

LA EXTERNALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés

A. INTRODUCCIÓN

Durante aproximadamente un siglo, desde 1870 a 1970, el Derecho del Trabajo ha sido fiel a sus orígenes y ha mantenido unas fronteras que, al menos en lo objetivo, se hallaban bien delimitadas, dedicado a una tarea de perfeccionamiento de los mecanismos de tutela del contratante más débil, de equilibrio de intereses entre trabajadores y empresarios, y de pacificación de las relaciones productivas. En los años setenta del pasado siglo XX comienza una diáspora de contenidos en el curso de la cual el Derecho del Trabajo pierde sus tradicionales fronteras para penetrar en territorios cercanos para colonizarlos total o parcialmente, de manera aparentemente errática y sin criterio, hasta llegar al momento presente, cuando las materias más dinámicas de esta legislación son precisamente las recientes –como no podía ser menos, por otra parte-, quedando las materias clásicas relegadas a una situación semiestática, donde los cambios a mejor o a peor se miden con cuentagotas.

En esa expansión el Derecho del Trabajo ha perdido también su identidad. Una pléyade de autores ha elucubrado sobre las nuevas fronteras y los nuevos nombres de esta rama del Derecho, y se ha llegado a hablar de «un consenso cada vez más difuso de que la disciplina del Derecho del Trabajo debe ser reformulada o reconfigurada...», pues se encuentra en marcha un proceso de reorientamiento de nuestra materia». El problema de una evolución tan profunda no solamente radica en la considerable confusión que arroja sobre la identidad y los fundamentos de la disciplina –piénsese a este respecto en la casi desaparición de los principios característicos de la misma, especialmente el de norma más favorable-, sino también en que «el paradigma dominante en el Derecho del Trabajo de la segunda mitad del siglo XX carece tanto de poder explicativo cuanto de poder normativo frente a las prácticas actuales».

El presente análisis trata de visualizar la evolución sufrida desde los años setenta y avanza algunas hipótesis sobre el trasfondo de esos cambios, con el

propósito de determinar si existe o no un hilo común, por delgado que sea, en el conjunto de los avances. Avances materiales que son, al mismo tiempo, retrocesos estructurales, como veremos claramente al terminar la exposición.

B. EL NÚCLEO ORIGINARIO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Cuando tratamos de determinar cuál puede haber sido el punto de partida de la legislación laboral, el primer impulso nos lleva a considerar que la materia prima, el centro de atención primario del legislador laboral ha sido el contrato existente entre el empresario y el trabajador. Siglos de historia jurídica polarizados alrededor de los contratos, desde el brocardo romano de que las obligaciones nacen *ex lege sive ex contractu et quasicontractu* nos inducen a pensar de este modo, hasta el punto de que la doctrina norteamericana contempla a la mayor parte de la regulación laboral dentro del extenso mundo de los contratos. El debate jurídico más antiguo suscitado en torno a la legislación laboral, a finales del siglo XIX, consistió precisamente en determinar la filiación contractual del vínculo entre trabajador y empresario, en una amplia reflexión en la que participaron los mejores juristas de la época, desde BARASSI a VON GIERKE y cuyo conclusión provisional, que no definitiva, terminó por considerarlo como un hijo robusto del de arrendamiento de obra o servicio.

Pero si la primera impresión puede llevarnos a tal puerto, en seguida lo ponemos en cuarentena ante la escasa importancia que el aspecto contractual tiene en Derecho del Trabajo. Y es que las obligaciones y derechos entre las partes han surgido normalmente de la ley o del convenio, como es bien sabido, mientras que las surgidas del pacto individual han tenido una importancia secundaria, cuando no han sido directamente inaplicadas en favor de las más favorables para el trabajador establecidas en aquellas otras fuentes. Hasta tal punto el contrato de trabajo ha estado siempre oscurecido por las normas legales y colectivas, que en algún momento se llegó a pensar por relevantes tratadistas que el Derecho del Trabajo pertenecía al ámbito del Derecho Público, donde las condiciones de trabajo quedan sometidas relevantemente al imperio de los mínimos legales, mientras que otros han afirmado de modo persuasivo que de cualquier forma se trata de un contrato de adhesión, en el que la voluntad del trabajador apenas interviene.

El legislador laboral dedicó muy poco tiempo al contrato de trabajo en los primeros decenios del maquinismo y la «cuestión social». El alba de la Revolución Industrial alumbró la primera legislación del trabajo obrero omitiendo flagrantemente toda referencia al contrato, ya fuera en las leyes de Master and Servant cuanto en las Leyes de Fábrica o las Gewerbeordnungen. En todos los países, y durante muchos años, la preocupación legislativa se orientó a regular las condiciones mínimas de trabajo, la edad de ingreso o la seguridad y salubridad

laborales, y cuando los primeros cuerpos de regulación general, como el Código de Trabajo francés, aluden al contrato de trabajo, lo hacen con breves trazos y en competencia con contratos específicos como el de embarco o el de aprendizaje. Todavía en Reino Unido el contrato individual de trabajo no asume la importancia que hoy día se le reconoce hasta 1963, con la Ley de Contratos de Empleo.

