los trabajadores a largo plazo. Según la Comisión, un «sistema general de educación de alta calidad, unas amplias competencias esenciales y la inversión continua en el desarrollo de las capacidades aumentan las oportunidades de las empresas de responder adecuadamente al cambio económico y las posibilidades de los trabajadores de seguir empleados o encontrar un nuevo empleo», señalando que la «elevada participación en el aprendizaje permanente se ha relacionado positivamente con una alta tasa de empleo y una baja tasa de desempleo (de larga duración)». La Comisión advierte también de la incidencia de la segmentación laboral también sobre esta materia, pues «con demasiada frecuencia los únicos que se benefician de estas inversiones son los trabajadores altamente cualificados», mientras que para los que más acucia la necesidad de aprendizaje, como los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con contratos temporales, los autónomos y los de más edad, son los más afectados por la falta de inversión en formación. Se indica que uno de los factores que disuade a los empleadores a la inversión en el desarrollo de las capacidades es el temor a que sus empleados formados puedan ser contratados por otras empresas. Para atenuar esta situación —dado que se renuncia a la estabilidad en el empleo— es el reparto de costes, mediante la asignación de fondos a escala territorial. Además, se aduce un elemento que no estaba presente en el Libro Verde, la necesidad —si se quiere que las estrategias de aprendizaje permanente sean verdaderamente inclusivas— de «contar con la participación activa de los gobiernos, interlocutores sociales, empresas y trabajadores».

El tercer pilar del cambio son los sistemas de seguridad social de protección por desempleo y las políticas activas del mercado laboral, considerados «elementos esenciales que aportan apoyo y seguridad en los ingresos en los períodos de transición entre puestos de trabajo». De nuevo reaparecen los postulados reformistas en la línea del *workfare*, pues se indica que para subsanar las consecuencias negativas que los cambios de empleo pueden tener en los ingresos se precisan sistemas que ofrezcan buenas prestaciones de desempleo, ahora bien, «éstas pueden tener un efecto perjudicial en la intensidad de la búsqueda de empleo y reducir el incentivo económico que entrafía aceptar un empleo». Para evitar este efecto se propone «la implantación de sistemas eficaces de apoyo a la búsqueda de empleo e incentiva-ción del trabajo que garanticen el equilibrio entre los derechos y las obligaciones» (asistencia directa e individualizada, cursos de búsqueda de empleo, etc.). Se considera que el gasto en políticas activas del mercado de trabajo es directamente proporcional a la reducción del desempleo global. Al mismo tiempo —ahondando en la estrategia de cambio de la «seguridad en el trabajo «por la más difusa «seguridad en el mercado»— y con cita en estudios económicos, se indica que «hay una relación positiva entre la eficacia de las políticas activas del mercado laboral y legislaciones de protección del empleo menos severas».

En relación a este tercer pilar debería clarificarse el concepto de «activación» de la protección por desempleo y la atención a las transiciones laborales, pues

abarca tanto las medidas coercitivas como las de apoyo, tanto las de recualificación como las sancionadoras. No parece aceptable una renuncia a la protección en el trabajo a cambio de «vagas promesas de empleabilidad» en las que el trabajador deberá realizar la inversión necesaria para mejorar su cualificación suponen simplemente trasladar la carga del ajuste y la adaptación exclusivamente sobre el trabajador individual, lo que incrementar el nivel de inseguridad (especialmente para los grupos más vulnerables en el mercado de trabajo).

En este sentido, la Comisión se alinea con los postulados propuestos en relación a los mercados de trabajo transicionales. Proponiendo la organización institucional y protectora de forma que el aumento de flexibilidad en el mercado de trabajo no provoque una mayor exclusión social. Para ello se trata de reconfigurar la interacción del mercado de trabajo, los sistemas educativos y formativos y los sistemas de protección social mediante la institucionalización de puentes que faciliten las transacciones entre situaciones de empleo, fomentando la «empleabilidad» y salvaguardando la protección social⁶⁵.

Para que la estrategia de flexiguridad funcione, la Comisión entiende que se «ha de equilibrar perfectamente la garantía de la seguridad de los ingresos que ofrece el sistema de prestaciones de desempleo con una estrategia de «activación» adecuada encaminada a facilitar la transición al empleo y a impulsar el desarrollo de la carrera». De nuevo —como hacía el Libro Verde— se insiste en que los estudios —en la práctica no incontrovertidos— sugieren que los trabajadores se sienten mejor protegidos por unas prestaciones de desempleo adecuadas, por las políticas activas del mercado laboral y por unos mercados laborales dinámicos, que por una estricta protección contra el despido. Esta pretendida preferencia subjetiva por las tutelas del mercado de trabajo frente a las de la relación laboral supone una generalización inconsistente y poco aceptable (al menos en la gran de los trabajadores carentes de poder negocial en el mercado de trabajo podría ser fácilmente refutable). En definitiva, una nueva evangelización está servida, debe aceptarse una flexibilidad laboral más extrema porque la seguridad ya no se encuentra «en el trabajo», sino en un mercado laboral «activado» en el que la tutela pasa a depender de los sistemas de aprendizaje permanente y de las políticas de protección social de los desempleados.

