

# LIBRO VERDE, FLEXIGURIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN SITUACIONES TRANSNACIONALES

J. M. Ramírez Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo  
Universitat de València

**Sumario:** 1. El contenido del Libro Verde. 2. Las críticas al Libro Verde. 3. Los planteamientos de la Comunicación "Hacia los principios comunes de la flexiguridad". 4. La confusa pregunta 12 del LV: Cómo garantizar los derechos laborales en prestaciones transnacionales y si es necesario definir comunitariamente el concepto de trabajador a efectos de las Directivas comunitarias. A) Trabajadores fronterizos. B) Trabajadores desplazados. C) La definición del concepto de trabajador en las Directivas comunitarias. Nota bibliográfica. Anexo

## 1. EL CONTENIDO DEL LIBRO VERDE

El llamado Libro Verde "*Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*" (en adelante, Libro Verde, sin más) es, como tal, una propuesta abierta de reflexión que se concreta en una serie de cuestiones.

El objeto de dicha reflexión no es otro que la "flexiguridad", es decir, en ese contexto de modernización, una reforma o reformas que supongan, al mismo tiempo, mayor flexibilidad (alguien, como Tiziano Treu<sup>2</sup>, prefiere —y seguramente acierta— el concepto de adaptabilidad al de flexibilidad) y mayor seguridad.

En principio, mayor flexibilidad para las empresas y mayor seguridad para los trabajadores. Es decir, medidas que supongan mayor flexibilidad para las empresas, acompañadas de

otras medidas que supongan, por su parte, mayor seguridad para los trabajadores.

Aunque no necesariamente así, puesto que el ideal que realmente se propone es el de reformas que, al mismo tiempo, en sí mismas, supongan flexibilidad tanto para las empresas como para los trabajadores y, al mismo tiempo, redunden en una mayor seguridad igualmente tanto para las unas como para los otros.

El ejemplo de una medida que combinara, al mismo tiempo y para ambas partes, flexibilidad y seguridad sería la realizada en Austria mediante la reforma de la indemnización en caso de extinción del contrato (*Abfertigungsrecht*) en supuestos que vendrían a equivaler a lo que en España denominaríamos despido por causas económicas o, en general, empresariales (pero no solamente: también en ciertos supuestos de extinción por voluntad del tra-

bajador por ciertas causas justificadas, como motivos de índole familiar).

Dicha reforma, objeto de un acuerdo entre los agentes sociales, se llevó a cabo en el año 2002, por Ley de 12 de junio de ese año, y ha supuesto, resumidamente, lo siguiente: la indemnización por despido, que se calcula en función del tiempo de servicios, se abonará con cargo a un fondo financiado por las empresas y, si bien supone una cuantía algo inferior a la prevista anteriormente y que se abonaba por la empresa correspondiente, se genera desde el primer momento y, transcurridos tres años, permite que el trabajador no la cobre al abandonar un empleo determinado sino que vaya acumulando los servicios prestados en sucesivas empresas hasta el momento en que decida hacerla efectiva con ocasión de una extinción contractual concreta.

El propio Libro Verde<sup>3</sup> expresa muy bien las ventajas que la reforma ha supuesto, en términos de flexibilidad y seguridad para ambas partes: “Estas nuevas normas permiten a los trabajadores abandonar un empleo cuando encuentran otro, en vez de quedarse en el primero por temor a perder las indemnizaciones a que tienen derecho. La reforma ha permitido descartar de una vez la amenaza que podía suponer para la existencia de una empresa la obligación repentina de sufragar de una vez el coste de los despidos, mientras que la contribución de un empleador al fondo de ayuda a los trabajadores puede extenderse a lo largo del tiempo. Desde el punto de vista del trabajador, este nuevo sistema reduce el coste de la movilidad profesional en la medida en que los trabajadores ya no pierden la totalidad de sus derechos de indemnización por despido al aceptar un nuevo empleo”.

En todo caso, que el objeto de la reflexión propuesta lo sea la “flexiguridad” es algo que queda totalmente claro en otro documento que es el primer resultado del Libro Verde. Me refiero a la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulado “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la

flexibilidad y la seguridad”<sup>4</sup> (en adelante, Principios).

De todos modos, a propósito de los ejemplos concretos de flexiguridad que tanto el Libro Verde como Principios proponen, conviene hacer una advertencia. Los términos en que se exponen dichos ejemplos, dada la necesaria concisión que se pretende en este tipo de comunicaciones oficiales, aunque ciertos y adecuados, no reflejan en ocasiones con total exactitud todos los aspectos de la reforma que se analiza.

Así sucede, por ser un supuesto que podemos conocer bien, con el ejemplo de flexiguridad que se propone con respecto a España. Se trata del intercambio (*trade off*) entre flexibilidad (abaratamiento de los costes empresariales del despido, reduciendo la indemnización por despido por causas objetivas declarado improcedente) y seguridad (contrato indefinido para fomento del empleo, ya sea mediante contratación de determinados colectivos de trabajadores, ya sea mediante transformación de contrato de duración determinada en ese de duración indeterminada).

Como es sabido, este contrato de fomento de la contratación indefinida procede de la reforma laboral, pactada, del año 1997 y se ha mantenido hasta la actualidad, tras la reforma igualmente pactada del año 2006. Se puede celebrar igualmente, hoy en día, por la contratación de esos colectivos de trabajadores, y por la transformación de contratos temporales celebrados antes de 31 de diciembre de 2007.

Pues bien, tanto en el Libro Verde como en Principios, la experiencia española, aunque en efecto adecuada para considerarla como un supuesto de flexiguridad, no se refleja del todo correctamente.

De un lado, en el Libro Verde se señala que la reforma española de 2006 “permite la conversión de contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada con indemnizaciones por despido reducidas”. Lo que, siendo cierto, refleja una experiencia que se mantiene en 2006, pero que se remonta al año 1997 y que, en todo caso, responde a un

nuevo tipo de contrato de duración indeterminada que asimismo se puede celebrar con ciertos colectivos de trabajadores con dificultades para el acceso al empleo (jóvenes, mayores, discapacitados, desempleados de larga duración, mujeres en profesiones con menor índice de empleo femenino); es más, este tipo de contratación es siempre posible con personas pertenecientes a estos colectivos, mientras que la conversión de temporales en fijos solamente lo es con contratos de duración determinada celebrados hasta el 31 de diciembre de 2007. Y además, la indemnización por despido reducida que conlleva este tipo contractual solamente se refiere a un supuesto muy específico: no la indemnización por despido disciplinario improcedente (que siempre es de 45 días por año de servicio), ni siquiera la indemnización por despido por causas económicas autorizado —si es colectivo— o procedente —si no es colectivo (que siempre es de 20 días por año de servicio), sino la indemnización por despido por causas objetivas declarado improcedente (que, en efecto, desde 1997 ya no es de 45 días por año, sino de 33 días por año).

En Principios, de modo similar, no se refleja del todo adecuadamente el contenido de la reforma de 2006. En efecto, se señala un aspecto, el principal, de esa reforma y que el Libro Verde no señalaba (la conversión automática en contrato indefinido de una cadena de contratos temporales con un mismo trabajador para un mismo puesto de trabajo que haya durado más de 24 meses dentro de un período de 30 meses), y que sí constituía una novedad en esa reforma; pero se afirma que en tal supuesto para ese contrato indefinido corresponderá esa indemnización menor de 33 días, lo que supone mezclar dos supuestos distintos: el ya mencionado del contrato de duración indefinida en fomento de empleo (que no es novedoso, sino que se remonta a 1997, y que sí que supone esa menor indemnización) y la transformación automática por mandato legal de contratos temporales encadenados en uno indefinido (que es la gran novedad prevista en la reforma de 2006 y que no conlleva la previsión de una menor indemnización, ya

que, en caso de extinguirse luego improcedentemente por causa objetiva, daría siempre lugar a la indemnización normal de 45 días por año de servicio).

Se debe señalar, no obstante, que en la documentación que sirvió de base para Principios<sup>5</sup> sí que se recogía correctamente la experiencia española. Si bien no se resaltaba que dos de los aspectos que mencionaba —la aplicación de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social (“subsidy scheme”) y la transformación de contratos de duración determinada en indeterminada con una menor indemnización por despido— provenían realmente del año 1997, sí que se contemplaba como algo distinto lo que realmente constituía la novedad de la reforma de 2006, la ya señalada transformación automática de la contratación contractual temporal encadenada en un contrato de duración indefinida<sup>6</sup>.

En todo caso, las anteriores matizaciones tanto a Libro Verde como a Principios no obstentan a que, en efecto, se pueda afirmar que la experiencia de reformas españolas entre 1997 y 2006 constituye un supuesto que, *grosso modo*, se puede considerar como de flexibilidad: moderada reducción de la protección para la relación laboral normal, tradicional o típica y bonificaciones en la cotización de Seguridad social (el contrato de trabajo de duración indeterminada o “fijo”) para reducir la contratación de duración determinada, que supone una segmentación negativa del mercado de trabajo.

## 2. LAS CRÍTICAS AL LIBRO VERDE

Sirve también el ejemplo español para confirmar una de las críticas que se han movido al Libro Verde: la de que éste “hace tabla rasa de la historia más reciente... jalonada por una ininterrumpida sucesión de reformas legislativas que, en líneas generales, ha tenido el efecto de instalar... (el modelo tradicional de derecho del trabajo o el contrato de trabajo

clásico)... en estadio próximo a la arqueología jurídico-laboral” (VALDÉS DAL-RE, pag. 1).

En todo caso, la finalidad que el LV propone a la modernización del Derecho del Trabajo es precisamente esa de la “flexiguridad”. Más allá de los ejemplos concretos, ¿qué hay que entender por tal, en qué consiste la flexiguridad que se pretende como resultado de la modernización del Derecho del Trabajo?

El LV resulta algo confuso y de algunos de sus contenidos pudiera extraerse la conclusión de que promueve la existencia de formas contractuales atípicas distintas del modelo tradicional, que él mismo como caracterizado por los siguientes supuestos: a) empleo permanente a tiempo completo; b) relaciones regidas por el Derecho laboral; y c) existencia de un empleador único responsable.

En efecto, el LV, a continuación de ese retrato del modelo tradicional, se refiere a distintos cambios (avances tecnológicos, competencia derivada de la mundialización, evolución de la demanda y crecimiento del sector servicios) y constata que los mismos han suscitado la demanda de “mayor diversidad contractual”, añadiendo que ese modelo tradicional “puede no ser el adecuado” y que “otros modelos” pueden reforzar la competitividad de las empresas, considerando que las reformas laborales nacionales se han centrado en “aumentar la diversidad contractual”, instaurando “formas de empleo más flexibles acompañadas de menor protección contra el despido”.

Pero esa “proliferación” de contratos atípicos (de duración determinada, a tiempo parcial, puntuales, “cero horas”, de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, incluso el trabajo por cuenta propia), con una finalidad de mantener la competitividad empresarial evitando costes laborales, el Libro Verde más bien se limita a constatarla pero no a proponer su mantenimiento, antes bien concluyendo que “puede tener efectos perniciosos”, de modo que una parte de la mano de obra “puede verse atrapada en una sucesión de empleos de corta duración y de baja calidad con una protección social insuficiente”.

Esa “desregulación en los márgenes”, manteniendo intacta la protección estricta del contrato clásico, estima el Libro Verde que favorece la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad, amén de agravar las perspectivas para mujeres, jóvenes y trabajadores de edad avanzada.

En suma, el Libro Verde, considera negativamente la segmentación de los mercados de trabajo y, si bien no se plantea radicalmente una reducción de las formas contractuales atípicas (sino más bien su protección de modo que se reduzca su diferenciación frente al modelo tradicional y se haga menor la segmentación del mercado laboral), y en realidad propone una flexibilización del “modelo tradicional de relación laboral”, estimando que unas “cláusulas y condiciones laborales demasiado protectoras” no solamente desaniman la contratación sino que desincentivan la adaptación de los propios trabajadores a los cambios.

