

LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL RETROCESO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Jaume Admetlla Ribalta

Inspector de trabajo y Seguridad Social

Inspecció de Treball de Catalunya

La reforma masiva de la legislación laboral “padecida” en estos últimos años ha venido a agitar nuevamente la idea de la crisis de identidad del Derecho del Trabajo, una idea que, ciertamente, no es nueva, y que se viene planteando, al menos, desde la última década del siglo pasado.

Hablar de “crisis de identidad”, sin embargo, implica otorgar al Derecho del Trabajo una serie de rasgos identificativos propios, que lo definen más allá del ámbito de la realidad que es el objeto de su regulación, como si además de definirse en función de esta última, el derecho laboral lo hiciera por los particulares principios y perspectiva que adopta su regulación, y cualquier cambio en esa perspectiva le hiciera perder su esencia (que básicamente se resume en ese principio al que tantos operadores de esta rama del derecho nos aferramos como un mantra: el del carácter tuitivo del derecho del Trabajo).

No parece que otras ramas jurídicas tengan este mismo problema. Nunca oí hablar de la crisis de identidad del derecho tributario. Ni del civil, penal, o administrativo. No parece que esas ramas jurídicas estén sometidas a principios que les doten de una identidad susceptible de entrar en crisis.

Lo más probable es que esto tampoco suceda con el derecho laboral. En un artículo de hace un par de años, Antonio Loffredo revelaba que “la aproximación a la historia del derecho que ahora estudio me ha ayudado a comprender que éste nunca fue el que yo pensaba, desmontando también la razón misma por la cual me aproximé al derecho del trabajo, es decir, la ilusión de que pudiera tratarse de un derecho nacido para tutelar a los más débiles¹”.

¹ Antonio Loffredo: *La identificación entre contrato y Trabajo en los orígenes y en la actualidad del derecho italiano*” (Revista de Derecho Social, num. 68, 2014).

Por tanto, quizá no se trata de una crisis de los principios del Derecho del Trabajo (“estos son mis principios”, decía Groucho Marx, “pero si no le gustan tengo otros”), sino más bien de una manifestación concreta y parcial de la crisis actual de las relaciones entre Estado y sociedad, situación en la que viene a producirse un redimensionamiento brutal del estado social y democrático de Derecho.

En este sentido, lo que se observa no es tanto un retroceso de los derechos de los trabajadores (que también), sino una modificación sustancial del papel que el Estado juega para corregir las situaciones de desigualdad. En definitiva, simplificando mucho, una “redefinición”, por decirlo de manera suave, de la cláusula del Estado social de derecho que la Constitución Española reconoce en su artículo 9.2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Una cláusula parecida a la de la **Constitución italiana**: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Y a la de **la portuguesa** cuando define como misión fundamental del Estado la de “Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mediante la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales”². No aparece esta cláusula en otras constituciones europeas, y tampoco, por cierto, en el borrador de Constitución catalana encargado por los partidos soberanistas a Santiago Vidal.

² Esta última fórmula, por cierto, ha venido a substituir a la original de la Constitución de 1976 : “socializar los medios de producción y la riqueza, mediante formas adecuadas a las características del actual periodo histórico, crear las condiciones que permitan promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo, especialmente de las clases trabajadoras, y abolir la explotación y la opresión del hombre por el hombre”.

El principio pro operario y el conjunto de normas aplicativas que de él derivan, es, estrictamente eso: un principio rector de la aplicación de la normativa. Pero la normativa en sí misma no va ligada a principio inmutable alguno, sino que hoy, como ayer, tiene por objeto formalizar jurídicamente una determinada estructura, y en este caso concreto, unas determinadas relaciones de poder que se dan en las relaciones de trabajo.

El problema, por tanto, reside en que los poderes públicos no estén cumpliendo con el mandato del artículo 9. Es así de simple: todas las estadísticas e informes, oficiales u oficiosos, sobre la situación económica española actual, coinciden en resaltar que la desigualdad ha crecido y no para de crecer. El informe publicado por Oxfam Intermon en enero del presente año, ponía de manifiesto que España era el país de la OCDE en el que más había crecido la desigualdad, tan solo por detrás de Chipre, proporcionando cifras alarmantes de pobreza y riesgo de exclusión. Cifras parecidas ofrece el Observatorio Social de España. Si existe un alto nivel de desigualdad y una alta tasa de exclusión social (cercana al 29 %), no quiere decir que el mandato a los poderes públicos del artículo 9.2 no se esté cumpliendo, pero sí pone en evidencia que las actuaciones de éstos no están resultando efectivas.