Al menos, la Comunicación de la Comisión no relega —como hacía el Libro Verde— al ostracismo el papel del diálogo social y la participación activa de los interlocutores, para ello «es esencial que todas las partes implicadas están dispuestas a aceptar el cambio y asumir la responsabilidad del mismo». La CES ha manifestado sus reservas a las propuestas del Libro Verde, de manera que el de-

⁶⁵ Cfr. SCHMID, G.: «El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el estado de la cuestión», en AA.VV., Toharia, L. (comp.), *Los mercados de trabajo transicionales: nuevos enfoques de la política del mercado de trabajo en la Unión Europea*, Madrid, MTAS, 2006.

bate en el plano político-sindical no está concluido, ni se ha conseguido unificar objetivos en torno a los interlocutores sociales a escala comunitaria. Al respecto, la Comunicación indica que las políticas integradas de flexiseguridad requieren del diálogo social bipartito (entre los interlocutores sociales) y tripartito (entre los interlocutores sociales y las autoridades públicas), pues los «interlocutores sociales son los mejor situados para responder a las necesidades de los empleadores y trabajadores y para detectar sinergias entre ellos, por ejemplo, en la organización del trabajo o en la concepción y aplicación de estrategias de aprendizaje permanente». La Comunicación aboga por fórmulas de «partenariado» para desarrollar las políticas de flexiseguridad, como la mejor manera de garantizar la participación de los interlocutores sociales «en un debate global sobre la adaptabilidad», adoptando un enfoque plural de la flexiseguridad, y no medidas políticas aisladas. A tal fin, la Comunicación anima a un debate nacional impulsado por las autoridades públicas, tratando de lograr el compromiso de los interlocutores sociales y de otras partes interesadas. Esta implementación podría canalizarse a través de «un diálogo nacional en el que participasen los representantes de los empleadores, los trabajadores, la administración y otras partes interesadas y cuyo cometido fuese formular una serie de enfoques estratégicos o un paquete de medidas», lo que podría dar lugar a la adopción de una «estrategia nacional integrada en materia de flexiseguridad». Asimismo, la Comisión anima a los Estados miembros a trabajar con los interlocutores sociales con vistas a incluir sus enfoques en materia de flexiseguridad en los Programas Nacionales de Reformas (derivados de la Estrategia de Lisboa).

Para la Comisión, todos los Estados miembros —dentro de sus diferentes situaciones nacionales— deben afrontar el mismo reto de la modernización y de adaptación al cambio. Por ello, para facilitar los debates nacionales en el marco de los objetivos comunes de la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, se señala la necesidad de alcanzar un consenso en el seno de la UE sobre una serie de «principios comunes de la flexiseguridad», que podrán ser una referencia útil «para lograr unos mercados de trabajo más abiertos y con mayor capacidad de respuesta, y unos lugares de trabajo más productivos». Según la Comisión, tales principios comunes podrían ser los siguientes:

1. «La flexiseguridad entraña disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde el punto de vista del empleador y el empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera»), estrategias de aprendizaje permanente globales, políticas activas del mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad social modernos. Su objetivo es potenciar la aplicación de la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, mejorar cuantitativa y cualitativamente el empleo y reforzar los modelos sociales europeos, mediante el establecimiento de las nuevas modalidades de flexibilidad y seguridad encaminadas a aumentar la adaptabilidad, el empleo y la cohesión social».

2. «La flexiseguridad se sustenta sobre el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas».
3. «La flexiseguridad debería adaptarse a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales específicos de los Estados miembros. La flexiseguridad no gira en torno a un único modelo de mercado laboral ni a una única estrategia de actuación». Resulta paradójico que el documento se asiente sobre unos presupuestos bien definidos sobre las reformas en las que profundizar, para luego señalar que no existe un único modelo o estrategia de actuación.
4. «La flexiseguridad debería reducir la brecha abierta entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él. Los que ahora están dentro necesitan apoyo para preparar las transiciones de un empleo a otro y estar protegidos mientras éstas duren. Los que ahora están fuera —incluidas las personas inactivas, entre las que las mujeres, jóvenes y emigrantes están excesivamente representados— necesitan puntos de entrada al empleo que les faciliten el acceso al mismo y puntos de apoyo que les permitan progresar hacia unas modalidades contractuales estables».
5. «Debe promoverse la flexiseguridad interna (en una misma empresa), pero también la externa (de una empresa a otra). Un grado suficiente de flexibilidad en la contratación y el despido ha de ir acompañado de seguridad en las transiciones de un empleo a otro. Debe facilitarse la movilidad ascendente, así como entre el desempleo o la inactividad y el empleo. Unos lugares de trabajo de elevada calidad dirigidos por personal capaz, una buena organización del trabajo y la mejora continua de las capacidades son algunos de los objetivos de la flexiseguridad. La protección social debe apoyar la movilidad y no inhibirla».
6. «La flexiseguridad debe apoyar la igualdad de género potenciando la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a empleos de calidad y ofreciendo posibilidades de conciliar la vida laboral y la familiar, así como dando las mismas oportunidades a los emigrantes, los jóvenes, las personas con discapacidad y los trabajadores de más edad».
7. «La flexiseguridad requiere un clima de confianza y diálogo entre las autoridades públicas y los interlocutores sociales, en el que todos estén dispuestos a asumir la responsabilidad del cambio y que produzca políticas equilibradas».
8. «Las políticas de flexiseguridad tienen repercusiones presupuestarias y su aplicación debería contribuir también a políticas presupuestarias sólidas y sostenibles desde el punto de vista financiero. Deberían perseguir, asi-