Tras lo dicho cabe decir sin temor a equivocarnos que el núcleo originario de esta rama del Derecho no fue el contrato de trabajo, y que las leyes laborales tomaron como punto de referencia no un único núcleo, sino dos. En efecto, al regular la jornada máxima, el descanso semanal o incluso el trabajo infantil y de la mujer, el legislador trataba de mejorar el contenido de la relación laboral, dando por supuesto que la entrada en la empresa y los pactos a los que pudieran llegar las partes individuales con tal motivo quedaban sometidos a una fuerte impronta unilateral. A diferencia de cuanto viene a ser común en Derecho Privado, el contrato constituye un apéndice o elemento secundario de la relación, y es ésta, en su conjunto de derechos y obligaciones para las partes, la verdaderamente determinante a la hora de calificar la naturaleza jurídica del vínculo existente. Diría más: al dar por sentada e incluso aceptar la primacía del empresario, el legislador dedica la mayor parte de sus cuidados a que la relación laboral progrese en unos términos aceptables y dignos para ambas partes, en un círculo vicioso en el que la voluntad del empresario pretende sustituirse en casos extremos con la voluntad de la ley, con escasa o nula atención a la libertad del trabajador.

Pero la relación individual no agota el interés del Derecho del Trabajo en esos primeros cien años. Hay un segundo foco de atención de esta materia, que simultáneamente constituye un sujeto y un objeto de la misma y que tiene mucho que ver con el carácter autopoyético de ella. Porque en realidad, el legislador llega bastante tarde a intervenir en las relaciones laborales, por cuanto el pensamiento liberal de *laissez faire* campea en esa época disuadiendo al Estado de intervenir en la economía, que debe seguir su curso para llegar al equilibrio natural entre los interesados. Los sindicatos de trabajadores, comenzando por el de sombrereros de Londres del siglo XVII, junto con los empresarios, establecerán las primeras «leyes de la industria» con sus tarifas salariales y jornadas máximas. El Ordenamiento intersindical establece sus propias reglas de funcionamiento, sus propios tribunales, sus propias sanciones a los infractores.

El Estado respalda a semejante Ordenamiento autónomo después de un primer rechazo, admitiendo la validez de las huelgas, dotando de eficacia supercontractual a los convenios, garantizando la actividad de los sindicatos, respaldando los organismos arbitrales creados por las partes. Precisamente en un caso importante, el de los jurados mixtos en Francia, Alemania e Italia, sus decisiones crearán normas generales para el sector en cuestiones como salarios mínimos, jornadas máximas, o rendimiento exigible. Las relaciones colectivas van a absorber otra gran parte de la atención del legislador y del Derecho del

Trabajo durante toda esa época, y en algunos países las normas estatales dedicadas a la promoción y control de lo colectivo tendrán mayor importancia que las escasas normas estatales referentes a las condiciones de trabajo.

El período antes descrito, que podríamos denominar *centrípeto* por cuanto concentra en los trabajadores típicos la fuerza de la legislación laboral, exhala el canto del cisne en 1968, con el mayo francés y los Acuerdos de Grenelle de 1968, dedicados a mejorar sustancialmente las condiciones de trabajo. Todavía los efectos de dicho período continuarían manifestándose a lo largo de las décadas siguientes, pero de forma cada vez más esporádica. En 1970 viene promulgada la Ley que podríamos considerar como inaugural del siguiente período, cuyas características permiten considerarlo como *centrífugo* en el sentido de producir una diáspora de las leyes laborales hacia otros campos que no son los clásicos. Me refiero al Statuto dei Lavoratori italiano y su consagración de una serie de derechos fundamentales del trabajador, como la libertad y dignidad de la persona del trabajador en la organización productiva, juntamente con otros derechos de corte típico. La relación laboral en sus dos vertientes, individual y colectiva, comienza a pasar a segundo plano merced a una serie de leyes cuyo objetivo no será tanto el intercambio de trabajo por salario, cuanto algún aspecto vecino o paralelo a ese eje central. Obsérvese que hablamos de la relación laboral en su conjunto y no de su parte más consistente, llamada del empleo estable, la relación laboral normal o el empleo típico, pues todavía las modalidades del contrato de trabajo, ya sea por tiempo indefinido, a término o a tiempo parcial, se sitúan en el núcleo de esta rama del Derecho. Las líneas de expansión o, si se quiere, de fuga del Derecho del Trabajo van en las siguientes direcciones, que a fuerza de contemplar reiteradamente un aspecto en principio lateral de lo que entendemos por tronco común llegan a erigirse en ramas cada vez más sustanciales de la normativa laboral:

1. La empresa en crisis.
2. La empresa dual.
3. Autónomos y semiautónomos.
4. El trabajador como persona.
5. El trabajador como sujeto mercantil.
6. El empleo público.

Analizaré seguidamente estos vectores, y terminaré con unas reflexiones sobre las posibles razones explicativas de semejante evolución en las últimas cuatro décadas.