En conclusión, se trataría más bien de flexibilizar el núcleo del modelo tradicional —es decir, el contrato típico de duración indeterminada— y no de dejarlo intacto y conseguir una flexibilidad en los márgenes —es decir, creando o manteniendo otros modelos, contratos o relaciones atípicas—.

A la falta de precisión y claridad del Libro Verde seguramente se deben buena parte de las críticas que ha recibido. Con independencia de que no todos han visto lo mismo en el Libro Verde (sobre todo: unos han visto y critican una supuesta defensa de la segmentación vía contratos o relaciones atípicas, mientras que otros ven que se pretende más bien, o conjuntamente, una flexibilización del contrato o relación indefinida típica), la valoración del documento podría tratar de sintetizarse del siguiente modo.

En el haber del Libro Verde se sitúa la misma propuesta de modernización y, más concretamente, el hecho de poner el Derecho del Trabajo en el orden del día de la Unión Europea, al tiempo que se vincula la flexibilidad a la seguridad (así lo estiman BARBERA y otros laboristas italianos, pag. 2).

Modernizar, pues, sí; frente a posicionamientos meramente defensivos, como plantea TREU (pag. 5): la resistencia a la demanda de flexibilidad acrecería la segmentación del mercado de trabajo (aunque cierta desregulación, facilitando la contratación atípica, llevaría al mismo resultado).

Incluso se acepta la flexibilidad, que se ve como necesaria aunque no suficiente (de nuevo, TREU, pag. 4). Pero siempre que no implique pérdida de seguridad (RODRÍGUEZ-PINERO, pag. 2). Compartible si no se reduce a mayores facilidades para contratar y despedir, si no consiste en una mera flexibilidad en los márgenes para la celebración de contratos atípicos que llevan a la segmentación y la desprotección.

Pero sobre todo han predominado las críticas al Libro Verde. Estas, aparte lo ya indicado sobre una supuesta proposición de establecer o mantener formas atípicas de empleo (que, tal y como se ha indicado, en realidad el Libro Verde no contiene) las críticas podrían sintetizarse del siguiente modo.

Primero, la modernización del Derecho del Trabajo que el Libro Verde contempla se centra en su función de regulación de la política de empleo, olvidando la de juridificación del conflicto social y de nivelación del poder de trabajadores y empresarios (en suma, su función igualadora), así como la inscripción del Derecho del Trabajo en un orden constitucional (Constituciones nacionales, Carta Social Europea, Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales) que contempla una serie de derechos fundamentales (MEDEL, págs. 7-12).

Segundo, partir de la aceptación de una afirmación no probada, antes bien negada en diversos trabajos, culpabilizando de ese modo al Derecho del Trabajo: la afirmación de que la legislación de protección del empleo (en adelante, LPE), sobre todo la regulación del despido, influye negativamente en los resultados del mercado de trabajo. Afirmación que, en efecto, viene desmentida en informes de la OCDE: así, el Informe Perspectivas del Em-

pleo de 1999<sup>7</sup> (y también el de 2004) constata que el rigor de la LPE no influye en el nivel global de empleo, aunque sí dificulta el acceso al empleo de ciertos colectivos (jóvenes, mujeres, discapacitados), no es determinante para el nivel neto de empleo aunque sí en su composición.

Tercero, que el Libro Verde olvida los aspectos colectivos, menospreciando el importante papel que el diálogo social y la negociación colectiva pueden cumplir precisamente en una perspectiva flexibilizadora.

Seguramente, estas críticas (al igual que la crítica ya comentada respecto de que el Libro Verde pretendiera una flexibilidad mediante formas de empleo atípicas) no son del todo justas, más allá de la poca claridad del documento comentado.

Baste señalar que el Libro Verde reconoce (apartado 2.a) expresamente que "(l)a finalidad inicial del Derecho laboral era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral". Del mismo modo (igualmente en el apartado 2.a), tras señalar el papel del "diálogo social", tendente a introducir nuevas formas de flexibilidad interna..., el Libro Verde pone de relieve, en relación a nuevas problemáticas y a nuevas categorías de trabajadores, que los convenios colectivos "no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales...", sino que son "instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores".

### 3. LOS PLANTEAMIENTOS DE LA COMUNICACIÓN "HACIA LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LA FLEXIGURIDAD"

Buena parte de las críticas movidas al Libro Verde deberían quedar en todo caso atenuadas por lo que respecta al expresamente buscado resultado del mismo, que es la Comunicación

de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” (al que ya nos venimos refiriendo como Principios).

En primer lugar, si bien el propio Libro Verde puede resultar algo confuso al respecto, lo que haya que entender por flexiguridad se expone con mayor claridad en Principios.

En este documento claramente se parte de la afirmación, de un lado, de que se “(d)ebe reducir la segmentación de los mercados laborales y el número de empleos precarios”; y, de otro, de que la seguridad que se necesita “es la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo”. A partir de ahí, se mantiene la exigencia de actuaciones que aborden “simultáneamente” la flexibilidad y la seguridad: “crear un contexto en que seguridad y flexibilidad puedan reforzarse mutuamente”.

Principios sí que define expresamente el concepto de flexiguridad: “una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”. Ambos elementos, flexibilidad y seguridad, se abordan muy matizadamente, superando un concepto reducido de los mismos.

Respecto de la flexibilidad, se señala “que no se limita a la libertad de las empresas para contratar o despedir y no implica que los contratos de trabajo por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos”. Respecto de la seguridad, se dice que “no sólo alude a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo”.

Más expresiva, a mi juicio, resulta la caracterización de la flexiguridad por la OCDE, que Principios resume del siguiente modo: “una legislación de protección del empleo moderada; una alta participación en el aprendizaje permanente; un gasto elevado en políticas del mercado laboral tanto pasivas como activas; unos regímenes de prestaciones de desempleo generosos, que equilibran derechos y deberes; unos sistemas de seguridad social que ofrecen una amplia cobertura; y una importante presencia sindical”.

En función de esa concepción no limitada de los componentes de la flexiguridad, los “cua-

tro ejes de actuación”, los cuatro componentes de la flexiguridad que se proponen, son: disposiciones contractuales flexibles y fiables, estrategias globales de aprendizaje permanente, políticas activas del mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad modernos.

Estos cuatro ejes o componentes de la flexiguridad constituyen, por lo demás, el primero de los principios comunes de la misma. Los otros principios comunes serían: equilibrio entre derechos y responsabilidades; flexiguridad adaptable a las circunstancias específicas de cada Estado (no existe un único modelo de flexiguridad); reducir la brecha entre los que están dentro y los que están fuera; promoción de la flexiguridad interna (en la empresa) y de la externa (de una empresa a otra); apoyar la igualdad de las mujeres respecto de los hombres y dar oportunidades a emigrantes, jóvenes, discapacitados y mayores; necesidad de un clima de confianza y diálogo; distribución justa de costes y beneficios entre empresas, particulares y presupuestos públicos, con atención a las especificidades de las pymes.

A partir de esos principios comunes, el documento de la Comisión propone cuatro “itinerarios” distintos hacia la flexiguridad, en función de las circunstancias de cada Estado. Se trata de cuatro series de combinaciones y secuencias “tipo” de los componentes estratégicos o ejes de la flexiguridad, sobre los que se advierte que no reflejan la situación concreta de ningún país.

En todo caso, se ha señalado<sup>8</sup> que la situación española se reflejaría más adecuadamente en el primer itinerario, por ser un modelo interesante para los países en que el principal desafío es la segmentación del mercado de trabajo.

Los cuatro itinerarios, y los desafíos a que responden, sucintamente expuestos serían los siguientes: Primer itinerario: abordar la segmentación contractual; segundo, desarrollar la flexiguridad en el seno de las empresas y ofrecer seguridad durante los períodos de transición; tercero, abordar las diferencias entre la mano de obra en cuanto a capacidades y oportunidades; y cuarto, mejorar las oportunidades

de los beneficiarios de prestaciones y de los trabajadores no declarados.

Considerando con mayor detenimiento el primer itinerario (el cual, como queda dicho, puede considerarse más adecuado para España, dada la fuerte segmentación de nuestro mercado laboral, al menos medida en términos de importancia porcentual de la contratación temporal), éste, en efecto, se propone para países en que “han proliferado los contratos de duración determinada, los contratos de interinidad, la cesión de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal, etc.”; países en que “la seguridad tiende a descansar en la protección del puesto de trabajo y no en las prestaciones sociales”. Advirtiendo de que este tipo de flexibilidad, estos contratos atípicos, “se conviertan en trampas para los trabajadores, en lugar de puntos de apoyo”.

Partiendo, entonces, de los ejes o elementos de la flexiguridad (disposiciones contractuales flexibles y fiables, estrategias globales de aprendizaje permanente, políticas activas del mercado de trabajo eficaces, sistemas de seguridad social modernos) este itinerario tendría por objeto:

- En lo que se refiere a las *disposiciones contractuales*, el mejorar la situación de los trabajadores temporales, cedidos por empresas de trabajo temporal, etc., mediante la igualdad de remuneración y la garantía de un mínimo de horas de trabajo, mediante la aplicación de “las condiciones de empleo secundarias (cobertura fondos de pensiones, acceso a la formación), y mediante la limitación del recurso consecutivo a contratos atípicos.

Al mismo tiempo se reformularían los términos del contrato de duración indefinida, que sería la forma de inicio de la relación laboral, de modo que la protección en el puesto de trabajo fuera aumentando progresivamente.

En fin, las normas sobre despidos por causas económicas evitarían una excesiva burocratización y duración de los procedimientos, aumentando la transparencia de los resultados y la fiabilidad del procedimiento.

No cabe sino constatar que, al respecto de este objetivo de disposiciones contractuales flexibles y fiables, las reformas laborales producidas en España desde 1994 han ido en ese sentido: limitación de la contratación temporal (1994-1997), progresos en cuanto a la igualdad de remuneración (para los trabajadores cedidos, en 1999; para los trabajadores temporales, en 2006), fomento del contrato de duración indefinida (desde 1997, aunque no de manera generalizada), aumento progresivo del nivel de protección (que ya desde 1980 se vincula a los años de servicio, si bien nunca llega a ser pleno, salvo en los supuestos de nulidad del despido), flexibilización de los despidos por causas económicas (limitación de la autorización administrativa al despido colectivo desde 1994; progresivos intentos de definir más adecuadamente la justificación del despido, tanto colectivo como no, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción).

- Por lo que se refiere a las *políticas activas de mercado de trabajo*, se propone para este itinerario reforzar los servicios públicos de empleo y su colaboración “con otros socios del mercado, como las empresas de trabajo temporal”.

Al respecto, y sin descender a detalles, respecto de las reformas españolas en los últimos años baste señalar la legalización de las empresas de trabajo temporal (1994-95), la admisión de las agencias de colocación sin fines lucrativos (1994-95) así como la aprobación de la vigente Ley de Empleo (2003), todo ello en el marco de la ratificación del nuevo Convenio de la OIT sobre agencias de empleo. Si bien, con desarrollos pendientes (de la misma Ley de Empleo) y situaciones confusas (como la admisión de agencias privadas con fines lucrativos pero gratuitas para los trabajadores, que el Convenio OIT admite claramente y la Ley de Empleo no niega, al mismo tiempo que el art. 16.2 Estatuto de los Trabajadores continúa limitando la actividad de colocación a las agencias sin ánimo de lucro, pero no necesariamente gratuitas para los trabajadores). Al tiempo que se ha completado las transferencia de los servicios públicos de empleo a las

Comunidades Autónomas y se ha regulado su coordinación con el Servicio estatal).