mismo, una distribución justa de los costes y los beneficios, en particular entre las empresas, los particulares y los presupuestos públicos, prestando especial atención a la situación específica de las PYME. Unas políticas de flexiseguridad eficaces pueden contribuir al mismo tiempo a este objetivo global».

Para ayudar a implementar tales objetivos, la Comunicación contiene el diseño de cuatro itinerarios tipo (anexo I), desarrollados sobre la base de la situación de los Estados miembros y del informe del Grupo de Expertos sobre Flexiseguridad⁶⁶. Se trata de propuestas para que los Estados miembros, en consulta con sus interlocutores sociales, y en función de sus situaciones particulares, puedan elaborar sus propios itinerarios detallados hacia la flexiseguridad. Tales itinerarios tipo «deberían servir también como instrumento de aprendizaje mutuo y de referencia en el marco de la Estrategia de Lisboa renovada».

Todos los itinerarios coinciden en la necesidad de facilitar —procedimental y económicamente— el despido. Pareciera como —si a juicio de la Comisión— el elemento central de la modernización del derecho del trabajo pasaría indefectiblemente por la reducción de la protección frente al despido por razones empresariales. Este punto de vista es criticable, pues resulta importante reclamar una cierta autonomía, principios y valores básicos de los que es portador el Derecho del trabajo. Una protección adecuada frente al despido ilegítimo es la propia base para que los trabajadores puedan reclamar frente a condiciones de trabajo ilegales o abusivas, y hacer oír su voz frente a los comportamientos arbitrarios o injustificados del empleador, como también es un elemento determinante en la propensión de los trabajadores hacia la afiliación sindical y la participación en acciones sindicales colectivas. Solamente cuando varios sistemas interrelacionados demuestren un funcionamiento eficaz para la tutela del trabajador podría aceptarse un rediseño de los niveles de protección en el trabajo, en concreto, sería necesario un sistema que provea a los trabajadores una política activa del mercado de trabajo con un elevado nivel de protección por desempleo en el marco de una implantación sindical adecuada o un marco de diálogo social desarrollado que garantice los instrumentos necesarios para una participación activa en la negociación de los cambios y las modificaciones institucionales que sean pertinentes. La flexiseguridad —al modelo danés— con normas liberalizadoras del despido, no puede considerarse al margen del contexto del Estado del bienestar y de un sistema sindical y de diálogo social sólido, esto es, los interlocutores sociales deben desempeñar un papel central en el proceso decisorio políticos y en la aplicación de las políticas de mercado laboral y de la formación continua, y en el contexto de un sistema del Estado del bienestar financiado públicamente con niveles elevados de protección.

⁶⁶ *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, Report by the European Expert Group on Flexicurity, junio de 2007.

Un primer itinerario tipo se dirige al desafío de abordar la segmentación laboral, con el objetivo de distribuir de manera más uniforme la flexibilidad y la seguridad entre la mano de obra. El objetivo prioritario es introducir ciertas mejoras en la protección de los contratos precarios (con una progresión de carrera hacia el contrato indefinido de «plena» protección) compensada por una flexibilidad en los despidos por razones económicas, todo ello acompañado de mejoras en cuanto al aprendizaje permanente, las políticas activas del mercado laboral y los sistemas de seguridad social.

El segundo itinerario se dirige a desarrollar la flexiseguridad en países en que predominan grandes empresas que ofrecen niveles elevados de protección del puesto de trabajo, para ofrecer seguridad durante los períodos de transición (reestructuraciones de empresas y externalización de partes del proceso productivo). Se trata también en lo sustancial en introducir medidas de flexibilidad y la adopción de medidas preventivas (intervención precoz), de nuevo aligerando procedimental y económicamente el despido, junto con la mejora de las políticas activas del mercado laboral.

El tercer itinerario incide en la reducción de las diferencias entre la mano de obra en cuanto a capacidades y oportunidades, cuya finalidad es promover oportunidades que permitan a personas poco cualificadas acceder al empleo y desarrollar sus capacidades con el fin de lograr una posición sostenible en el mercado laboral. Este es el itinerario previsto para países con disposiciones contractuales lo suficientemente flexibles, tratándose de favorecer la calidad del puesto de trabajo y los niveles de capacidad de los grupos más débiles del mercado laboral. Para ello es necesaria una mejora de la formación en el sistema general de educación y en el lugar de trabajo, y aumentar la eficacia de las políticas activas del mercado laboral y de las políticas de seguridad social.