C. LA EMPRESA EN CRISIS

Ya desde los años sesenta las empresas europeas de los sectores tradicionales como el siderúrgico, el textil, el naval o el automovilístico atravesaban

una profunda agonía ante la formación de un cártel petrolífero y la dura competencia de países asiáticos que habían alcanzado e incluso superado la tecnología más avanzada con costes de producción muy inferiores. El problema comenzó a resolverse a nivel sectorial, como ocurrió por ejemplo con las reconversiones industriales italianas y españolas, pero pronto fue necesaria una ley común para los aspectos más urgentes, que en el caso británico fue la temprana Redundancy Payments Act de 1965, o en el francés la Ley de 1975 sobre despidos por causa económica.

El objeto de estas regulaciones, así como de los acuerdos y convenios colectivos dedicados a la misma tarea, no consistía pura y llanamente en determinar una indemnización por despido, aunque las primeras leyes pudieran dar esa impresión. En la perspectiva global de la normativa, el súbito hundimiento del empleo acaecido en los países occidentales por el rápido ascenso de los precios del petróleo y la irresistible oferta de los productos asiáticos puso de manifiesto la debilidad de algunos grupos de trabajadores, como mujeres, jóvenes, o maduros, las ventajas desleales de la información asimétrica utilizada por los empresarios a la hora de despedir, o la falta de formación alternativa para esos parados sobrevenidos. Una nueva legislación sobre protección a las minorías raciales, madres, grupos desfavorecidos, formación profesional continua, suspensión del contrato, bolsas de trabajo y nuevas instituciones públicas de garantía surgen alrededor de lo que solo con el paso del tiempo aparecerá claramente como el centro de atención: la empresa en crisis y las secuelas laborales de tal situación. Los empresarios acuden a variadas fórmulas para hacer frente al crítico momento, y los despidos en masa, primera y más elemental reacción, pasan a ser una de las posibilidades de entre un conjunto de ellas en cuanto las normas endurecen el tratamiento.

Nada mejor para comprender esta línea evolutiva que situarnos en el plano comunitario europeo. Desde que Delors marca la pauta de una Europa Social, en 1974, tres Directivas se suceden en rápida sinergia para abarcar el conjunto de la empresa en crisis desde el ángulo laboral: la primera, la 75/129/CEE, sobre despidos colectivos, que deslinda su concepto frente a los despidos individuales y plurales y determina la obligación de preavisar «en tiempo hábil», suministrar información adecuada y «consultar» con los representantes de los trabajadores una solución pactada, así como notificar anticipadamente a la autoridad laboral el proyecto de despido.

Pero enseguida viene la Directiva 77/187/CEE, sobre traspasos de empresas, tendente a suavizar las consecuencias de una cesión precipitada o maliciosa de firmas o establecimientos en crisis, cuyos aspectos principales determinan la subrogación del empleador cesionario en los contratos de trabajo del cedente (con expresa prohibición de extinguirlos por el simple hecho de la transmisión), la información previa sobre las circunstancias del traspaso a los representantes de los trabajadores en ambas empresas, y el mantenimiento de la representación laboral de la empresa

y el establecimiento cedidos en caso de funcionamiento autónomo. Si bien hay normas especiales para los supuestos de quiebra o insolvencia bajo control judicial, y de crisis económica grave, asimismo bajo control del mismo tipo.

Poco tiempo después, la Directiva 80/987/CEE, sobre insolvencia de empresas, establece la obligación por parte de los Estados miembros de crear una institución de garantía financiada por los empresarios que asegure a los trabajadores el pago de al menos tres meses de los salarios impagados y de las indemnizaciones de terminación del contrato cuando el empresario sea declarado insolvente.

Como se ve, la protección de la relación laboral o de sus efectos (salarios debidos) conduce al establecimiento de relaciones triangulares, bien con otro empresario, bien con los poderes públicos, a fin de permitir una mejor solución a la crisis. La aparición del tercero significa, no tanto una limitación de los poderes del empleador en la relación laboral, cuanto el otorgamiento de poderes de intervención del tercero en dicha relación, ya sea de la autoridad laboral y de los representantes de los trabajadores, ya del nuevo empresario como subrogado forzoso en la relación, ya de la institución de garantía perceptora de cotizaciones para el hipotético supuesto de la insolvencia. Hasta el momento las normas laborales operaban mediante el establecimiento de mínimos o máximos, o con reglas de procedimiento debido, pero era rara la intervención personal forzosa. Seguramente el grado de esa intervención no alcanza el nivel del despojamiento de poderes que sucede en la declaración mercantil de insolvencia y concurso de acreedores, cuando el juez y los síndicos toman las riendas de la empresa, pero en el ámbito laboral supone una intensidad que solo viene superada por algunas instituciones compartidas de la seguridad y salud.

D. LA EMPRESA DUAL

Finalmente las turbulencias parecen quedar encauzadas a través de una fragmentación mediante la externalización de las actividades secundarias, o lo que es lo mismo, mediante la especialización de actividades, lo que ya de por sí exige un alto nivel de internacionalización y sofisticación tecnológica que permita transferir, primero, y ensamblar, después. Las empresas reducen tamaño y se coordinan con otras en la medida y cuando les resulta rentable. En este período centrífugo del Derecho del Trabajo, lo peculiar no va a ser, desde luego, el descubrimiento de las diversas figuras del *outsourcing*, pues en esta época sencillamente se produce una intensificación y normalización de lo ya conocido.