Traer a colación la cláusula del Estado social, desde la perspectiva de un inspector de trabajo como yo soy, no es baladí: la reciente ley ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley 23/2015, de 21 de julio, se remite directamente a ella en su artículo 1.2: **“La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias, lo que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo”**. No es una novedad: ya se expresaba así en la anterior ley

ordenadora, la de 1997³, dictada, sin embargo, en un contexto económico y social distinto.

Que esta cláusula se haya mantenido, significa que el legislador ha querido salvaguardar esta configuración de la Inspección como un instrumento de los poderes públicos para desarrollar esa acción positiva en aras de la igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos en que se integra, al menos por lo que respecta, modestamente, a la parcela que le incumbe: la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y la conciliación, la mediación y el arbitraje en dichas materias.

¿Qué es entonces lo que falla? ¿Por qué percibimos que hay una quiebra en la aplicación de los principios rectores del Estado social dentro del ámbito del derecho laboral?

Sin duda esa ruptura puede ser analizada desde diversos frentes, señalándose diversos factores como causa de esta situación. De esos factores, elijo, desde mi propio punto de vista, tres:

1. El contenido material de la normativa laboral:

En una reciente ponencia⁴, Verónica Martínez, Inspectora de Trabajo, analiza la nueva normativa de diversas modalidades contractuales temporales, verificando la desnaturalización de la finalidad de las mismas, convertidas acaso más en un instrumento de creación de empleo precario que en un medio de adaptar la contratación a necesidades empresariales puntuales reales. Lo más relevante, a mi juicio, de la brillante ponencia, es la constatación de que esta desnaturalización no se produce únicamente a consecuencia de maniobras fraudulentas del empresario, sino que ya está presente en la propia regulación de estos contratos. Como anécdota, la Inspectora refiere un supuesto real, en el que acude a una estación de servicio para investigar una denuncia de jornada de los contratados con contrato para la formación y el aprendizaje. Verifica que aproximadamente la mitad de la plantilla, de 8 personas, tiene

³ Con un redactado idéntico.

⁴ Verónica Martínez, "El empleo precario. Análisis de las modalidades de contratos atípicos", ponencia presentada en las Jornadas de Xustizia e Sociedade, Vigo, 2015 (publicado en la revista de la ACJD, febrero 2016).

contrato de formación, y que la empresa lleva 10 años cubriendo así ese 50%. Le acreditan formalmente la formación y los aprendices declaran que su jornada no excede la legal: no hay posibilidad de realizar ninguna actuación sancionadora. Puesto que la empresa lleva 10 años en esta situación, parece presumible que la misma está cubriendo necesidades permanentes con contratos temporales. Pero faltan en la ley elementos que permitan incrementar la eficacia de la actuación inspectora, sea a través de presunciones derivadas de un conjunto de indicios (porcentaje de trabajadores fijos, falta de nuevas contrataciones indefinidas mientras se concertan contratos para la formación con distintos trabajadores sin solución de continuidad), ya sea a través de prohibiciones directas de contratación o duración.

La misma inspectora, en la misma ponencia (ya se me dispensará el atraco), se refiere a la creación de la figura de los TRADE (que se remonta al año 2007), que vino a poner en cuestión uno de los elementos nucleares de la diferenciación entre trabajo asalariado y trabajo autónomo: la dependencia⁵. El reconocimiento normativo de una figura situada hasta ese momento en una zona gris (de manera que en función del peso de los indicios presentes en el caso concreto, el encuadramiento se hacía en uno u otro régimen), complica mucho la diferenciación de los TRADE y los trabajadores por cuenta ajena, cuando menos desde el punto de vista de la actuación inspectora que persigue la figura fraudulenta de los falsos autónomos. Como elocuentemente muestra Verónica Martínez en su trabajo, las características que la normativa atribuye al TRADE coinciden en muchos casos con los indicios tradicionales de laboralidad recogidos en la jurisprudencia (dependencia de un solo empleador, dependencia económica, instalaciones propias, etc.).