- Por lo que atañe, en tercer lugar, a la previsión de *sistemas de seguridad modernos*, se propone en concreto en este itinerario tres tipos de actuaciones: garantizar a los trabajadores la posibilidad de acumular derechos y transferir los adquiridos entre empresas y sectores, aumentar las prestaciones durante períodos de desempleos más breves e introducir un sistema de asistencia social que fomente la movilidad y disminuya la dependencia del apoyo familiar.

#### 4. LA CONFUSA PREGUNTA 12 DEL LV: CÓMO GARANTIZAR LOS DERECHOS LABORALES EN PRESTACIONES TRANSNACIONALES Y SI ES NECESARIO DEFINIR COMUNITARIAMENTE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La pregunta se formula literalmente del siguiente modo: *¿Cómo pueden garantizarse en toda la Comunidad los derechos laborales de los trabajadores que efectúan prestaciones en un contexto transnacional, especialmente los trabajadores fronterizos? ¿Piensa que es necesario mejorar la coherencia de las definiciones de “trabajador” que figuran en las directivas europeas para garantizar que estos trabajadores puedan gozar de sus derechos laborales con independencia del Estado miembro en que se encuentren trabajando? ¿O estima que los Estados miembros deberían mantener su autoridad en este ámbito?*

Desde luego, la pregunta resulta confusa. ¿Por qué esa mención específica de los trabajadores fronterizos, sin ofrecer ninguna pista sobre su supuesta problemática? ¿Las prestaciones en un contexto transnacional a que se refiere la pregunta, se limitan o no al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, es decir, al supuesto —a

los tres supuestos, en realidad— contemplado por la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996? ¿Por qué limitar el interrogante acerca de la definición del concepto de trabajador solamente al ámbito de las directivas y no del ámbito de las legislaciones nacionales en general?

De hecho, las respuestas de muchos Estados (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Reino Unido) han hecho referencia a la Directiva 96/71 /CE. Y, en principio, para considerar que los derechos de los trabajadores desplazados se encuentran claramente regulados en dicha Directiva, cuyo art. 3 fija un mínimo de protección o, mejor dicho, el núcleo de normas nacionales del país de acogida que debe aplicarse a los trabajadores desplazados.

La misma respuesta, en el sentido de considerar que la protección de los trabajadores fronterizos queda en principio garantizada por la aplicación de la ley del lugar de prestación habitual de los servicios (conforme al Convenio de Roma y, hoy en día, por el muy reciente Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, denominado “Roma I”). Únicamente cabe hacer algunas matizaciones.

Así, Alemania parece tener una visión excesivamente amplia de la garantía establecida por la Directiva, en cuanto que considera que en el supuesto de desplazamiento se aplica la normativa del lugar de trabajo, lo que solamente es cierto respecto de las materias contempladas por su art. 3 (períodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales; las cuantías del salario mínimo; las condiciones de suministro de mano de obra por las empresas de trabajo temporal<sup>9</sup>; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; la protección de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación).

Bélgica, por su parte, advierte de una aplicación no uniforme de la Directiva. Dinamarca



—al igual que Irlanda— apunta la importancia de la cooperación bilateral en esta materia. España, la trascendencia de los mecanismos de control y coordinación de las autoridades de los distintos Estados; lo mismo que hace Francia.

### A) TRABAJADORES FRONTERIZOS

Por lo que se refiere a los trabajadores fronterizos, nadie parece constatar una problemática especial. Si por trabajador fronterizo entendemos aquel trabajador que, residiendo en un Estado, trabaja en otro regresando diaria o al menos semanalmente al Estado de residencia, en principio la normativa aplicable al mismo será la del Estado en que habitualmente presta sus servicios, cuyas normas se le aplicarán en igualdad de condiciones que a los nacionales de ese Estado. Incluso aunque ese trabajador y su empleador hubieran convenido la aplicación de otra normativa, en todo caso la elección de la ley aplicable “no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables” (art. 8.1 Reglamento nº 593/2008, Roma I) y que serían “la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente” o, si no puede determinarse de ese modo, “la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador” (art. 8.2). En suma, normalmente será aplicable la ley del Estado donde trabaja el trabajador fronterizo.

La situación, por lo demás, vendría a ser la misma en el supuesto de trabajadores no fronterizos, sino que se hubieren desplazado y residieran en el territorio de otro Estado miembro con el objeto de ejercer en él un empleo, en virtud de los derechos que integran la libertad de circulación de trabajadores, conforme al art. 39 del Tratado de la Comunidad Europea y conforme al Reglamento (CEE) 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

Reglamento cuyo art. Art. 7 les garantiza la igualdad de trato respecto de los trabajadores nacionales: “En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo...” (apartado 1).

### B) TRABAJADORES DESPLAZADOS

Por lo que se refiere al supuesto específico de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios, su situación viene regulada por lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE y por las correspondientes normativas nacionales de aplicación de la Directiva. El art. 3 de la Directiva, como es sabido, establece que los Estados miembros velarán por que las empresas que desplacen a sus trabajadores garanticen a esos trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo por las disposiciones y/o los convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general que dicho artículo contempla y en relación a una serie de materias. Ciertamente no se trata sino de un mínimo de protección conforme al derecho del Estado de acogida, pero claro es que a dichos trabajadores desplazados se les deberá aplicar, en otras materias, las disposiciones imperativas de la normativa laboral del país desde el que son desplazados, en principio, por ser este el Estado en que habitualmente ejecutarán su trabajo o, más probablemente, el país en que se encuentra el establecimiento que los ha contratado para después desplazarlos.

Por todo ello, en las respuestas nacionales a esta pregunta 12, todo lo más que se pone de relieve es la posible existencia de problemas de aplicación de la Directiva 96/71/CE y, en concreto, la necesidad de actuar sus mecanismos de control, a través de la participación de los representantes de los trabajadores en las empresas y la coordinación entre autoridades

nacionales, especialmente las inspecciones de trabajo.

En cualquier caso, conviene tener presente reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplicando en estrictos términos las disposiciones de la Directiva en relación a la posibilidad de que los Estados miembros extiendan la aplicación de la normativa nacional a los trabajadores desplazados en otras materias además de las contempladas en su art. 3.1.

En efecto, el apartado 10 de dicho artículo añade, ante todo, que “(l)a presente Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, imponga a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual:

- condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público...”.

Pues bien, sobre este punto incide la STJCE de 19 de junio de 2008 (Asunto C-319/2006, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento impuesto por la Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo). El recurso se plantea con ocasión de la Ley de 20 de diciembre de 2002, por la que se efectúa la transposición de la Directiva al Gran Ducado.

Según el art. 1 de la citada Ley, “(c)onstituyen disposiciones de orden público nacional... y, como tales, son aplicables a todos los trabajadores que desarrollen una actividad en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, incluidos los que son objeto de un desplazamiento temporal, cualquiera que sea su duración o su naturaleza, todas las disposiciones... relativas:

1. al contrato de trabajo escrito o al documento elaborado en virtud de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral;

2. al salario social mínimo y a la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de la vida;

...

8. a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado;

...

11. a los convenios colectivos de trabajo;...”.

La STJCE, en lo que aquí interesa, declara que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben al haber declarado que esos puntos 1, 2, 8 y 11 constituyen disposiciones de orden público nacional.

El Gran Ducado alegó que el concepto de disposiciones de orden público abarca todas las disposiciones que, a juicio del Estado de acogida, respondan a exigencias imperativas de interés público (ver apartado 22 de la STJCE). Por el contrario, adoptando una interpretación mucho más restrictiva del concepto y recordando jurisprudencia propia anterior (STJCE 23 noviembre 1999, *Arblade* y otros, C-369/96 y C-376/96, Rec. P. I-8453, apartado 30), el Tribunal considera “que la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate...” (apartado 29), estimando, pues, que “la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente” (apartado 30).

Sin entrar en ulterior detalle sobre los argumentos en relación a cada uno de los puntos en litigio, sí que cabe una breve consideración en relación a la Ley 45/1999, de 29 noviembre, que realiza la aplicación en España de la Directiva 96/71. Hay dos aspectos de la normativa española que podrían entrar en contradicción

con lo dispuesto en la Directiva y en la aplicación de la misma efectuada por la STJCE que estamos comentando.

En primer lugar, la obligación de que los empresarios que desplacen a España sus trabajadores les garanticen (art. 3.1) “las condiciones de trabajo previstas por la legislación española relativas a: ...b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley”. Téngase en cuenta, entonces, que, de un lado, “condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española” serán las contenidas “en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate” (art. 3.4); y, de otro lado, que la “cuantía mínima del salario” garantizable será la prevista en las disposiciones o convenios a que se refiere el art. 3.4 “para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado”.

En resumen, conforme a la Ley española las empresas que desplacen trabajadores a España debe garantizarles no el salario mínimo interprofesional, sino el salario convencional previsto en el convenio (o laudo) aplicable para el grupo o categoría profesional correspondiente.

Ciertamente, el art. 3.1.c) de la Directiva no se refiere al salario mínimo interprofesional sino a “las cuantías de salario mínimo” y, en ese sentido, podría defenderse que tan salario mínimo lo es el interprofesional (respecto de la autonomía colectiva o convencional) cuanto el salario profesional o convencional (respecto de la autonomía individual o contractual). Cabe señalar que el art. 3.1.c) no se expresa en singular (salario mínimo) sino en plural (las cuantías de salario mínimo), lo que podría apoyar la interpretación de que no se trate solamente del salario mínimo interprofesional sino de los salarios mínimos profesionales o convencionales.

Con todo, podría considerarse que la STJCE anuncia más bien una interpretación restrictiva al respecto. Partiendo de que la ley

luxemburguesa garantizaba el “salario social mínimo” y “la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de vida”, lo que el Tribunal viene a aceptar es la oposición de la Comisión a este artículo en cuanto que se refiere a variaciones en “todas las retribuciones, incluidos los salarios que no corresponden a la categoría de salarios mínimos” (apartado 45). Insiste por lo demás la sentencia en que “el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (apartado 50).

De todos modos, el apartado deja sin pre-juzgar el concepto “categoría de salarios mínimos”. Y, sobre todo, realmente el problema interpretativo no se refiere de entrada al concepto de “orden público”, sino al concepto de “las cuantías de salario mínimo”, concepto, como antes dicho, quizás interpretable tanto en referencia al mínimo interprofesional como a los mínimos convencionales (que, por naturaleza, no son únicos para todo el ámbito del convenio, sino distintos por grupos, categorías o niveles retributivos). Es decir, que el problema a este efecto de “las cuantías del salario mínimo” es de interpretación del art. 3.1.c de la Directiva, no de interpretación de la vía de ampliación de ese apartado 1 en virtud de lo previsto en el apartado 8, primer guión, de la misma.

En último término, cabe añadir, la extensión de la garantía de las cuantías del salario mínimo a los salarios profesionales o convencionales podría darse igualmente en virtud de lo dispuesto en el art. 3, apartado 8, segundo guión. En efecto, conforme al mismo, la Directiva “no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual...: - condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el Anexo”. Es decir, en convenios o laudos de eficacia general en actividades aunque no sean en el ámbito de la construcción.

De este modo, si cualesquiera condiciones de trabajo y empleo en ese tipo de convenios o laudos pueden ser impuestas a las empresas nacionales y de otros Estados, entre ellas quedarían incluidos claramente los salarios convencionales o profesionales, que desde luego constituyen un mínimo a respetar por el contrato de trabajo (art. 3.1.c Estatuto de los Trabajadores).

A esta cuestión que acabamos de exponer se refiere asimismo la STJCE que venimos comentando. En la medida en que la ley luxemburguesa objeto de recurso se refería, en su punto 11, a las disposiciones relativas “a los convenios colectivos de trabajo”, el TJCE interpreta en primer lugar que las mismas serían “las que regulan su elaboración y aplicación”, para concluir en que las mismas no pueden subsumirse “*per se* y sin más precisión, en el concepto de orden público” (apartado 65).