Lo verdaderamente peculiar del último cuarto del siglo XX va a ser la responsabilidad extracontractual de los empresarios coordinados por las deudas del titular de la relación con el trabajador. La elaboración legal y jurisprudencial de dicha responsabilidad tendrá visos tortuosos en muchos casos, como vemos en la doctrina del Tribunal Supremo español de declarar la responsabilidad de todo un grupo

de empresas por la actuación de una de ellas con sus trabajadores cuando el grado de cohesión entre las distintas firmas las convierte en la práctica en sucursales de la empresa principal, con dirección única, caja compartida y plantilla en común.

Se trata por lo común de una responsabilidad secundaria, para el caso en que el empresario titular no pueda satisfacer la deuda. En ocasiones los tribunales han sido audaces y han llegado a declarar la traslación de responsabilidad a una empresa cliente por los actos de una suministradora, cuando la primera podía imponer condiciones a la segunda que provocaban la situación sancionable, como ocurre en el caso británico Harrods Ltd. contra Remick, en donde los jueces condenaron a los almacenes Harrods por un caso de discriminación racial de una empresa franquiciada motivado por las condiciones impuestas por aquélla. En otros casos, los tribunales avanzan también hacia los grupos horizontales de empresa como en el caso Bofrost* del Tribunal Europeo de Justicia.

La externalización significa también el auge de las subcontratas, especialmente en la construcción, con una pirámide de empresas que alcanza con frecuencia los cuatro y cinco escalones, y en donde el empresario y el trabajador de estos últimos niveles consuman su relación mediatizados por las instrucciones y órdenes de los superiores, a veces sin una clara identificación del titular.

La dualidad de empresarios encuentra en las situaciones de préstamo de trabajadores un escenario de una gran intensidad, en donde la responsabilidad extracontractual (de la empresa usuaria por deudas de la ETT) viene acompañada por una división de poderes directivos, formativos, preventivos, representativos, etc., entre las dos, que solo queda atenuada en la práctica allí donde el trabajador realiza misiones breves, o en los países en donde la ley exige que la relación laboral con la ETT se celebre por tiempo indefinido.

Las redes de empresas, cada vez más frecuentes en mercados, centros comerciales, centros de mayoristas, lonjas, polígonos industriales, aeropuertos, etc., también han provocado la reacción del legislador en cuestiones de seguridad y salud, mediante servicios compartidos en los establecimientos de uso común.

La dualidad de empresarios lleva, como hemos observado, a compartir responsabilidades por parte de empresarios que nada tienen que ver jurídicamente con el trabajador, pero sí con el empleador de éste. Hablamos por ello de situaciones extracontractuales que permiten demandar a un empresario extraño por los actos del propio, a modo de efectos laborales de las relaciones mercantiles.

Sin embargo, no es el único resultado de la evolución del Derecho del Trabajo en este campo. El legislador o el juez no siempre esperan al estadio del incumplimiento de la obligación, sino que regulan algunas dualidades ya en el primer estadio de la obligación misma, según la tradicional distinción de las fases de Schuld und Haftung. En ciertos casos el empresario «extracontractual» viene investido de poderes directivos y de otro tipo que forman parte del contenido obligacional de la relación y que por ende están despojando al titular de ella,

como observamos en los poderes de la empresa usuaria respecto de la ETT. Asimismo, y sobre todo en el ámbito de la seguridad y salud, las condensaciones de empresas provocan respuestas del legislador imponiendo servicios y obligaciones comunes en donde cada empresario asume una parte alícuota de la organización y, en fórmulas variadas, de responsabilidad.

La externalización ha llevado al auge, sin duda alguna, de los casos de trabajadores autónomos y semiautónomos. Pero las pautas de ambas situaciones se mueven por derroteros distintos a los de la responsabilidad compartida, por lo que es mejor analizarlas en apartado distinto.

E. EL TRABAJADOR PERIFÉRICO

Durante toda la primera época del Derecho del Trabajo, el protagonista de la vida social y política fue el trabajador subordinado, mientras que el autónomo y semiautónomo quedaba relegado al oscuro ámbito de los contratos de obra o servicio, la actividad de los profesionales, y las llamadas «zonas grises». La enorme superioridad numérica de los asalariados se sumaba a la dinámica sindical y reivindicativa para destacar sobremanera la diferencia entre el empleado y el autónomo. Las cuestiones suscitadas por la actividad externa al ámbito laboral quedaban reducidas a problemas de identidad y de frontera entre el trabajo subordinado y una amplia gama de prestaciones personales independientes, la resolución de cuyos litigios indicaba si debía aplicarse o no la legislación laboral o bien la civil, mercantil, o administrativa.

En los primeros años ochenta, sin embargo, el número de autónomos comenzó a crecer significativamente como una manera de evadir la aplicación de las normas laborales y fiscales. Así, durante esos años pasan en Reino Unido de dos a tres millones aproximadamente. En ese momento surge la distinción entre quienes podían calificarse como autónomos de hecho y de derecho, y quienes lo eran solo a efectos jurídicos, al reunir las características legales de trabajador independiente, pero no a efectos económicos, dada su vinculación exclusiva o principal a un solo cliente. Estamos hablando, de cualquier modo, de personas que prestan su esfuerzo mental o físico en un servicio a otros, sin contar en principio con quienes asumen como contratistas un servicio u obra realizado a través de otros, cuyo distanciamiento con el trabajador subordinado se hace más amplio. Desde mediados de los años noventa, en algunos sectores como la construcción el número de obreros «independientes» alcanza cotas importantes en relación con los subordinados.