El cuarto itinerario se destina a los países que han sufrido en su pasado reciente una importante reestructuración económica y que presentan un elevado número de beneficiarios de prestaciones sociales a largo plazo y de trabajadores no declarados cuyas perspectivas de reinserción en el mercado laboral son escasas. La finalidad sería mejorar las oportunidades de empleo de los beneficiarios de prestaciones e impulsar el cambio del empleo informal al formal mediante el desarrollo de políticas activas del mercado laboral y sistemas de aprendizaje permanente eficaces y el establecimiento de un nivel adecuado de prestaciones sociales (orientadas hacia un nuevo empleo).

La Comunicación aborda también el aspecto financiero de la flexiseguridad. Al respecto, se sostiene que en «los países que ya disponen de un sistema de prestaciones de desempleo y en los que dichas prestaciones son generosas, la aplicación del principio de equilibrio entre derechos y deberes contribuiría a rentabilizar dicho sistema. En los países en los que los sistemas de prestaciones están menos desarrollados, las autoridades pueden considerar la reasignación de recur-

sos públicos al refuerzo de las políticas de flexiseguridad y el reparto de los costes adicionales entre distintas fuentes, mediante el aumento de la fiscalidad o de las cotizaciones sociales». En cuanto a la evaluación de los costes económicos de la flexiseguridad, se indica que «deben tenerse en cuenta los beneficios presupuestarios derivados del aumento del dinamismo del mercado laboral, del empleo y de la productividad». El incremento del gasto en las políticas activas del mercado laboral reduce el desempleo y sus costes a largo plazo (exclusión social, salud, etc.).

En lo relativo a la financiación del aprendizaje permanente se considera que exigirá una utilización más eficaz de los recursos públicos y privados y, en algunos casos, un mayor desembolso económicos. Dicha inversión «se rentabilizará gracias al aumento de puestos de trabajo y de la productividad laboral». El coste financiero seguirá recayendo sobre los empleadores, aunque además se propone que se estimule la financiación privada a través de medidas de deducción fiscal. Pero señala que «también se puede responsabilizar a los trabajadores de las inversiones realizadas en aprendizaje y de su participación en la oferta de formación», bien sufragando parte de los costes o invirtiendo en ella su tiempo.

Por lo que respecta a las políticas pasivas del mercado laboral la clave no es tanto la asignación de un número adicional de recursos a políticas individualizadas y preventivas, sino incidiendo en su eficacia. Según la Comisión, ésta «depende de su calidad y de su pertinencia para el mercado laboral; de si se adaptan a los destinatarios de las mismas y combinan eficazmente la seguridad y la voluntad de aceptar el cambio y el dinamismo de los mercados laborales». No aparecen en la Comunicación indicadores relativos a la calidad del empleo y su adecuación a la cualificación del trabajador, como prerequisite para activar su retorno al mercado de trabajo.

El capítulo relativo a la financiación se cierra con la exigencia de que las políticas de flexiguridad (aprendizaje permanente, política activa del mercado de trabajo) se mantengan «plenamente compatibles con políticas presupuestarias sólidas y sostenibles desde el punto de vista financiero». Y además se alude a que —en los casos en los que mejorando la eficacia no sea suficiente— la financiación adicional «no tiene por qué traducirse necesariamente en un mayor gasto público total, sino que puede obtenerse mediante una distribución más justa de los costes entre las empresas, *los particulares* y los presupuestos públicos, y mediante la reasignación del gasto público en función de líneas prioritarias de actuación».

Por último, la Comunicación se cierra recordando que su finalidad es impulsar el debate entre las instituciones de la UE, los Estados miembros, los interlocutores sociales y otras partes interesadas, de modo que, antes de que concluya 2007, el Consejo Europeo pueda adoptar una serie de principios comunes en materia de flexiseguridad. Dichos principios comunes deberían servir de acicate y contribuir a la aplicación de las Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo y, en particular las Directrices de Empleo.

Así pues, la idea es introducir los componentes de la flexiseguridad en las políticas generales de los Estados miembros, a través de una especie de método abierto de coordinación. A tal fin, en el análisis de la Comisión sobre los Programas Nacionales de Reforma, en el marco de la Estrategia de Lisboa, dicho órgano incluirá sus primeros comentarios sobre la manera en que los Estados miembros podrían beneficiarse de los principios comunes y de los itinerarios de la flexiseguridad para elaborar sus propias políticas específicas.