Pero, hipotizando que las disposiciones aludidas lo sean asimismo “las propias disposiciones de tales convenios”, concluye igualmente que “tampoco pueden subsumirse en dicho concepto, en su totalidad y por el mero motivo de que emanan de ese tipo de actos” (apartado 66). Pero, a continuación, debatiendo la tesis del Gran Ducado de que aquel punto 11 vendría a concretar la autorización concedida en virtud del art. 3, apartado 10, segundo guión de la Directiva, no niega que este pudiera justificar la imposición a las empresas de las condiciones establecidas en convenios o laudos, aunque sí que rechaza que esa argumentación justifique el punto 11 debatido, ya que éste no se refería solamente a los convenios de aplicación general, sino simplemente a los convenios colectivos de trabajo, por lo tanto incluso a los de eficacia limitada.

Ciertamente, hay que concluir que en el mismo exceso incurre la Ley española 45/1999, la cual, en su art. 3.4 se refiere indistintamente a “los convenios y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”, sin diferenciar, como debiera, entre los convenios o laudos de aplicación general y los de aplicación limitada.

El otro aspecto de la Ley 45/1992 que puede suscitar asimismo alguna duda de adecuación a la Directiva es su art. 3.1.f), el cual se refiere a la “no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial”. Desde luego, puede verse alguna similitud con el punto 8 de la ley luxemburguesa (disposiciones relativas “a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado”).

Pero la diferencia es clara, puesto que la ley luxemburguesa, considerada en este punto contraria a la Directiva, se refería a toda la regulación en esas materias (trabajos a tiempo parcial y por tiempo determinado), mientras que la española exige exclusivamente la garantía de las condiciones de trabajo previstas por la legislación española relativas a “(l) a no discriminación” de tales trabajadores.

Y tal garantía sí que puede fundamentarse en el art. 3.1.g) de la Directiva, que incluye entre las materias a garantizar “la igualdad de trato entre hombres y mujeres y *otras disposiciones en materia de no discriminación*”. Referencia amplia que podría incluir esa exigencia respeto de la no discriminación respecto de trabajadores a tiempo parcial y temporales.

Lo sorprendente, si acaso, es que a la altura del año 1999 no existía en nuestro ordenamiento ninguna disposición en la legislación laboral española que exigiera la no discriminación de tales trabajadores. Incluso hoy en día, tanto en el art. 14 Constitución como en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET no se menciona al trabajo a tiempo parcial o temporal como factores inadmisibles de discriminación. Ha sido con posterioridad, en el año 2006, cuando el art. 15.6 ET, aplicando la Directiva 99/70/CE (por lo que se refiere al trabajo de duración determinada), ha venido a establecer que “(l)os trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida”, sin perjuicio de las particularidades en materia de extinción y conforme al principio *pro rata temporis* (más adecuado éste, sin duda, para el trabajo a tiempo parcial). Por lo que hace referencia a esta otra modalidad, el art. 12.4.e) ET ya tenía establecido que “(l)os trabajadores

a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo”, de conformidad con el citado principio: “...en función del tiempo trabajado”.

Queda, desde luego, la duda de si se trata de una exigencia de igualdad de trato para esos trabajadores (lo que vincularía exclusivamente a la ley y a los convenios colectivos de eficacia general) o, más ampliamente, de no discriminación (lo que vincularía asimismo a los convenios de eficacia limitada y a la autonomía individual). Pero, en el contexto de la Directiva 96/71 y la Ley 45/1999, que en todo caso limitan su aplicación a las disposiciones legales, reglamentaria o administrativas y a los convenios y laudos arbitrales de aplicación general, esa duda carece de relevancia.

### C) LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La última cuestión al hilo de la pregunta 12 del LV que cabe plantear es el de si las Directivas comunitarias deberían establecer o no un concepto de trabajador —de ámbito comunitario, pues—, o si, por el contrario, la definición debe dejarse en manos de los Estados miembros —hay que entender que al aplicar las correspondientes Directivas, no al definir el ámbito aplicativo de su normativa laboral en general—.

Realmente, desde el punto de vista de la protección de los trabajadores (que se desplacen a otros Estados miembros para residir y trabajar en ellos, sean o no fronterizos) la definición del concepto de trabajador es trascendental, pues delimita el ámbito de aplicación de la normativa tuitiva laboral. Pero ello es algo que comparten con el resto de los trabajadores del país a que se hayan desplazado; y, además, seguramente no cabe apreciar grandes diferencias entre unos y otros países comunitarios.

En todo caso, la pregunta del LV se plantea en realidad estrictamente en relación a las Directivas comunitarias y, en ese sentido, para conseguir una mayor uniformidad en su apli-

cación. Claro es que si una Directiva se aplica en los distintos Estados de manera uniforme en cuanto a su contenido (uniformidad que, con frecuencia, se debe a la precisión y concreción de la propia Directiva), pero no hay uniformidad en cuanto al ámbito personal de aplicación de ese contenido, el resultado según los distintos Estados puede ser muy dispar.

Alguna Directiva recoge una definición del concepto de trabajador, pero de manera tan genérica que resulta inoperante para alcanzar una mínima uniformidad. Así, la Directiva 89/391/CEE, art. 3.a): “cualquier persona empleada por un empresario” (donde lo que resulta operante es lo que sigue: “incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar”).

Lo normal, al contrario, es que la Directiva haga una remisión al concepto de trabajador acogido por las normativas nacionales. Así, la propia Directiva sobre desplazamiento, art. 2.2: “el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado”. También la Directiva 2001/23/CE, art. 2.1.d): “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate”. O la Directiva 91/533/CEE, art. 1.1: “todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un Estado miembro”. O la Directiva 2002/14/CE, art. 2.d): “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral nacional y con arreglo a las prácticas nacionales del Estado de que se trate”. Otras, en fin, no contienen definición alguna.

¿Sería, pues, conveniente un concepto comunitario de trabajador para facilitar una aplicación uniforme de las Directivas?

Desde luego, ello sería posible en función de las competencias normativas recogidas, fundamentalmente, en el Tratado de la Comunidad Europea, siquiera sea de forma implícita. Es decir, que si el Consejo puede adoptar, me-

dian­te direc­tivas, dis­po­si­cio­nes mí­ni­mas (art. 137.2.b) en ma­te­rias ta­les co­mo la sa­lud y la se­gu­ri­dad de los tra­ba­ja­do­res, las con­di­cio­nes de tra­ba­jo, etc. (art. 137.1), pa­rece cla­ro que pue­de de­finir el ámbi­to de apli­ca­ción de las mis­mas y, por tan­to, el con­cep­to de tra­ba­ja­dor o de con­tra­to de tra­ba­jo.

Se­gu­ra­men­te, no tie­ne com­pe­ten­cias la CE pa­ra de­ter­mi­nar el ámbi­to de apli­ca­ción ge­ne­ral de las nor­ma­tivas la­bo­ra­les na­cio­na­les, pues ello ex­ce­de­ría de las com­pe­ten­cias en ma­te­rias es­pe­cí­fi­cas del art. 137. Pe­ro ello no se­ría obs­ta­cu­lo pa­ra una de­fini­ción del con­cep­to vin­cu­lan­te pa­ra to­das las Direc­tivas en las ma­te­rias con­tem­pladas o, más pro­ba­ble­men­te, un con­cep­to en ca­da una de las Direc­tivas de que se tra­te (y más ade­cuada­men­te, da­da la va­rie­dad de ob­je­to de las Direc­tivas, lo que pue­de dar lu­gar a con­cep­tos no del to­do co­in­ci­den­tes de tra­ba­ja­dor o con­tra­to de tra­ba­jo).

El pro­ble­ma, real­men­te, se­ría has­ta dónde se po­dría avan­zar en esa po­lí­ti­ca de de­fini­ción del con­cep­to de tra­ba­ja­dor en ca­da Direc­ti­va, con­si­de­ran­do, en­tre otras co­sas, la ob­li­ga­ción de tener en cuen­ta “la di­ver­si­dad de las prác­ti­cas na­cio­na­les, en par­ti­cu­lar en el ámbi­to de las re­la­cio­nes con­tra­c­tuales”. En to­do ca­so, las res­pues­tas na­cio­na­les a esta pre­gun­ta del Li­bro Ver­de han mos­tra­do, por lo ge­ne­ral, su es­cep­ti­ci­smo al res­pec­to, in­clu­so es­ti­man­do que no se­ría ne­ce­sa­rio ni prác­ti­co (Rei­no Uni­do) o la creen­cia de que las de­fini­cio­nes de tra­ba­ja­dor no va­rían tan­to de un pa­ís a otro.

To­do lo más, se ha in­di­ca­do la con­vie­ni­en­cia de de­li­mi­tar los con­cep­tos de tra­ba­jo asalariado y tra­ba­jo au­tó­no­mo (Ale­ma­nia, Bélgica), pa­ra lo que pa­re­cería ne­ce­sa­rio en­trar en una mí­ni­ma de­fini­ción de uno y otro, o la de es­ta­ble­cer pre­ci­si­o­nes con­cep­tuales en al­gún ca­so (Francia).

En cual­quier ca­so, al­guna ac­tuación a ese res­pec­to sí se­ría po­si­ble y con­vie­ni­en­te, en la lí­nea del con­te­ni­do de la Re­comen­da­ción nº 198 OIT, del año 2006, so­bre la re­la­ción de tra­ba­jo, a la que el pro­pio LV ha­ce re­fe­ren­cia (ver su nota 32), aun­que más bien al hi­lo de las pre­gun­tas 7 y 8 y más bien con ese ob­je­ti­vo

li­mi­ta­do de de­li­mi­ta­ción en­tre tra­ba­jo subor­di­na­do y tra­ba­jo au­tó­no­mo. Aun­que cabe in­sis­tir en lo di­cho. Di­fícil­men­te se po­drán de­li­mi­tar si no se de­finen de al­gún mo­do.

En ese sen­ti­do, la Re­comen­da­ción nº 198 con­tie­ne as­pec­tos in­te­re­san­tes, ta­les co­mo la re­comen­da­ción de “exa­mi­nar a in­ter­va­los apro­pia­dos y, de ser ne­ce­sa­rio, ... cla­ri­ficar y ... adap­tar el ámbi­to de apli­ca­ción de la legis­la­ción per­ti­nen­te” (apartado I.1); o la asun­ción del prin­ci­pio de re­ali­dad y la no con­si­de­ra­ción del *nomen iuris* da­do por las par­tes con­tra­tan­tes, de mo­do que “la exis­ten­cia de una re­la­ción la­bo­ral de­bería de­ter­mi­narse prin­ci­pal­men­te de acuer­do con los he­chos re­la­ti­vos a la eje­cu­ción del tra­ba­jo y la re­mu­ne­ra­ción del tra­ba­ja­dor, sin per­juicio de la ma­ne­ra en que se ca­rac­te­ri­ce la re­la­ción en cual­quier ar­re­glo con­tra­rio” (apartado II.9); o la con­sa­gra­ción de “una pre­sun­ción le­gal de la exis­ten­cia de una re­la­ción de tra­ba­jo cuan­do se dan uno o va­rios in­di­cios” (apartado II.11.b); de­fini­ción de “in­di­cios es­pe­cí­fi­cos”, en­tre los que la Re­comen­da­ción sugiere va­rios (apartado II.13), tan­to en or­den a la subor­di­na­ción co­mo a la ajenidad.

Al­guna de estas re­comen­da­cio­nes (aparte otras in­te­re­san­tes que se for­mu­lan) tie­nen aco­gi­da en el or­dena­mien­to es­pa­ñol al me­nos ju­ris­pru­den­cial­men­te (el prin­ci­pio de re­ali­dad), mien­tras que otras se re­co­gen muy de­fi­cien­te­men­te (la pre­sun­ción con­te­ni­da en el art. 8.1 ET, que en re­ali­dad es más una re­for­mu­la­ción de la de­fini­ción del art. 1 que una pre­sun­ción pro­pia­men­te di­cha a efec­tos de cali­fi­ca­ción de la re­la­ción), y otras, en fin, me­re­ce­rían una aco­gi­da pun­tu­al en nues­tro or­dena­mien­to (el exa­men y re­vi­si­ón pe­ri­ó­di­cos de la cues­ción del ámbi­to apli­ca­ti­vo).