Paulatinamente el Derecho del Trabajo comienza a afectarlos en los aspectos más vitales: en Alemania, la ley federal de vacaciones de 1963 se aplica también a los parasubordinados, y la ley de convenios colectivos de 1969 permite negociar colectivamente y realizar huelgas a los autónomos cuando dependan económicamente de un solo cliente en al menos la mitad de sus ingresos, una perspectiva que ha tenido considerable repercusión práctica en el sector de emisoras de radio y televisión. En Reino Unido, las medidas de prevención de riesgos

laborales comprenden a los autónomos desde la ley de 1974, la igualdad de trato desde 1996, el salario mínimo desde 1998.

En algunos países los tratamientos normativos puntuales dejan paso a una regulación más global, reconociendo de tal forma la paulatina importancia de un supuesto que inicialmente tenía una mínima importancia. Así, en Italia el supuesto de la relación *cococo* (colaboración coordinada y continuativa) amplía su régimen desde su escueto artículo originario en el Código de Enjuiciamiento Civil a varios artículos en el Decreto Legislativo 276/2003, el cual exige la formalización escrita del contrato, una remuneración proporcionada, y la justa causa para resolver el contrato, entre otros derechos, aunque también establece deberes de reserva. En España, las aproximaciones puntuales en prevención de riesgos dieron paso a una ambiciosa ley 20/2007, Estatuto del Trabajo Autónomo, donde se distingue entre las normas dirigidas al trabajador autónomo en sentido propio (derechos fundamentales de igualdad, intimidad, tutela judicial, etc., y garantías como la acción directa contra el empresario principal en el caso de subcontratas), y las aplicables a los autónomos económicamente dependientes (los «trade»), entendidos como aquellos cuyos ingresos provienen de un solo cliente al menos en un 75 por 100, normas que contemplan principalmente la forma escrita del contrato, la negociación colectiva, vacaciones y descansos, justa causa para la extinción del contrato, y jurisdicción laboral.

F. EL TRABAJADOR COMO PERSONA

Durante el primer período del Derecho del Trabajo, el trabajador es contemplado como la contraparte de la relación laboral, quien detenta la fuerza física o mental que pone a disposición del empleador, y cuya potencialidad debe protegerse. Sus necesidades como persona o, si se quiere, como individuo, vienen cubiertas mediante las normas de prevención de riesgos y de seguridad social, y solo algunas precisiones puntuales van más allá de lo elemental al exigir un trato digno en ciertos casos, como por ejemplo los registros.

La dispersión del segundo período comienza hasta cierto punto como una secuela de la intensa campaña pro derechos civiles de los años sesenta en Estados Unidos y con la hermosa legislación kennedyana al respecto. Y digo hasta cierto punto, porque si bien la norma europea pionera en reconocer los derechos civiles de los trabajadores aparece tan próxima a aquella como en 1970 -Estatuto de los Trabajadores italiano-, el impulso sindical del mayo francés de 1968 y del otoño caliente italiano de 1969 le otorgan un carácter muy distinto al de la pugna racial norteamericana y la resistencia juvenil a los empeños bélicos del gobierno USA. De cualquier modo, lo importante a nuestros efectos consiste en que el tipo de disciplina imperante en las fábricas masificadas del fordismo se resquebraja con la crisis de esa época y aparece un nuevo tipo de empresa reducida y ágil, con una plantilla mínima del núcleo de actividad. Al tiempo que la

gran empresa y los sindicatos de masas comienzan su calvario, el espacio laboral típico pasa a permitir un conocimiento cabal de la contraparte, y lo que en principio parece un reconocimiento de la identidad específica de cada trabajador en su relación laboral, paulatinamente terminará convirtiéndose en un aliento de independencia y de reafirmación de su individualidad.

Los derechos fundamentales de la persona poseen una textura *erga omnes*, oponibles con carácter general, y proceden de la Constitución. Hasta cierto punto son externos al contrato de trabajo y no contemplan al trabajador como contraparte de la relación laboral, sino como individuo en su plenitud de *cives*, pues hacen referencia a las libertades individuales del primer nivel de los derechos que trazan, según Jellinek, un *status libertatis* frente a todos. Pensados como defensa del individuo frente al poder político, era lógico hasta cierto punto que su tutela penetrara también en los ámbitos del poder económico, una vez aceptada la *Drittwirkung* para algunos derechos fundamentales de segunda generación, como los de libertad sindical y huelga.

Semejante circularidad y al mismo tiempo autosuficiencia de los derechos fundamentales viene calificado con fortuna por el legislador francés en las leyes Auroux de 1982, que pretenden hacer «ciudadanos en la empresa» mediante la protección de las libertades en la misma, sobre todo de la libertad de expresión, en un haz de derechos denominados por la doctrina como «ciudadanía en la empresa», y también gracias al desarrollo de las instituciones de representación, a través de derechos denominados de «ciudadanía de la empresa».