Ciertamente, no existe un camino único para lograr una mayor flexiseguridad, hay diversas formas de implementarlas y distintas combinaciones de las políticas para lograrla, además del papel del diálogo social y los poderes públicos como de los recursos financieros disponibles para tales políticas. Lo que en un país —con unos determinados antecedentes históricos y un determinado entramado institucional y social de los sistemas de relaciones laborales y los mercados de trabajo— puede ser efectivo, puede fracasar en otro. Aparte de la heterogeneidad política social implicadas otro elemento de complejidad viene determinado porque requerirá de una implantación multinivel en un proceso reflexivo abierto con resultados inciertos y donde —hasta ahora— el consenso comunitario inter-institucional y con los interlocutores sociales dista de constituir un suelo común en cuanto a los instrumentos a utilizar y los objetivos a perseguir. Así pues, se abre un proceso reflexivo abierto aprovechando también la sinergia del *sistema abierto de coordinación*, pues en el próximo ciclo de las Directrices integradas, «se invitará a los Estados miembros a utilizar sus Programas Nacionales de Reforma para informar explícitamente acerca de sus estrategias en materia de flexibilidad». La Comisión realizará un seguimiento de dichas estrategias a través de los Informes Anuales de Ejecución e informará acerca de los progresos realizados en ellas el término del ciclo de Lisboa. Asimismo, la Comisión propondrá un programa de aprendizaje mutuo reforzado y más centrado, a fin de «garantizar que los Estados miembros se beneficien de las políticas de flexibilidad que funcionan».

5. A modo de conclusión: ideas para un enfoque alternativo de «flexibilidad»: ¿Una flexiseguridad garantista?

El proceso diseñado por los documentos comunitarios implica una transformación larvada del derecho clásico del trabajo. La constitución «social» del trabajo se transforma en una constitución «flexible» de trabajo⁶⁷. El proceso im-

⁶⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 1527 y sigs.; *id.*: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, especialmente págs. 68 y sigs.

plica una reforma implícita y profunda de las constituciones sociales europeas. El *soft law* impulsor de las reformas fricciona con el constitucionalismo social y los derechos sociales fundamentales no aparecen como eje vertebrador del nuevo proyecto de «modernización» del Derecho laboral. Las soluciones propuestas para la reformulación del Derecho laboral son de corte neoliberal. Los problemas que aquejan el mercado de trabajo y las instituciones jurídico-laborales se abordan en una perspectiva «remercantilizador».

Los textos comunitarios abren muchos interrogantes: ¿Son el anuncio del tránsito definitivo a la «constitución flexible» del trabajo, donde los mecanismos de regulación se dejan prevalentemente al mecanismo de mercado, y se eliminan y deterioran los espacios de «ciudadanía social» garantizados con independencia de las condiciones de mercado? ¿Cuáles son los componentes y soluciones precisas al segundo elemento de la expresión «flexiseguridad» que se aportan en el plano comunitario, más allá de genéricas referencias a la formación a lo largo de toda la vida, y la de la protección por desempleo en una perspectiva pro-activa y «limitativa» en cuanto a la capacidad sustitutiva de la renta en activo?

El plano colectivo del Derecho laboral no sale reforzado de los documentos comunitarios, que tampoco hacen el hincapié necesario los aspectos relativos a la introducción de flexibilidad negociada⁶⁸, ni se hace referencia a las instituciones y derechos de representación y acción colectiva como necesario elemento reequilibrador en el sistema de relaciones laborales. El propio *iter* procedimental seguido por la Comisión en la génesis de sus documentos no ha sido especialmente respetuoso con el papel institucional de los interlocutores sociales y el diálogo social a escala comunitaria. En el Libro Verde el diálogo social y la negociación colectiva no aparecen a la altura del papel institucional y las funciones regulativas que a las partes sociales y al método contractual reconoce el propio Tratado. Es precisamente el diálogo social el instrumento clave para alcanzar los niveles adecuados de flexibilidad que requieren las organizaciones productivas, a través del consenso social proporcionado por la negociación colectiva, y sin que ello necesariamente signifique un retroceso o eliminación de los estándares de tutela, cuando el proceso se desarrolla con los equilibrios y contraprestaciones adecuadas.

Especialmente en el Libro Verde la «modernización» del Derecho laboral en clave flexibilizadora e «individualista», no se hace referencia a la «dimensión colectiva» que forma parte estructural del mismo. No se atiende al conflicto social y a los instrumentos de articulación y representación de los intereses colectivos presentes y a los instrumentos de acción presentes en los sistemas democráticos de relaciones laborales. La dimensión colectiva de las relaciones de trabajo —y el

⁶⁸ Vid. WILTHAGEN, T., TROS, F.: «The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets», *Transfer*, vol. 10, núm. 2, 2004, págs. 166 y sigs.