Pe­ro cabe re­pe­ti­r, pa­ra fi­nalizar, que se­gu­ra­men­te no es po­si­ble una ac­ción ge­ne­ral en ese sen­ti­do (es decir, de de­fini­ción del ámbi­to de apli­ca­ción de las nor­ma­tivas la­bo­ra­les na­cio­na­les), por fal­ta de com­pe­ten­cia co­mu­ni­ta­ria al res­pec­to, y so­la­men­te po­si­ble una ac­ción lí­mi­ta­da al cam­po de apli­ca­ción de las dis­tin­tas Direc­tivas en las ma­te­rias en las que la CE sí que está ha­bi­li­ta­da.

Podría comenzarse por abandonar la práctica relativamente habitual, como hemos visto, en muchas Directivas de remitir expresamente el concepto de trabajador a lo dispuesto en cada legislación nacional. Sería preferible limitarse a señalar al trabajador o al trabajo (en su caso, asalariado) como ámbito de aplicación de las Directivas, sin mayor precisión, que esa remisión a las normas nacionales.

En efecto, la falta de definición no impediría que el Tribunal de Justicia, en su labor de control de aplicación de las Directivas (ya sea por recurso de incumplimiento, ya sea a través de cuestiones prejudiciales) configurara en cada caso un concepto comunitario de trabajador, como lo ha hecho en materia de libertad de circulación; aunque se tratara de un concepto no unívoco, sino que variara en función de la materia de que se tratara<sup>10</sup>.

## NOTAS

1. COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.
2. Tiziano TREU: "Labour Law, flexibility and economic growth". El trabajo del prof. TREU se puede consultar en el Observatorio de Derecho Social Europeo, del que es responsable el prof. Jesús Cruz Villalón, en [www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/1stContenidos.asp?obs=34&menu=35&submenu=-](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/1stContenidos.asp?obs=34&menu=35&submenu=-), junto con otros comentarios al Libro Verde de: Alleva, Baylos Grau-Pérez Rey, Business Europe, Cerfeda, Comité Económico y Social Europeo, Confederación Europea de Sindicatos, Debrulle, Durán López, Gottardi, Jueces para la Democracia, López Bulla, Martín, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Valdés Dal-Re y un grupo de laboristas italianos. De otro lado, en [http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/green\\_paper\\_responses.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses.htm) se pueden encontrar las respuestas al cuestionario planteado por el propio Libro Verde. Ver, asimismo, el artículo de FALGUERA I BARÓ, "El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa", en la revista electrónica sobre derecho del trabajo de la Universitat Pompeu Fabra: [www.upf.edu/iuslabor/022007/portada022007.htm](http://www.upf.edu/iuslabor/022007/portada022007.htm).
3. Libro Verde, apartado 4.a, pag. 11.
4. COM 2007 359 final, de 27 de junio de 2007. Esta Comunicación viene a recoger completamente el informe del Grupo Europeo de Expertos sobre Flexiguridad: "Flexicurity Pathways: Turning hurdles into stepping stones", de junio de 2007. El informe puede verse en [http://ec.europa.eu/employment\\_social/employment\\_strategy/pdf/flexi\\_pathways\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_pathways_en.pdf).
5. Se trata del documento sobre "Flexicurity Practices", compilación hecha por el prof. Ton Wilthagen, de la Universidad de Tilburg, en los Países Bajos. Esa compilación, de mayo 2007, sin duda sirvió para el Informe del Grupo de Expertos sobre Flexiguridad, informe titulado "Flexicurity Pathways", ya señalado en la nota anterior. Dicha compilación puede verse en [http://ec.europa.eu/employment\\_social/employment\\_strategy/pdf/flexi\\_practices\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_practices_en.pdf).
6. En todo caso, como ya se ha señalado en el texto, la menor indemnización en caso de despido solamente se refiere al supuesto de despido por causas objetivas declarado improcedente o injustificado; por el contrario, en caso de que tal despido se considere procedente o justificado, la indemnización es la normal de 20 días por año de servicio (indemnización que es seguramente la que corresponde al término inglés de "severance pay", equivalente a "redundancy pay", indemnización por reducción de personal, aunque, como vimos para Austria, puede referirse también más ampliamente a otros supuestos de extinción por el empleador, incluso por el trabajador). Cabe consultar, a estos efectos, los diccionarios sobre relaciones industriales que aparecen en el sitio de la Fundación Europea de Condiciones de Vida y de Trabajo de Dublín, más concretamente en EIRO (European Industrial Relations Observatory) ([www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary](http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary)).
7. Vid. Informe OCDE: *Perspectivas del empleo 1999*, MTAS: "...el rigor de la legislación sobre protección del empleo influye poco o nada en el nivel total de paro...la legislación sobre protección del empleo eleva el empleo de los varones en edades centrales, pero reduce el de los jóvenes y las mujeres en edades centrales, por lo que el efecto total es una reducción neta. Sin embargo, estas correlaciones son muy débiles y estadísticamente poco significativas..." (págs. 180-181).
8. Así, MONTROYA, pag. 89, aunque señala oportunamente que algunas de las recomendaciones de ese itinerario ya se están aplicando en nuestro país.

9. Dicho sea de paso, la versión española habla, incorrectamente, de “agencias de trabajo interino”: más bien habría que hablar de trabajo “intermediado”. La Ley 45/1999, de 9 de noviembre, utilizando debidamente la terminología española, se refiere a las empresas de trabajo temporal (ver art. 3.2).

10. Al respecto, vid. BIURRUN-MELÉNDEZ-PÉREZ: *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2002, pags. 78-84, recogiendo útilmente abundante jurisprudencia comunitaria.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARUFE VARELA, A.: “«Flexiguridad» laboral danesa y «rigiseguridad» laboral alemana”, en *Aranzadi Social*, num. 7-8/2008 (también en Aranzadi-Westlaw: BIB 2008/1459).

BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Presentación al Libro Verde”, en *Cuadernos de la Fundación*, 5/2006, Fundación Sindical de Estudios

BESSON, É.: *Flexicurity en Europe. Éléments d'analyse*, 2008 (puede consultarse en línea en [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr): Inicio > Rapports publics).

BIURRUN ABAD, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y PÉREZ CAMPOS (con prólogo de SEMPERE NAVARRRO): *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2002

EUROPEAN EXPERT GROUP ON FLEXICURITY: *Flexicurity Pathways. Turning burdles into stepping stones*, junio 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: “El Libro Verde europeo sobre el derecho laboral”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 126 (2007), núm. 1-2, pags. 121 ss.

FALGUERA I BARÓ, M.: “El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa”, en *IUSLabor*, 2/2007.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “Flexiguridad”, en *Aranzadi Social*, núm. 16/2007 (también en Aranzadi-Westlaw: BIB 2007/2259).

MEDEL (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés): “El Libro Verde y el Derecho del Trabajo: no es eso”, en [http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/green\\_paper\\_responses.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses.htm).

MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre globalización, flexiguridad y estabilidad en el empleo”, en *Aranzadi Social*, nº 6/2008, págs. 75-93.

OBSERVATORIO DE DERECHO SOCIAL EUROPEO (Responsable CRUZ VILLALÓN, J.), en la página web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, el cual recoge comentarios al Libro Verde de:

- ALLEVA, P.: “Il «Libro Verde» della Commissione UE e l'esperienza italiana della «Flessicurezza».
- BAYLOS GRAU-PÉREZ REY: “Presentación al Libro Verde”, Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios, num. 5/2006.
- BUSINESS EUROPE: “Position Paper”, 6 march 2007.
- CERFEDA, W.: “Entrevista”, traducida por López Bulla, en la Revista Euronote, de CGIL-Cisl-Uil Lombardía: [www.euronote.it](http://www.euronote.it).
- CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS (CES, ETUC): “ETUC Position”, 20-21 march 2007.
- DEBRULLE, A.: Intervention en el Seminaire européen de droit social et de la securité sociale, Seville 23 et 24 mars 2007.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “La modernización del Derecho Laboral”.
- GOTTARDI, D.: “Diritto del lavoro europeo e mercato interno”.
- JUECES PARA LA DEMOCRACIA: “El Libro Verde y el derecho del trabajo: no es eso”.
- LABORALISTAS ITALIANOS: “I giuslavoristi e il Libro verde”.
- LÓPEZ BULLA, J.L.: “Sobre el Libro Verde del derecho del trabajo europeo”.
- MARTIN, P.: “Flexibilidad y seguridad. Nuevas configuraciones en el derecho social francés”.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El Libro Verde de la Comisión Europea «Modernizar el derecho laboral»”.
- TREU, T.: “Labour law, flexibility and economic growth”.
- VALDÉS DAL-RE, F.: “El Libro Verde de la comisión Europea”.

WILTHAGEN, T.: *Flexicurity Practices*, mayo 2007 (en [http://ec.europa.eu/employment\\_social/employment\\_strategy/pdf/flexi\\_pra-ctices\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_pra-ctices_en.pdf))

**Fecha de recepción de originales: 17 de octubre de 2008**

**Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008**



# ANEXO

## MODERNIZAR EL DERECHO LABORAL PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL SIGLO XXI

Sumario: 1. Introducción - finalidad del presente Libro Verde. 2. Derecho laboral en la Unión Europea - situación actual. A) Evolución en los Estados miembros. B) Acción a escala de la UE. 3. Principal reto político - Un mercado de trabajo flexible e inclusivo. 4. Modernización del derecho laboral - preguntas para el debate. A). Transiciones profesionales. B) Inseguridad jurídica. C) Relaciones de trabajo triangulares. D) Ordenación del tiempo de trabajo. E) Movilidad de los trabajadores. F) Aspectos del control de la aplicación de la legislación y trabajo no declarado

### 1. INTRODUCCIÓN - FINALIDAD DEL PRESENTE LIBRO VERDE

La finalidad del presente Libro Verde 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. La modernización del Derecho laboral constituye un elemento clave 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. 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. Como destaca el Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo 2006 de la Comisión Europea: *“El aumento de la capacidad de respuesta de los mercados de trabajo europeos es crucial para el impulso de la actividad económica y la consecución de una mayor productividad”*<sup>1</sup>.

Los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>, desde el punto de vista tanto de la seguridad de empleo y de ingresos como de la estabilidad relativa de las condiciones de trabajo y de vida inherentes.

En 2003, en su informe al Consejo Europeo, el Grupo Europeo de Empleo, presidido por Wim Kok, observó que podría surgir un mercado de trabajo de dos velocidades entre los trabajadores «integrados» (*insiders*), con un empleo permanente y los «excluidos» (*outsiders*)<sup>4</sup>, especialmente los desempleados, las personas desligadas del mercado de trabajo y las que cuentan con situaciones laborales precarias e informales. Éstos últimos ocupan una «zona gris» con derechos fundamentales de los trabajadores o de protección social que pueden ser muy escasos, y que genera 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.). Podría acentuarse el recurso a formas alternativas de empleo por la falta de medidas para adaptar el contrato de trabajo clásico a fin de ofrecer mayor flexibilidad tanto a los trabajadores como a las empresas. En consecuencia, el Grupo instó a los Estados miembros a 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 o colectivo, o la definición de despido improcedente<sup>5</sup>.

Las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo<sup>6</sup> destacan la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del em-

pleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo. El diálogo social también desempeña un papel fundamental en 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 reconversiones.

Otras políticas que forman parte del enfoque de la «flexiguridad» 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.