Pero sin duda el derecho fundamental con mayor expansión durante las primeras décadas del segundo período no va a ser ninguno de los típicos que se conocen como derechos de la personalidad, sino justamente uno que podría perfectamente haber surgido en el primer período del Derecho del Trabajo, más propenso a las grandes categorías de trabajadores: numerosas leyes en todos los países reconocen la igualdad de derechos (laborales) entre hombres y mujeres, así como la prohibición de discriminaciones por razón del género.

Hasta qué punto la igualdad de género arranca en la etapa anterior para adquirir un carácter híbrido, a medio camino entre derecho de la personalidad y derecho laboral, nos lo muestra su aparición en el Tratado Fundacional Europeo de 1957, en donde queda reflejada como igualdad de *retribución* de la mujer trabajadora. Como en casi todos los derechos laborales reconocidos a nivel europeo, surge del recelo de los países que ya lo tenían reconocido en su legislación frente al posible el *dumping* social de los países sin tal derecho. El tema tendrá su desarrollo en la Directiva sobre igualdad salarial 75/117/CEE, seguida de inmediato por la Directiva sobre igualdad en el empleo y condiciones de trabajo 76/207/CEE, completada por la Directiva 97/80/CE, sobre carga de la prueba. Y al igual que en la legislación nacional de los Estados miembros, de la igualdad de género se pasa de seguido a reconocer la igualdad *laboral* entre todos los trabajadores, con independencia de razas, religiones, minusvalías, etc.

El reconocimiento de los derechos de privacidad, dignidad, intimidad, expresión, etc., como se ha dicho, va a tardar bastante más, a pesar de su reconocimiento solemne en leyes paradigmáticas. Vendrá de la mano de los nuevos poderes de vigilancia y control de los empresarios, cuando el uso y abuso de los medios audiovisuales por ambas partes, primero, y la normalización informática, después, coloquen la relación laboral en un plano de transparencia que ha sido descrito por DÄUBLER como «cristalino», y por otros autores como abocando a una «empresa panóptica».

G. EL TRABAJADOR COMO SUJETO MERCANTIL

La mediación pública en el empleo a través de las oficinas de colocación perseguía durante la primera fase ofrecer un *servicio* a los desempleados para que pudieran obtener un nuevo puesto de trabajo, con información sobre las ofertas y demandas existentes en el mercado de empleo. Durante el tiempo de transición se facilitaba al desempleado una ayuda económica por parte de la Seguridad Social. En los momentos culminantes de la primera fase, los servicios de empleo llegaron a tener una facultad de imponer a las empresas los nombres de los que iban a ser contratados, aunque solo en algunos países y para algunos grupos de trabajadores especialmente desfavorecidos. En otros casos quedaba establecido un derecho preferente a la colocación de minusválidos que se hacía efectivo mediante la lista especial que figuraba en el servicio de colocación correspondiente. De cualquier modo, la mediación pública altamente centralizada que surge en Reino Unido y Países Bajos en los albores de la Segunda Guerra Mundial y se perfecciona en todos los países europeos después de ella, pretendía sustituir al mercado de las empresas de colocación privadas, cuyos abusos habían llevado a la OIT a adoptar los Convenios 2 (1919), 34 (1934) y 96 (1949). El sistema llega a su cénit con el establecimiento de monopolios públicos que prohibían la colocación entre privados, especialmente a las empresas de trabajo temporal (ETTs).

El desmoronamiento de aquel sofisticado sistema, que por lo demás no había dado los resultados apetecidos en punto a eficacia, ocurre a partir de los masivos cierres de empresas y los despidos multitudinarios de los años setenta, cuando el monopolio público de la colocación queda ampliamente desbordado por las cifras, y surgen soluciones anteriormente negadas, como de nuevo las ETTs –aunque ahora sometidas a ciertos controles– en un importante grupo de países. El monopolio público comienza a permitir, junto a la intermediación de esas empresas de trabajo temporal, la mediación de un cierto número de organismos colaboradores, desde los Ayuntamientos a los sindicatos, de manera que su papel cae paulatinamente a coordinar y orientar los múltiples vectores del servicio en sentido amplio, y uno tras otro los distintos países terminan por declarar abolido el régimen monopolístico.

El cambio más profundo que se produce con el Derecho del Trabajo centrífugo proviene de los países anglosajones y su visión religiosa de la salvación por

uno mismo. Durante toda la década de los setenta llegan al poder en Estados Unidos y en Reino Unido sendos gobiernos conservadores que se esfuerzan en declara abolido el Estado de Bienestar a través de una furiosa campaña de desacreditación de los trabajadores en paro. Su líder intelectual, el economista Milton Friedman, nos ha dejado páginas muy sesgadas del abuso en los servicios sociales de su país. De la mano de estos gobiernos se extiende por todo el ámbito anglosajón un nuevo enfoque que finalmente aterrizará en la Unión Europea y en el que el desempleado deja de ser alguien que ha perdido su relación laboral y necesita ayuda durante la transición, para convertirse en un administrado que se encuentra ocioso y le está costando al Estado una prestación sin nada a cambio. Semejante enfoque pragmático y hasta cínico de las relaciones de empleo pierde de vista al trabajador en la empresa para considerarlo como un individuo pasivo al que se debe «activar» para hacerlo productivo y ahorrar costes. Desde un punto de vista técnico, además, solo puede exigirse una contraprestación al desempleado cuando percibe prestaciones no contributivas –asistenciales-, pues las contributivas, como su nombre indica, reflejan el mecanismo del seguro, que es oneroso mediante las cotizaciones realizadas anticipadamente.