papel de reequilibrio de poder y de integración y participación efectiva en el plano socio-económico y en las relaciones de trabajo que implican— no ocupa papel alguno en la revisión del Derecho laboral que promueve la Comisión. Cuando aparece la negociación colectiva, es referida simplemente como instrumento de regulación, pero sin atenderse a su naturaleza de proceso de intercambio y de diálogo entre sujetos colectivos que proporciona una redistribución del poder en las relaciones de trabajo. En este prisma, lo único que cuenta es su función normadora concurrente con otras fuentes jurídicas, pero no se concibe como resultado de un proceso guiado por sujetos colectivos (fundamentalmente el sindicato) que desempeñan una función emancipatoria y niveladora de la situación de desigualdad social. La negociación colectiva debe reconocerse en su doble papel, como importante fuente de regulación (para regular tanto las relaciones contractuales y de empleo como la flexibilidad interna y externa en un amplio grupo de materias, tiempo de trabajo, organización del trabajo y conciliación de la vida laboral con la privada y familiar, etc.), pero también como forma de regulación que permite un proceso democrático y participativo para la modernización y el perfeccionamiento de las relaciones de trabajo⁶⁹. Los modelos de flexiseguridad europeos más desarrollados —y ello no parece una coincidencia— se caracterizan por un alto desarrollo del diálogo social, donde los interlocutores sociales juegan un papel esencial en la negociación de los equilibrios entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo⁷⁰. Pero para ello, conviene recordarlo, es necesario el soporte de políticas públicas y «legislación promocional» dirigidas a reequilibrar el balance de poder que ha evolucionado en sentido desfavorable a los sindicatos tras las mutaciones económicas, organizativas y productivas en curso.

En esta perspectiva de la flexibilidad en la seguridad negociada, además de responder a las exigencias e intereses de la empresa, el concepto de «flexiseguridad» reflejaría una serie de exigencias de real modernización del Derecho del trabajo donde se atiende también a las exigencias de la persona. La flexiseguridad debe ser también funcional a la mejora de la calidad del trabajo y no solo de su cantidad, pues entonces el único efecto es el de sustitución de empleo de calidad por empleo inestable. Debería tratarse de una flexibilidad en las condiciones de trabajo que permita también un equilibrio en la distribución de tareas entre hombres y mujeres en la conciliación de su vida laboral, familiar, personal, formativa, etc. La experiencia de los países que vienen siendo más activos en este ámbito pone de manifiesto que la conciliación del trabajo con la vida familiar es decisiva para promover la integración —especialmente de la mujer— en el mercado de trabajo y mejorar las tasas de natalidad.

⁶⁹ En este sentido, cfr. ETUC: *ETUC position on the European Commission's Green Paper*, Comité Ejecutivo de la CES, 20-21 marzo 2007, Roma

⁷⁰ Vid. OZAKI, M. (dir.): *Negociar la flexibilidad: función de los interlocutores sociales y del Estado*, OIT, Ginebra, 2000.

El trabajo y los riesgos están desigualmente distribuidos en razón del género, los diferentes grupos de edad y entre los empleados de distinta cualificación, y de diferentes circunstancias personales (raza, religión, discapacidad, etc.), y puede que las recetas de flexiseguridad no se adapten adecuadamente a las necesidades de cada uno de estos colectivos. Por consiguiente, habrán de analizarse las causas de segmentación y exclusión laboral, que en gran medida pueden deberse a factores relativos a la carencia de políticas de apoyo a la conciliación de la vida familiar y laboral⁷¹.

Habrà de modernizarse el Derecho del trabajo en la línea de dar respuesta al «redescubrimiento» de la persona y de los derechos que le son inherentes (dignidad, intimidad, honor, ideología, religión), y la fuerza creciente de la autonomía individual y las libertades y posibilidades de desarrollo individual, convirtiendo a la igualdad y la no discriminación en un «principio estructural» del sistema⁷².

La nueva política de flexibilidad —para no desplegar los mismos efectos resultantes en términos de segmentación laboral y diversificación del estatuto jurídico de los trabajadores— no debe ser únicamente traducirse en fórmulas jurídicas que permiten un reforzamiento de las decisiones unilaterales de la empresa en materia de gestión de personal (canalizadas bien por la empresa con la mediación del contrato individual, o por el Estado trámite políticas de desregulación normativa) sino democráticamente negociada y por tanto más eficaz, también para la empresa, en la medida que se obtiene consensuadamente.

Es imprescindible que se trate de una flexibilidad que no sea la negación de la legislación protectora, sino su necesario complemento y adaptación: no se trata de avalar reducciones de tutela a cambio de inciertas protecciones en el mercado de trabajo, sino de integrar la regulación del contrato de trabajo con la del mercado de trabajo. En este sentido, los poderes públicos y las empresas deben asegurar un sistema de formación permanente para conseguir la adaptabilidad de los trabajadores «en el trabajo» o para conseguir un nuevo empleo cuando no existan posibilidades de recolocación. Se aboga por una flexibilidad en la relación de trabajo que pueda inducir transformaciones en el sentido de reforzar algunos institutos protectores en el mercado, en una lógica de integración sistémica, aunque sin determinar la descomposición de sistemas y modelos de *welfare* nacional, particulares y consolidados.

La flexiseguridad no debe obviar la productividad y el empleo, pero tampoco debe renunciar a la función de igualdad social propia del Derecho del trabajo. Es necesaria una adaptación (no desaparición) *también* de los elementos

⁷¹ Vid. NECTOUX, F., VAN DER MAESEN, L.: «From Unemployment to Flexicurity — Opportunities and Issues for Social Quality in the World of Work in Europe», *European Journal of Social Quality*, vol. 2, núm. 1-2, págs. 1 y sigs.