El presente Libro Verde aborda la función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una «flexiguridad» que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva<sup>7</sup>. Busca lo siguiente:

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 del mundo laboral, por otro. Se hace especial hincapié en la dimensión personal del Derecho laboral y no en cuestiones de Derecho laboral colectivo.

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.

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.

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.

Se abrirá una consulta pública sobre las cuestiones planteadas por el presente Libro Verde durante un período de cuatro meses<sup>8</sup>. Una vez finalizada esta consulta pública, las principales cuestiones y opciones políticas identificadas en las respuestas de los Estados miembros, los interlocutores sociales y las demás partes interesadas se examina-

rán en el marco de una comunicación de seguimiento de la Comisión en 2007, que ha de entenderse en el contexto de la serie de iniciativas adoptadas por la Comisión, en colaboración con los Estados miembros, sobre la cuestión más amplia de la flexiguridad. En especial, se presentará una Comunicación de la Comisión sobre la flexiguridad en junio de 2007: este texto buscará definir los argumentos en favor de la «flexiguridad», 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.

## 2. DERECHO LABORAL EN LA UNIÓN EUROPEA - SITUACIÓN ACTUAL

### A) EVOLUCIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS

La finalidad inicial del Derecho laboral era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral. Desde un principio, el Derecho laboral ha buscado definir la situación del empleo como principal factor generador de distintos derechos. Este modelo tradicional se basa en varios supuestos clave. En concreto: i) un empleo permanente a tiempo completo; ii) unas relaciones laborales regidas por el Derecho laboral, en torno al contrato de trabajo; y iii) la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores. Cabe recordar que las tradiciones nacionales son muy dispares al formular y aplicar el Derecho laboral y las políticas al respecto.

La 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 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 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.

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<sup>9</sup>. 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<sup>10</sup>.

La evolución del diálogo social a nivel nacional, sectorial y empresarial, 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. La aplicación de los convenios colectivos a nuevas problemáticas (por ejemplo, reconversiones, competitividad o acceso a la formación) y a nuevas categorías de trabajadores (como los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal) 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 empleo. En la actualidad, son instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores.

## B) ACCIÓN A ESCALA DE LA UE

A escala de la UE, se han iniciado una serie de medidas legislativas y políticas, así como varios estudios analíticos, para determinar la manera de asociar nuevas formas de trabajo más flexibles con unos derechos sociales mínimos para todos los trabajadores.

La mejora de las condiciones de vida y de trabajo para los contratos de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal y el trabajo estacional quedó subrayada por primera vez en la Carta Social de 1989 y en el posterior Programa de acción para la aplicación de la Carta<sup>11</sup>. Tras un período de animados debates sobre la oportunidad de adoptar iniciativas a escala comunitaria con respecto a estas relaciones laborales, se adoptaron directivas sobre el trabajo a tiempo parcial<sup>12</sup> y el trabajo de duración determinada<sup>13</sup>, que han dotado de carácter vinculante los acuerdos marco de los interlocutores sociales europeos por los cuales se establece el principio de igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y de duración determinada y los trabajadores a tiempo completo.

En 2000, la Comisión puso en marcha una primera fase de consultas con los interlocutores sociales sobre la modernización de las relaciones laborales, que condujo a la adopción de un acuerdo marco sobre el teletrabajo en 2002<sup>14</sup>. Ese año, la Comisión adoptó una Propuesta de directiva relativa a las condiciones de trabajo de los traba-

jadores cedidos por empresas de trabajo temporal<sup>15</sup>, con respecto a la cual, por el momento, el Consejo no ha logrado una posición común.

Se han publicado estudios detallados sobre la evolución del Derecho laboral en la EU-15 durante el período 1992-2003<sup>16</sup>. Los resultados de estos estudios se presentaron en la conferencia sobre el Derecho laboral en Europa: pasos hacia 2010, organizada por la Presidencia neerlandesa en 2004, con el apoyo de la Comisión<sup>17</sup>. En la actualidad se han iniciado otros estudios de países, para cubrir la evolución del Derecho laboral en la EU-25, así como en Bulgaria y Rumanía.

La protección de las condiciones laborales y la mejora de la calidad del trabajo en los Estados miembros depende fundamentalmente de las legislaciones nacionales y de la eficacia de las medidas de aplicación y control a escala nacional. A escala de la UE, el acervo social sostiene y complementa las acciones de los Estados miembros en este ámbito.

Mediante su apoyo a una serie de instrumentos políticos como el diálogo social de la UE y medidas financieras como el Fondo Social Europeo, Progress y la propuesta de Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, la Comisión Europea también permite catalizar el apoyo a la acción de los Estados miembros y de los interlocutores sociales con vistas a reforzar los objetivos de Lisboa en materia de crecimiento y empleo. La coordinación de las políticas de empleo con la asociación para el crecimiento y el empleo y el método abierto de coordinación en el ámbito de las políticas de inclusión social permiten, además, garantizar la plena movilidad de los trabajadores en Europa en el contexto de los Tratados. Estos métodos combinan objetivos concretos y objetivos políticos establecidos a nivel de la UE —que se traducen en planes nacionales—, el uso de referencias y de indicadores para determinar los avances realizados, el intercambio de experiencias y la evaluación por pares para sacar las enseñanzas de las buenas prácticas.

## 3. PRINCIPAL RETO POLÍTICO - UN MERCADO DE TRABAJO FLEXIBLE E INCLUSIVO

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. Las obligaciones administrativas derivadas del empleo de trabajadores permanentes también han incidido considerablemente en la creación de empleo, especialmente en las pequeñas empresas<sup>18</sup>. Los contratos atípicos y los contratos clásicos flexibles permi-

ten que las empresas puedan adaptarse rápidamente a la evolución de las preferencias de los consumidores y de las tecnologías y a nuevas oportunidades para atraer y retener una mano de obra más diversificada, merced a una mejor adecuación de la oferta y demanda de mano de obra. Los trabajadores también pueden elegir entre un mayor número de opciones en lo relativo al horario laboral, unas mayores oportunidades de carrera, un mayor equilibrio entre vida familiar, trabajo y educación, así como una mayor responsabilidad individual.

Los contratos de duración determinada, los contratos a tiempo parcial, los contratos puntuales, los contratos «cero horas», los contratos para trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, los contratos para trabajadores por cuenta propia, etc., son en la actualidad elementos característicos de los mercados de trabajo europeos. La parte de empleo total representada por los trabajadores con contratos distintos del modelo contractual clásico y los que trabajan por cuenta propia ha pasado de más del 36 % de los trabajadores en 2001 a cerca del 40 % de los trabajadores de la EU-25 en 2005<sup>19</sup>. El trabajo a tiempo parcial ha pasado del 13 % al 18 % del empleo total en los últimos quince años. Desde 2000, contribuye en mayor medida (en torno al 60 %) a la creación de empleo que el trabajo a tiempo completo clásico. El trabajo a tiempo parcial sigue siendo característico del trabajo femenino, puesto que lo ocupan cerca de un tercio de las mujeres con empleo, frente al escaso 7 % de los hombres. El trabajo de duración determinada ha pasado del 12 % del empleo total en 1998 a más del 14 % en la EU-25 en 2005. Contrariamente al trabajo a tiempo parcial, el empleo de duración determinada no muestra grandes diferencias de género<sup>20</sup>. Habida cuenta de la participación creciente en estas formas de contratos, cabría examinar el grado de flexibilidad previsto por los contratos clásicos para facilitar en mayor medida la contratación, el mantenimiento y la progresión en el mercado de trabajo.

El trabajo por cuenta propia constituye igualmente una manera de afrontar la reconversión, reducir los costes directos o indirectos de la mano de obra y gestionar los recursos de manera más flexible en circunstancias económicas imprevistas. También revela un modelo comercial de empresas orientadas al suministro de servicios que realizan proyectos completos para sus clientes. En muchos casos puede resultar de una decisión, tomada libremente, de trabajar de forma independiente a pesar de un nivel de protección social menor a cambio de un control más directo de las condiciones de empleo y de remuneración. Los trabajadores por cuenta propia superaban los 31 millones en la EU-25 en 2005, un 15 % de la mano de obra total<sup>21</sup>, y los que no cuentan con la ayuda de trabajadores por cuenta ajena, representan el 10 % del total de los trabajadores de la EU-25. Si bien la agricultura y el comercio al por menor siguen contando con el mayor número de personas pertenecientes a esta categoría, esta forma de trabajo suele estar cada vez más presente en los sectores de la construcción y de los servicios personales asociados

a la externalización, a la subcontratación y al trabajo en el marco de proyectos.

No obstante, la diversificación de los tipos de contratos puede tener efectos perniciosos<sup>22</sup>. Una parte de la mano de obra puede verse atrapada en una sucesión de empleos de corta duración y de baja calidad con una protección social insuficiente, quedando en situación vulnerable. No obstante, estos empleos pueden constituir un trampolín para que algunas personas, a menudo las que tienen especiales dificultades, puedan integrarse en el mundo laboral.

Las cifras correspondientes a EU-15 muestran que un 60 % de las personas con contratos atípicos en 1997 disponían de contratos clásicos en 2003. Sin embargo, el 16 % de estas personas seguía en la misma situación y el 20 % había abandonado el mercado de trabajo<sup>23</sup>. El riesgo de quedar en posición de debilidad en el mercado de trabajo también entraña un componente muy fuerte de género e intergeneracional, dado que las mujeres, las personas de edad avanzada y también los jóvenes contratados con contratos atípicos tienen menos posibilidades de mejorar su situación en este mercado<sup>24</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que los Estados miembros cuentan con niveles de transición muy distintos.

El reciente informe sobre el empleo en Europa de 2006<sup>25</sup> constata que la existencia de una legislación rígida sobre protección del empleo 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. También subraya que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo. 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.

En el contexto de la mundialización, del proceso de reconversión y de la progresión hacia una economía basada en el conocimiento, los mercados de trabajo europeos deben ser a la vez más inclusivos y reactivos ante la innovación y los cambios. Los trabajadores potencialmente vulnerables deben disponer de oportunidades sucesivas que les permitan avanzar socialmente para mejorar su movilidad y lograr que sus transiciones en el mercado de trabajo sean un éxito. 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. La buena gestión de la innovación y del cambio implica que los mercados de trabajo tengan en cuenta tres aspectos principales: flexibilidad, seguridad de empleo y segmentación. El presente Libro Verde tiene como objetivo 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 indeterminada o duración determinada atípica).

#### Preguntas

- 1 En su opinión, ¿cuáles serían las reformas prioritarias del Derecho laboral?
- 2 ¿Puede contribuir la adaptación del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la mejora de la flexibilidad, a la seguridad de empleo y a la reducción de la segmentación del mercado de trabajo? En caso afirmativo, ¿de qué manera?
- 3 ¿La reglamentación existente (en forma de leyes o de convenios colectivos) frena o estimula a las empresas y a los trabajadores en sus esfuerzos por aprovechar las oportunidades de incrementar la productividad y adaptarse a las nuevas tecnologías y a los cambios derivados de la competencia internacional? ¿Cómo se puede mejorar la calidad de la reglamentación aplicable a las PYME, preservando a la vez sus objetivos?
- 4 ¿Cómo se puede facilitar la contratación mediante contratos de duración indeterminada y determinada, bien por medios legislativos o convenios colectivos, para incrementar la flexibilidad de estos contratos y garantizar a la vez un nivel suficiente de seguridad de empleo y de protección social?

## 4. MODERNIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL - PREGUNTAS PARA EL DEBATE

### A) TRANSICIONES PROFESIONALES

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 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.