La «activación» utiliza tres mecanismos principales: por una parte, el endurecimiento de los requisitos para disfrutar de prestaciones de la Seguridad Social; por otra, el sentido de que a cambio de tales prestaciones el parado debe responder con alguna contraprestación, bien sea en trabajos de interés público, bien en su asistencia a cursos formativos; por último, el cambio de perspectiva de que lo importante en los servicios que presta el Estado a estos ciudadanos no es la prestación de la Seguridad Social, sino las medidas de política activa de empleo en sus múltiples facetas de orientación, formación, control...

Pronto surge el concepto de «workfare» para sustituir al de «welfare», que podríamos traducir en un sistema de protección condicionada. En un feliz juego de palabras, Standing señala cómo la política laboral de numerosos países evoluciona desde una estrategia de los derechos del trabajador hacia el derecho a trabajar y, en la perspectiva del workfare, hacia el deber de trabajar. Las medidas de workfare urgen a hacer productivo cuanto antes al desempleado, y para ello todos los recursos de control, seguimiento, exigencias de cursos, deber de aceptación de ofertas, se ponen en marcha. En Europa el nuevo enfoque aparece en Reino Unido, como se ha dicho, seguido por los países escandinavos.

En definitiva, lo que era una asistencia durante un período de necesidad se convierte en un enérgico impulso, casi compulsión, para hallar empleo.

Al mismo tiempo se produce lo que en terminología anglosajona se denomina *hollowing out*, literalmente «vaciamiento» del Estado de Bienestar, en un sentido muy distinto al que expresa su traducción literal: el Estado no puede continuar asumiendo los servicios sociales en semejante época de globalización económica, y los descentraliza en todas direcciones, hacia ayuntamientos, entidades sin

ánimo de lucro, agencias y otras organizaciones e instituciones. Una multitud de entidades asumen funciones de mediación, formación y control en el ámbito del mercado de empleo, y en este nuevo ámbito expandido el trabajador adquiere una situación como sujeto de ese mercado en donde la raíz laboral pierde fuerza al ver compartido su espacio con los programas de formación y perfeccionamiento, la relación aseguradora de las prestaciones por desempleo, las relaciones tutoriales de orientación, seguimiento y control, e incluso la relación sancionatoria por incumplimiento de obligaciones. En algunos países se crean cátedras específicamente dedicadas al mercado de empleo, y nace un debate científico muy especializado sobre la materia: puede decirse que ha nacido una nueva disciplina científica.

El impulso de la Unión Europea se ha dejado sentir en dos etapas casi simultáneas. En un primer momento asume algunas ideas próximas al *workfare* en su Estrategia con la que pretendía llegar al pleno empleo, haciendo especial hincapié en reforzar la «empleabilidad» del trabajador mediante programas formativos y de orientación del desempleado, así como en dar una opción al desempleado al cabo de seis o de doce meses, según la edad. Luego, en su Informe sobre el Empleo del año 2003 adopta con entusiasmo las medidas de flexiseguridad que venían siendo ensayadas en Países Bajos y Dinamarca.

El trabajador en cuanto sujeto del mercado de empleo no se encuentra vinculado al empresario ni sostiene una relación laboral en sentido estricto, aunque algunas medidas de activación se le asemejan. Sus perspectivas pueden llevarle al empleo subordinado, pero también al autónomo o semiautónomo, a una relación funcional o profesional o, en fin, a un período de estudios más o menos largo.

H. EL EMPLEO PÚBLICO

En casi todos los países europeos el trabajo en las Administraciones Públicas se sujeta a normas diferentes a las del Derecho del Trabajo. La diferencia es aún más acusada allí donde se conserva una relación de confianza especial entre el servidor público o funcionario y su respectiva Administración, traducida en una inamovilidad en el empleo y en ciertas prerrogativas que a cambio limitan el haz de derechos del empleado público, por ejemplo en tema de huelga o de negociación colectiva. Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Portugal o España han mantenido separados al funcionario, fonctionnaire, funcionário o Beamte, vinculado a su Administración por una relación de Derecho Público, del trabajador subordinado con relación laboral. En otros países, la relación de los servidores públicos se sujetaba al Derecho Común, asimismo fuera del Derecho del Trabajo.

Durante decenios, la relación especial del funcionario se mantuvo incólume a pesar de la masificación que los servicios públicos sanitarios, sociales, asistenciales, aseguratorios y educativos causaron en lo que había sido un tablero nítido de escalas y grupos dedicados esencialmente al ejercicio de potes-

tades públicas. Todavía en 1982 el Tribunal Constitucional español entendía tan obvia y pacífica la diferente naturaleza de la relación laboral estricta y de la funcionarial, que la propia Constitución la reflejaba remitiendo a leyes distintas la regulación de una y otra. La mencionada masificación del Estado de Bienestar condujo por diversos medios a una proletarización de los funcionarios, obligando a extenderles una parte de las normas laborales, en parte beneficiosas, en parte perjudiciales. El problema se agravó cuando las Administraciones optaron por contratar personal en régimen laboral, y esos trabajadores llegaron a sumar la mayoría de la relación de puestos de trabajo en bastantes entes públicos: así, Alemania durante los años ochenta alcanzaba el 60 por 100 del total del empleo público en régimen laboral, frente al 40 por 100 en régimen funcionarial, y en España el propio legislador justificaba la reforma administrativa por el «porcentaje significativo» de trabajadores ocupados en el sector público, especialmente en los entes locales.