⁷² Vid. GARCÍA MURCIA, J.: «¿Qué derecho del trabajo para el siglo XXI?», *AS* núm. 13, 2005, pág. 36.

tuitivos al objeto de las regulaciones que acusen obsolescencia puedan adecuarse razonablemente al cambio organizativo (a los nuevos modos de producción), y también de manera primordial a las exigencias de la persona (un modelo de regulación también «a la medida del trabajador»).

El derecho también es una modalidad de racionalización, distribución y control del riesgo. En cuanto instrumento de delimitación del reparto de riesgos, puede desempeñar un importante papel en la provisión de justicia distributiva. La definición de derechos constituye un importante modelo de seguridad, de manera que el tránsito de la seguridad a la «flexiseguridad» presupone una diferente distribución del riesgo entre los trabajadores, la empresa y la sociedad⁷³. Una «modernización» del Derecho del trabajo debe tener también entre sus prioridades abordar los numerosos riesgos que pesan sobre el trabajador —regular e irregular— como la pérdida del puesto de trabajo (en gran medida como consecuencia de las reorganizaciones productivas que obedecen a la racionalidad financiera de distribución del riesgo)⁷⁴, la incerteza retributiva, el riesgo de desvalorización de sus competencias profesionales, las dificultades que el nuevo modelo de relaciones profesionales presenta para la generación de pensiones adecuadas a las situaciones de necesidad. Ha llegado a decirse que estas transformaciones han expuesto a los trabajadores regulares a numerosos riesgos, y que tienden a asemejarse bajo muchos puntos de vista a los trabajadores con contrato atípico y a compartir con aquéllos los problemas ligados a la incerteza ya experimentada por los mismos⁷⁵. Una cobertura satisfactoria de estos riesgos abre un debate muy similar al de la responsabilidad social de la empresa, pues se trata de abordar problemas en la que todos los agentes implicados en materia de trabajo y de empleo tienen «responsabilidades» (en sentido genérico) y corresponde al Derecho «normalizar» ese reparto de responsabilidades. Es fácilmente comprensible cómo se hace necesaria la «relectura» en clave de riesgo de algunos derechos como la formación.

La flexiseguridad habrá de integrar los elementos necesarios para que permita conciliar satisfactoriamente la vida laboral y familiar, fomentar e incentivar el aprendizaje permanente, y proveer de una mayor participación en los procesos decisorios en las organizaciones productivas (especialmente en las materias relativas a la gestión del personal). Se trataría de promover la atribución a los trabajadores de mayores posibilidades de un ejercicio regulado de dosis de disponibilidad sobre la flexibilidad (sobre el tiempo de trabajo en la medida que no constituya un parámetro válido de verificación de cumplimiento de la

⁷³ Vid. LOI, P: «La función del riesgo en el paso de la seguridad a la «flexiseguridad»», *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 71 y sigs.

⁷⁴ Vid. MORIN, M.-L.: «El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa», *RTT*, núm. 1, vol. 124, 2005, pág. 14.

⁷⁵ Vid. STONE, K. V. W.: «Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro», *RIDL*, núm. 4, 2005, págs. 395 y sigs.

prestación de servicios, sobre el modo de desarrollo de la prestación laboral en base a los objetivos propio de los trabajos cualificados), posibilidades que vienen favorecidas por los avances tecnológicos y que requieren una reformulación de los propios instrumentos empresariales de control. En este sentido, el papel del Derecho del trabajo —normas legales y convencionales que atribuyan derechos de disponibilidad sobre la carrera profesional— es crucial. Asimismo, será imprescindible el rediseño de la protección de Seguridad Social para ensamblarla sobre estas posibilidades (y sus correlativas necesidades sociales, *v. gr.* interrupciones voluntarias, reducciones de jornada, etc.). Ello conllevará un inevitable replanteamiento de las situaciones merecedoras de tutela, incluso replanteando mecanismos de protección pública complementados por sistemas de ahorro individual.

La flexiseguridad debe implicar también una *flexibilidad bidireccional* en el contrato de trabajo. Deberían potenciarse las soluciones *win-win*, esto es, una utilización adecuada de la flexibilidad respecto de las necesidades de las empresas y las necesidades y demandas de los trabajadores, que puedan ser así dueños de sus proyectos de vida. Se trataría de una ruptura con el dato de que la introducción de flexibilidad ha tenido como prevalente finalidad el ajuste funcional o dinámico de las condiciones laborales o de la propia pervivencia del vínculo contractual a las necesidades y exigencias empresariales, como instrumento de salvaguarda y fomento de la productividad y la competitividad empresarial. Por ello, ha supuesto un reforzamiento de los poderes empresariales en la administración de las relaciones contractuales en la empresa y no ha supuesto una oportunidad positiva para los trabajadores, sino retribuciones más precarias, reducción en los niveles de cobertura de los sistemas de Seguridad Social y una mayor dificultad para programar la vida de cara al futuro, inseguridad personal que se añade al debilitamiento de lo colectivo. En tal sentido, la flexibilidad unidireccional dominante ha contribuido a incrementar las desigualdades como elemento estructural de las actuales transformaciones sociales y económicas⁷⁶. Los avances tecnológicos permiten una mayor autonomía a los empleados en el desarrollo de la prestación de servicios (el teletrabajo sería un ejemplo harto significativo), y ello puede permitir mayores posibilidades de disponibilidad del trabajador sobre la prestación de servicios. Se trata de que también los trabajadores tengan facultades para gestionar el tiempo (cuentas de tiempo trabajado y bancos de tiempo con los correlativos elementos de seguridad jurídica, permisos por cuidados, cuentas de tiempo de aprendizaje y de ahorro para la formación) y las condiciones de trabajo, de manera que se conjugue el adecuado cumplimiento de la prestación de servicios —principio de rendimiento— con los intereses formativos, personales o familiares del trabajador. Los denominados «derechos