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». Entre las medidas de Derecho laboral que facilitan las transiciones en el mercado de trabajo, fruto del diálogo social a escala nacional, figuran la Ley neerlandesa sobre flexibilidad y seguridad de 1999, la Ley austriaca sobre las indemnizaciones por despido (*Abfertigungsrecht*) de

2002<sup>26</sup>, y el Decreto español de junio de 2006 que permite la conversión de los contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada con indemnizaciones por despido reducidas<sup>27</sup>. La reforma austriaca constituye un ejemplo interesante de la evolución radical de un sistema basado en la relación de trabajo tradicional entre un trabajador y una empresa a su sistema más global basado en un fondo de ayuda a los trabajadores a nivel nacional. Queda suprimida la relación entre despido por un empleador y pago de una indemnización única de despido. Estas nuevas normas permiten a los trabajadores abandonar un empleo cuando encuentran otro, en vez de quedarse en el primero por temor a perder las indemnizaciones a que tienen derecho. La reforma ha permitido descartar de una vez la amenaza que podía suponer para la existencia de una empresa la obligación repentina de sufragar de una vez el coste de los despidos, mientras que la contribución de un empleador al fondo de ayuda a los trabajadores puede extenderse a lo largo del tiempo. Desde el punto de vista del trabajador, este nuevo sistema reduce el coste de la movilidad profesional en la medida en que los trabajadores ya no pierden la totalidad de sus derechos de indemnización por despido al aceptar un nuevo empleo.

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 periodos 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.

#### Preguntas

- 1 ¿Merecería la pena contemplar una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo?
- 2 ¿Cuál puede ser la función de la Ley o de los convenios colectivos negociados entre los interlocutores sociales en el fomento del acceso a la formación y las transiciones entre las distintas formas de contratos para sostener la movilidad vertical a lo largo de una vida profesional plenamente activa?

### B) INSEGURIDAD JURÍDICA

La aparición de distintas formas de trabajo atípicas difumina las fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Pueden surgir diferencias sobre la condición jurídica de

una relación laboral cuando está oculta o si surgen verdaderas dificultades de ajuste entre unas nuevas modalidades de trabajo dinámicas y la relación laboral tradicional.

Existe trabajo oculto cuando una persona trabajadora por cuenta ajena no está considerada como tal, para disimular su verdadera situación jurídica y evitar determinados costes como los impuestos y las cotizaciones de seguridad social. Esta práctica ilegal puede proceder de un uso indebido de las disposiciones del Derecho civil o mercantil.

Las medidas adoptadas a nivel nacional para combatir el fenómeno del trabajo oculto, a menudo elaboradas en colaboración con los interlocutores sociales, van desde la introducción de normas de presunción legal obligatoria<sup>28</sup>, hasta un mayor control de la aplicación de la legislación, y también incluyen campañas específicamente dirigidas e iniciativas especiales de información y sensibilización<sup>29</sup>. Debido a una definición legal confusa del estatuto de trabajador por cuenta propia en los marcos jurídicos y administrativos nacionales, determinados individuos, que piensan ser «trabajadores por cuenta propia», pueden ser clasificados a menudo como trabajadores por cuenta ajena por las administraciones fiscales o de seguridad social, lo que puede obligar al trabajador por cuenta propia/ajena y a su cliente/empleador principal a pagar cotizaciones sociales adicionales<sup>30</sup>. La Comisión ha destacado que los Estados miembros<sup>31</sup> son los principales responsables de resolver el problema de las personas que se hacen pasar por trabajadores por cuenta propia con el propósito de eludir la legislación nacional<sup>32</sup>.

La noción de «trabajo económicamente dependiente» abarca situaciones que se hallan entre las nociones claramente definidas de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Esta categoría de trabajadores carece de contrato de trabajo. No depende de la legislación laboral, dado que ocupa una «zona gris» entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. Aunque son oficialmente «trabajadores por cuenta propia», estos trabajadores dependen económicamente de un solo empresario o cliente/empleador para la obtención de sus ingresos<sup>33</sup>. Este fenómeno debería diferenciarse claramente de la falsa utilización, de forma deliberada, de la calificación de trabajo por cuenta propia. Algunos Estados miembros ya han adoptado medidas legislativas para proteger la situación jurídica de los trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes y vulnerables<sup>34</sup>.

Si bien es cierto que estos enfoques han sido en cierta medida preliminares y parciales, reflejan no obstante los esfuerzos realizados por los legisladores, los tribunales y los interlocutores sociales para resolver los problemas que se plantean en este ámbito complejo. El «enfoque orientado» del Reino Unido, que introduce en la legislación laboral distintos derechos y obligaciones para los *employees* («empleados») y los *workers* («trabajadores») es un ejemplo de la manera en que determinadas categorías de trabajadores vulnerables con relaciones laborales complejas reciben derechos mínimos sin beneficiarse de la totalidad de los Derechos laborales que confieren los contratos de trabajo clásicos<sup>35</sup>. Los derechos relacionados con

la protección frente a la discriminación, la protección de la salud y la seguridad, las garantías de salario mínimo, así como la protección de los derechos de negociación colectiva, se han ampliado selectivamente a los trabajadores económicamente dependientes en varios Estados miembros. Otros derechos, en especial los relativos al preaviso y al despido, tienden a concederse únicamente a los trabajadores por cuenta ajena permanentes que hayan cumplido un determinado período de trabajo ininterrumpido.

A escala comunitaria, la reglamentación de las condiciones de trabajo de los agentes comerciales autónomos muestra que las normas del mercado interior pueden acercarse a determinados aspectos del Derecho laboral. Para garantizar la protección mínima de los agentes comerciales independientes en sus relaciones con sus poderdantes, la Directiva 86/653/CEE<sup>36</sup> contiene disposiciones relativas, entre otras cosas, al pago de su remuneración; las condiciones de transformación de los contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada; y la indemnización por el perjuicio causado por la terminación de un contrato.

Se ha defendido la introducción de determinadas obligaciones mínimas en todos los contratos de trabajo individuales de servicios efectuados por trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes<sup>37</sup>. Aunque aumenten la seguridad y la transparencia y garanticen un nivel de protección mínimo para los trabajadores por cuenta propia, estas obligaciones podrían limitar el alcance de estas disposiciones contractuales.

#### Preguntas

- 1 ¿Deben aclararse las definiciones jurídicas nacionales del trabajo por cuenta ajena y del trabajo por cuenta propia para facilitar las transiciones de buena fe entre el estatuto de trabajador por cuenta ajena y el de trabajador por cuenta propia y viceversa?
- 2 ¿Es necesario un «conjunto de derechos mínimos» sobre las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su contrato de trabajo? En su opinión, ¿cómo incidirían estas obligaciones mínimas en la creación de empleo y en la protección de los trabajadores?

### C) RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES

El desarrollo del trabajo mediante empresas de trabajo temporal ha conducido a la modificación de las legislaciones laborales de determinados Estados miembros para definir las responsabilidades respectivas del cesionario y de la empresa usuaria, con objeto de proteger los derechos de los trabajadores. La «relación de trabajo triangular» entre una empresa usuaria, un trabajador por cuenta ajena y una empresa de trabajo temporal corresponde por lo general a la situación en la que esta última contrata a un trabajador y después lo cede a una empresa usuaria para efectuar prestaciones en virtud de un contrato mercantil. La «dua-

lidad de empleadores» resultante aumenta la complejidad de la relación laboral<sup>38</sup>.

En la mayoría de los Estados miembros, el trabajo mediante empresas de trabajo temporal se rige por un conjunto de leyes, convenios colectivos y autorregulaciones<sup>39</sup>. La propuesta de la Comisión relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal busca establecer un principio de no discriminación que garantice a estos trabajadores un trato no menos favorable que los trabajadores «permanentes» de una «empresa usuaria»<sup>40</sup>.

Pueden plantearse problemas similares cuando los trabajadores se ven inmersos en largas cadenas de subcontratación. Varios Estados miembros han intentado solventar estos problemas mediante un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria de los contratistas principales con respecto a las obligaciones de sus subcontratistas. Este sistema insta a los contratistas principales a vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de sus socios comerciales. No obstante, se ha alegado que estas normas podrían reducir la subcontratación por parte de empresas extranjeras y, por consiguiente, afectar a la libre prestación de servicios en el mercado interior. La jurisprudencia reciente relativa al desplazamiento de trabajadores ha establecido que este sistema constituía una modalidad de procedimiento aceptable que permite salvaguardar el derecho al salario mínimo, a condición de que esta forma de protección de los trabajadores sea necesaria y proporcionada, y se ajuste al interés general<sup>41</sup>.

#### Preguntas

- 1 ¿Piensa que deberían precisarse las responsabilidades de las distintas partes en las relaciones laborales múltiples para determinar quién es responsable del cumplimiento de los derechos de los trabajadores? ¿Sería factible y eficaz recurrir a la responsabilidad subsidiaria para determinar esta responsabilidad en el caso de los subcontratistas? En caso negativo, ¿cree que existen otros medios que permitan garantizar una protección suficiente de los trabajadores participantes en «relaciones de trabajo triangulares»?
- 2 ¿Es necesario clarificar el estatuto de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal?

### D) ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La falta de acuerdo durante el Consejo extraordinario EPSCO de 7 de noviembre de 2006 muestra las especiales dificultades persistentes, en determinados sectores como la salud, con respecto a las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE y la jurisprudencia pertinente del TJCE<sup>42</sup>.

La Comisión está reexaminando actualmente la situación a la vista del bloqueo en el Consejo.

#### Pregunta

- 11 ¿Cómo se podrían modificar las obligaciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para ofrecer mayor flexibilidad a los empleadores

y a los trabajadores, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores? ¿Qué aspectos organizativos del ordenamiento del tiempo de trabajo debe abordar prioritariamente la Comunidad?

### E) MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES

La aplicación coherente del Derecho laboral de la UE puede verse amenazada, especialmente en el contexto de las actividades de las empresas y del suministro de servicios transnacionales, debido a la variedad de definiciones de trabajador que ofrecen las distintas directivas. Esto afecta especialmente a la situación de los trabajadores fronterizos<sup>43</sup>.

Con excepción del ámbito particular de la libre circulación de los trabajadores, la mayoría de los textos legislativos de la UE sobre Derecho laboral dejan a los Estados miembros la tarea de definir el concepto de «trabajador». Según algunas opiniones, los Estados miembros deberían mantener su autoridad para decidir la extensión de la definición de «trabajador» que figura en las distintas directivas. No obstante, esta referencia constante al Derecho nacional en detrimento del Derecho comunitario podría debilitar la protección del trabajador, especialmente si se tiene en cuenta la libre circulación. Las distintas definiciones de trabajador han planteado dificultades, especialmente en el marco de la aplicación de las directivas sobre el desplazamiento de los trabajadores y las transferencias de empresas. En tales circunstancias, los distintos alcances de las definiciones de «trabajador» difícilmente pueden conciliarse con los objetivos de política social de la Comunidad para lograr un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad para los trabajadores.

#### Pregunta

- 12 ¿Cómo pueden garantizarse en toda la Comunidad los derechos laborales de los trabajadores que efectúan prestaciones en un contexto transnacional, especialmente los trabajadores fronterizos? ¿Piensa que es necesario mejorar la coherencia de las definiciones de «trabajador» que figuran en las directivas europeas para garantizar que estos trabajadores puedan gozar de sus derechos laborales con independencia del Estado miembro en que se encuentren trabajando? ¿O estima que los Estados miembros deberían mantener su autoridad en este ámbito?

### F) ASPECTOS DEL CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y TRABAJO NO DECLARADO

Los mecanismos de control de la aplicación de la legislación deberían bastar para garantizar el buen funcionamiento y la adaptabilidad de los mercados de trabajo, evitar las violaciones de Derecho laboral a escala nacional y proteger los derechos de los trabajadores en el naciente

mercado del trabajo europeo<sup>44</sup>. En este contexto, el trabajo no declarado constituye un aspecto especialmente preocupante y persistente en nuestros mercados de trabajo actuales, relacionado a menudo con movimientos transfronterizos de mano de obra. Principal factor de dumping social, no sólo es responsable de la explotación de los trabajadores, sino también de distorsiones de competencia. En octubre de 2003, el Consejo adoptó una Resolución en la que instaba a los Estados miembros a resolver este problema<sup>45</sup>. Entre las medidas propuestas figuran medidas preventivas y sanciones, y también colaboraciones entre los interlocutores sociales y las autoridades públicas a escala nacional para luchar contra el trabajo no declarado. En la actualidad, estas medidas consisten en una mezcla de medidas de fomento de la transformación del trabajo no declarado en empleo regular; sanciones y multas; vínculos reforzados con el sistema fiscal y las prestaciones sociales; y una simplificación administrativa o fiscal.