La expansión del Derecho del Trabajo hacia el ámbito funcionarial toma un fuerte impulso en la década de los ochenta con el movimiento de la Nueva Gestión Pública procedente de Estados Unidos y auspiciado por la OCDE, el cual postula aplicar los principios gestores de la empresa privada a la Administración, especialmente la flexibilidad y la agilidad. Dos fórmulas de expansión del Derecho del Trabajo hacia los funcionarios podemos advertir en los últimos tiempos:

- a) La aplicación de amplios conjuntos de normas laborales a este colectivo.
- b) La privatización de los mismos en una relación laboral especial.

En la Unión Europea el viejo Reglamento de Funcionarios 259/68 ha sido también sustituido por nuevas normas en 2004, completando un ambicioso plan de modernización laboral, pues como indica la propia Comisión Europea, «los procedimientos de gestión, la contratación de personal, la promoción y evaluación del mismo, su formación y la atención social no cumplían ya los parámetros actualmente demandados por una administración moderna y dinámica».

I. CONCLUSIONES: EL SENTIDO DE LA EXTERNALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Como toda expansión, el fenómeno que viene sufriendo la materia laboral no deja incólume a su esencia, sino más bien la hace evolucionar para adaptarse a los nuevos ámbitos y recibe de ellos fuertes influencias que ponen en peligro su perfil característico. Atrás quedaron, a lo que parece, los principios generales que la habían caracterizado durante un siglo, aunque nunca han sido derogados formalmente porque en la mayor parte de los casos habían nacido al calor de las sentencias. Por ello no podemos afirmar en buena lid que el Derecho del Trabajo aumenta su campo de aplicación y por ello adquiere mayor importancia en la cosmogonía de las ramas del Derecho, porque la externalización acabada

de ver se acompaña de una ostensible agonía de cuanto hemos conocido como legislación protectora de una clase social. La paulatina adición de derechos para los trabajadores no tiene lugar en esas nuevas extensiones laborales, sencillamente volcadas en ajustar las reglas de intercambio de prestaciones y el equilibrio de intereses. Ni siquiera podemos afirmar que el Derecho del Trabajo ha convertido en trabajadores a nuevos colectivos mantenidos al margen hasta entonces, porque las nuevas normas «olvidan» aplicar trazos sustanciales del viejo ordenamiento, componiendo un panorama cada vez más aséptico o menos comprometido con la igualdad de trabajadores y empresarios.

El mundo anglosajón, que tantas iniciativas ha asumido en la nueva fase centrífuga del Derecho del Trabajo, nos viene dando desde hace algunos años una nueva pista sobre el que podría ser el nuevo papel de nuestra disciplina: la actividad productiva personal en sus diversas facetas, que desde luego contemplan al contrato de trabajo como una de sus posibilidades. Una propuesta no aislada, desde luego, pues desde hace también décadas se viene hablando en el continente europeo de la ampliación del Derecho del Trabajo hacia el trabajo autónomo para convertirlo, en definitivas cuentas, en un Derecho del Trabajo sin adjetivos, en la ya célebre frase de M. D'ANTONA.

La *secularización* de las normas dedicadas al trabajo humano no nos llevan al Derecho Civil, como tampoco se trata de insertar finalmente el contrato de trabajo en el Derecho de Contratos de esa rama del Ordenamiento. En este sentido, la teoría de los sistemas sociales, y en particular Niklas LUHMANN, nos enseña cómo la sociedad se hace cada vez más compleja para dividirse en subsistemas, en una evolución donde la diversificación y la diferencia actúan a manera de «big-bang». Pero es que, a mayor abundamiento, las normas sobre el empleo subordinado nunca han pertenecido al Derecho Civil, como modernas investigaciones británicas y francesas van poniendo de manifiesto, porque sus orígenes no están en el contrato de arrendamiento de servicios, sino en un «contrato de industria» autoritario que surge en las fábricas durante el siglo XIX para ser dulcificado por los convenios colectivos, los tribunales y las leyes, en lo que a partir de 1885 merecería el nombre con el que hoy le conocemos. La legislación laboral marcha, por todo ello, hacia su conversión en el Derecho Común del trabajo humano en cualquiera de sus facetas, con contenidos como la seguridad en el trabajo, los descansos y jornadas, las vacaciones, la formalización del vínculo y de su extinción, etc.

Su gran rival del futuro no parece que vaya a ser el Derecho Civil, sino el Derecho Mercantil. Al menos los indicios de ello aparecen claros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en donde los derechos de huelga, de negociación colectiva o de igualdad de trato aparecen contrastados y limitados por libertades empresariales en sentencias como la Albany, Viking, Laval o Rűfert.