⁷⁶ Cfr. PIZZORNO, A.: «Natura della disuguaglianza, potere politico e potere privato nella società in via di globalizzazione», *Stato e Mercato*, núm. 62, 2001, págs. 201 y sigs.

sociales de giro» están plenamente en consonancia con esta perspectiva, puesto que permiten dar espacio a la libertad individual en la definición de los derechos socio-profesionales, que no necesariamente están en función de un riesgo sobrevenido sino que su realización depende de una libre decisión del trabajador⁷⁷.

Una verdadera «modernización» del Derecho laboral debería permitir a los trabajadores tener derechos en materia de carrera profesional durante toda su vida activa para poder alternar la formación permanente, distintas formas de contratos que en cada momento puedan responder a unas necesidades personales de adaptación del trabajo y la vida privada, promoción o reciclaje profesional, etc., y debería permitir a los empresarios unos beneficios a largo plazo derivados del trabajo de unos empleados satisfechos⁷⁸. Debería establecerse un marco regulador que reforzase la capacidad de los trabajadores de anticipar y gestionar los cambios (no necesariamente obligados o inducidos por exigencias empresariales —que es el enfoque prevalente del Derecho laboral contemporáneo—, sino también los derivados de sus opciones personales). Se trataría de integrar la flexibilidad y la seguridad de forma dinámica en los «ciclos de vida» de los trabajadores⁷⁹, y también en relación al mantenimiento en el mercado de trabajo (jubilación gradual, flexible, tardía, etc.), en conexión con el reparto elástico del trabajo a lo largo del ciclo vital de los trabajadores (tránsito del sistema educativo al sistema productivo, alternancia de los periodos de formación y reciclaje profesional, atención a las necesidades personales y familiares, modalidades de jubilación, etc.). Ello requerirá de una revisión de las herramientas teóricas y analíticas y de los principios y métodos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para hacer posible esta transformación y la correlativa exigencia de empleabilidad y protección social, se requerirá un fuerte partenariado social y el apoyo de los gobiernos para asegurar paquetes de medidas equilibradas y adecuadas. Como enfoque de política integrada, debe implicar una estrategia unificada donde sus componentes (las heterogéneas políticas implicadas junto a la política jurídico-laboral) creen sinergias positivas de manera simultánea, y tiene como precondition un diálogo social proactivo y de apoyo, una intensa confianza mutua de los agentes públicos y privados y un sistema de relaciones laborales muy desarrollado.

Todo ello requerirá el impulso regulador de las instituciones comunitarias, como por ejemplo la necesidad de integrar las políticas y las medidas de flexibi-

⁷⁷ Vid. SUPIOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 98 y sigs.

⁷⁸ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, cit., observación particular 3.1.2.; cfr. KLAMMER, U.: «Flexiseguridad: perspectiva europea», *RMAS*, núm. extraordinario, 2007, pág. 120.

⁷⁹ Vid. KLAMMER, U.: «Flexicurity in an life-course perspective», *Transfer*, núm. 10, 2004, págs. 282 y sigs.

lidad con medidas adecuadas o generalizadas de tutela de la renta y de su continuidad, o la necesidad de reforzar y articular las políticas de conciliación entre familia y trabajo.

En definitiva, los postulados desplegados en los documentos comunitarios deberían ser objeto de una reconducción que sea coherente con el desarrollo del modelo tradicional del Derecho laboral como parte integrante del modelo social europeo, basado en el acervo constitucional y social de los países miembros y en un planteamiento de los mismos tendencialmente orientado a la progresiva implantación de acciones públicas y colectivas que vayan reduciendo los márgenes de desigualdad y de injusticia social y económica, con plena garantía de los derechos sociales fundamentales. La economía de mercado y la libertad de empresa deben integrar necesariamente en el contenido y en el desarrollo de poderes y facultades concretas de acción que de ellas se derivan, a las garantías del empleo y los derechos sobre el trabajo que produce el Derecho laboral.

Los documentos comunitarios sobre esta materia se seguirán sucediendo⁸⁰, el debate está indefectiblemente abierto y la historia político-social europea continúa...

⁸⁰ Existe ya una propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre los principios comunes de la flexiseguridad, donde esta institución aborda un interesante análisis crítico sobre la Comunicación de la Comisión.