Para la UNICE/UEAPME, el CEEP y la CES, este problema forma parte, en el marco del equilibrio que debe encontrarse entre flexibilidad y seguridad, de las cuestiones que deben ser objeto de un análisis común en el programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos para 2006-2008<sup>46</sup>.

Los ministerios de trabajo y sus servicios desempeñan una labor fundamental para controlar la aplicación de la Ley, recabar datos fidedignos sobre las tendencias del mercado de trabajo y la evolución de las formas de trabajo y de empleo, y adoptar sanciones efectivas y disuasorias para combatir el trabajo no declarado y las relaciones laborales ocultas. En el caso de los trabajadores móviles del transporte por carretera y marítimo, el carácter transnacional

y extraterritorial de estos sectores dificulta particularmente el control de la aplicación de la Ley<sup>47</sup>.

Es necesaria una cooperación más eficaz entre los distintos órganos gubernamentales de control de la aplicación de la Ley, en especial, la inspección de trabajo, la administración de la seguridad social y la administración fiscal. El fortalecimiento de los recursos y la mejora de las prácticas de estas autoridades de control y su colaboración con determinados interlocutores pueden contribuir a reducir las causas del trabajo no declarado.

Una cooperación administrativa reforzada a escala de la UE también puede ayudar a los Estados miembros a detectar y combatir los abusos e infracciones de las normas de Derecho laboral, garantizando de este modo el respeto del Derecho comunitario. El artículo 10 CE establece una norma general que impone a los Estados miembros y a las instituciones de la Comunidad obligaciones recíprocas de cooperación y asistencia efectivas y exige que adopten las medidas adecuadas para facilitar a la Comunidad el cumplimiento de su misión. Las prácticas ilegales de carácter internacional no hacen sino destacar la necesidad de una mayor cooperación a escala de la UE para mejorar las estrategias y los medios de inspección utilizados para analizar las prácticas y las condiciones de trabajo.

#### Pregunta

- 1 ¿Piensa que es necesario reforzar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes para que puedan controlar más eficazmente el respeto del Derecho laboral comunitario? ¿Piensa que los interlocutores sociales pueden desempeñar un papel en esta cooperación?

- 2 ¿Opina que son necesarias otras iniciativas a escala de la UE para sostener la acción de los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado?

## NOTAS

1. «Ha llegado la hora de acelerar». Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo 2006 de la Comisión Europea, p. 6 e Informe conjunto del Consejo y de la Comisión sobre el empleo 2005/2006, pp. 6 y 12

2. *Ibid.*

3. El estudio de investigación titulado «The Employment Status of Individuals in Non-Standard by Employment», de B. Burchill, S. Deakin, S. Honey, UK Department of Trade and Industry (1999), califica las formas atípicas de empleo como distintas del modelo de relación laboral «permanente» o de duración indeterminada construida en torno a la semana de trabajo a tiempo completo.

4. Jobs: Creating more employment in Europe. Informe del Grupo Europeo de Empleo, noviembre de 2003, p. 9.

5. *Ibid.*, capítulo 2, p. 30.

6. Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008) (adoptadas el 12.7.2005), [DO L 205 de 6 de agosto de 2005, p. 21].

7. El Derecho laboral no es el único factor pertinente en este contexto. 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 empleos con bajos salarios. En este sentido, un desplazamiento de la presión fiscal sobre el trabajo hacia el consumo o la contaminación también puede ayudar notablemente. El presente Libro Verde no aborda la inmigración económica, tema que trata la política común de inmigración.



8. Se invita a presentar contribuciones mediante el formulario electrónico que puede encontrarse en la siguiente dirección del sitio de la Comisión Europea: [http://europa.eu.int/yourvoice/consultations/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/yourvoice/consultations/index_es.htm).
9. Perspectivas de Empleo de la OCDE para 2004, capítulo 2, Normativa sobre protección del empleo y resultados del mercado de trabajo.
10. Informe conjunto sobre el empleo 2005-2006.
11. Comisión Europea, Programa de acción para la aplicación de la Carta, noviembre de 1989.
12. Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.
13. Directiva 99/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.
14. A petición de los interlocutores sociales, la Comisión encargó un estudio a Adalberto Perulli: «Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects» (2002).
15. COM(2002) 149 de 20 de marzo de 2002, que se presentó tras un intento frustrado de los interlocutores sociales por alcanzar un acuerdo, y modificada posteriormente por COM(2002) 701, de 28 de noviembre de 2002.
16. The Evolution of Labour Law (1992-2003), vols. I y II. Se elaboró un informe general con un panorama global de la evolución del Derecho laboral en la EU-15.
17. Véanse también las conclusiones finales de la conferencia de la Presidencia neerlandesa, Leiden, 2004: [http://internationalezaken.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp\\_document&link\\_id=44922#3738600](http://internationalezaken.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_document&link_id=44922#3738600)
18. Observatorio europeo de las PYME nº 7, Recruitment of employees: Administrative burdens on SMEs in Europe, 2002, p. 11.
19. Directrices para el empleo (2005-08): indicador del número total de trabajadores por cuenta ajena con contratos a tiempo parcial o de duración determinada y del número total de trabajadores por cuenta propia en porcentaje del número de personas con empleo, en base a la Encuesta de población activa de la Unión Europea, 2005, ESTAT.
20. El empleo en Europa, 2006, anexo estadístico. Los contratos de trabajo a tiempo parcial pueden ser de duración indeterminada y de terminada. Los últimos datos sobre la percepción de los trabajadores de sus condiciones de trabajo que figuran en el cuarto sondeo sobre las condiciones de trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo muestran que el 68 % de los trabajadores a tiempo parcial están satisfechos con su tiempo de trabajo, frente al 23 % que desearía trabajar más horas y el 9 % que desearía trabajar menos horas.
21. *Ibid*, también Relaciones laborales en Europa, 2004. El trabajo por cuenta propia es especialmente importante en Polonia, Hungría, Lituania, Letonia y Estonia en lo que se refiere a los nuevos Estados miembros de la UE, así como en el Reino Unido, Irlanda, Portugal y los Países Bajos.
22. Precarious Employment in Europe: A comparative study of labour market related risks in flexible economies. Informe final ESOPE, Dirección General de Investigación, 2004.
23. El empleo en Europa, 2004, p.15 y capítulo 4. Huelga decir que no todos los contratos atípicos pueden considerarse precarios.
24. El empleo en Europa, 2004, capítulo 4, p. 181.
25. El empleo en Europa, 2006, p. 181 y siguientes.
26. Véanse los comentarios sobre estos ejemplos citados en el Informe del Grupo Europeo de Empleo, pp. 33 y 35; y también las Perspectivas de Empleo de la OCDE para 2004, capítulo 2.
27. Véase el informe en línea del Observatorio europeo de relaciones industriales de agosto de 2006, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2006/05/articles/es0605019i.html>.
28. La Ley neerlandesa de flexibilidad y seguridad de 1999 introdujo una presunción legal obligatoria según la cual existe contrato de trabajo cuando se efectúa un trabajo para otra persona a cambio de una remuneración semanal o durante al menos veinte horas al mes durante tres meses consecutivos.
29. Tras la reciente celebración de acuerdos entre los interlocutores sociales en Irlanda y España, los Gobiernos de estos países han decidido aumentar el número de inspectores de trabajo.

30. Segunda carrera: salvar los obstáculos que encuentran los trabajadores asalariados que desean establecerse como autónomos o crear su propia empresa. Dirección General de Empresa, Comisión Europea (2004), pp. 8, 29-31.
31. Las organizaciones de interlocutores sociales han observado que el falso trabajo por cuenta propia, la oferta ficticia de servicios y el desarrollo de cadenas de subcontratación se utilizan para soslayar las restricciones transitorias para el acceso a determinados mercados de trabajo nacionales establecidas tras la ampliación. Véase el Informe sobre el funcionamiento de las disposiciones transitorias contempladas en el Tratado de Adhesión de 2003, COM(2006) 48 de 8.2.2006.
32. Por consiguiente, la Comisión se felicita por la adopción en junio de 2006 de una recomendación sobre la relación laboral con motivo de la 95ª sesión de la Conferencia internacional del trabajo, que insta a los Estados miembros, en consulta con los interlocutores sociales, a formular y adoptar políticas nacionales que permitan revisar periódicamente el ámbito de aplicación de su legislación y, si procede, clarificarla y adaptarla para garantizar una protección efectiva de los trabajadores con una relación laboral. Este instrumento no vinculante adopta un enfoque estratégico que permite a los Estados definir en su legislación y en su práctica la naturaleza y la extensión de la protección conferida a los trabajadores en una relación laboral.
33. Esto no implica que tales trabajadores se encuentren en una situación precaria.
34. Por ejemplo, Italia y Alemania han identificado el concepto de «trabajadores asimilables a los trabajadores por cuenta ajena» correspondiente a la noción de «parasubordinación» en Derecho civil. En Alemania, las modificaciones del Código social introducidas en 1999 para regular la situación de los trabajadores económicamente dependientes desde el punto de vista de la seguridad social se revisaron ampliamente en 2002 (véase *The Evolution of Labour Law*, Vol. 2 pp 151-153). Por su parte, España contempla la adopción de un Estatuto de los trabajadores por cuenta propia, incluidos los trabajadores económicamente dependientes, tras el acuerdo celebrado el 26 de septiembre de 2006 entre el Gobierno español y los principales representantes de los trabajadores por cuenta propia.
35. Documento de reflexión del Ministerio británico de comercio y de industria, julio del 2002; Véase también *Success at Work: Protecting Vulnerable Workers, Supporting Good Employers*, Ministerio británico de comercio y de industria, marzo de 2006.
36. Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.
37. Véase en especial Perulli, *op. cit.*, capítulo 3.
38. *Temporary Agency work in an enlarged European Union*, Fundación Europea, 2006, p. 1.
39. *Ibid.*
40. Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. COM(2002) 701.
41. A condición de que el sistema sea necesario y proporcionado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que el artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, interpretado a la luz del artículo 49 CE, no se opone al uso de este sistema como una medida adecuada en caso de incumplimiento de la Directiva. Véase la sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004 en el asunto C60/03 Wolff y Müller [2004] REC I-9553.
42. En particular las sentencias del TJCE de 3 de octubre de 2000 en el asunto C-303/98 (SIMAP) REC I7963; de 9 de octubre de 2003 en el asunto C-151/02 (Jäger) REC I-8389; y de 1 de diciembre de 2005 en el asunto C-14/04 (Dellas) REC I-10253.
43. Véase también la Resolución del Parlamento Europeo A5-0338/2000, DO C de 18.9.2001, 262, p. 148.
44. Véase el Informe de la OIT V(1) *La relación del trabajo* (2005), apartado 65. Véanse también las dificultades identificadas en el Informe sobre el funcionamiento de las disposiciones transitorias contempladas en el Tratado de Adhesión de 2003 y la Comunicación de la Comisión titulada «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», COM(2006) 159.
45. Resolución del Consejo relativa a la transformación del trabajo no declarado en empleo regular [DO C 260 de 29.10.2003].
46. Programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos, 2006-2008, 23 de marzo de 2006.
47. Directiva sobre el tiempo de trabajo en el transporte por carretera. Disposiciones sobre los trabajadores por cuenta propia y el período nocturno, próximo informe de investigación para la DG TREN.