⁵ Con anterioridad, el legislador ya había incluido entre las exclusiones del ámbito del Estatuto de los Trabajadores a los transportistas “aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador” (art. 1.3.g) ET). Con esta exclusión se venía a reconocer en un ámbito económico, el del transporte, un régimen peculiar de “trabajo autónomo dependiente” que reunía notas claramente comunes a la relación laboral por cuenta ajena, y que tanto en vía judicial como directamente a través de las actuaciones de la Inspección de trabajo, se venía considerando un “falso autónomo”.

En definitiva, lo que se pone de manifiesto es la ineficacia de los instrumentos de control si la propia normativa material no incorpora elementos que permitan ejercer ese control y evitar el fraude.

2. Nuevas fórmulas de fraude laboral:

La desregularización en el ámbito laboral propicia, a su vez, la aparición de nuevas formas de fraude, entre las cuales quiero destacar algunas figuras vinculadas, sobre todo, a la descentralización productiva (la cual ha devenido un auténtico rasgo característico de la actividad productiva en casi todas las ramas).

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico ampara la subcontratación de obras y servicios, si bien estableciendo una serie de cautelas que vinculan a la empresa principal con las responsabilidades de las empresas contratistas y subcontratistas, pero siempre sobre la base de la “realidad” de estas empresas. La ley prohíbe taxativamente en el artículo 43 la contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa, salvo a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Mediante el juego tanto de este artículo como del propio artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, y dejando al margen el supuesto de las ETT, la norma viene a exigir que la apariencia formal de la relación laboral coincida con la realidad material de la misma.

Desde la experiencia de la Inspección, es posible identificar diversos supuestos de fraude, pero aquí quiero limitarme a comentar dos:

- La utilización de cooperativas de trabajo asociado como subcontratistas:

Es un supuesto particularmente frecuente en el sector cárnico. Originalmente se trataba de cooperativas con un gran movimiento de altas y bajas de socios trabajadores que prestaban servicio en el centro de trabajo de la principal, sin diferenciación aparente con los restantes empleados, sometidos a las órdenes de sus mandos intermedios y al mismo régimen de prestación del trabajo que los restantes trabajadores. Técnicamente, conjugando los elementos de dependencia, ajenidad, medios o función empresarial, se alcanzaba la

conclusión de que se estaba ante una cesión ilegal de trabajadores. El problema residía en que, por definición, una cooperativa no puede “ceder” a sus socios cooperativistas, que no son trabajadores, sino gestores de su propia empresa. Así las cosas, o bien había que concluir que no había fraude (pese a la obvia insatisfacción de esta conclusión), o bien había que destruir la ilusión formal de la cooperativa y entender que los trabajadores lo eran, realmente, de la empresa principal. Y ello requería probar que la cooperativa no era realmente tal.

Las prácticas de este tipo de cooperativas se han ido modificando, adaptándose a los requisitos que la jurisprudencia ha ido estableciendo para considerar que la subcontratación se ajusta a la legalidad. Las últimas visitas realizadas por parte de la Inspección suelen describir una realidad muy distinta a la de hace algunos años: las cooperativas prestan sus servicios en un ámbito espacial delimitado, con sus propias herramientas, su propio encargado, sus propia y diferenciada ropa de trabajo. Asimismo se documenta adecuadamente la actividad cooperativa para dar autenticidad a la participación del socio en la vida de la sociedad⁶. En tales condiciones, resulta bastante difícil cualquier actuación punitiva.

- La creación de empresas falsamente extranjeras, dentro del espacio económico europeo:

Se ha detectado esta práctica tanto en el sector del campo como en el del transporte. Se trata de empresas creadas en países del Este europeo, promovidas por empresarios españoles, sin actividad en esos países, para prestar servicios en España al amparo de la libre circulación de servicios y de la normativa de desplazamiento de trabajadores en el ámbito de una prestación transnacional. Se aplican las condiciones fiscales y de seguridad social del presunto país de origen, que implican, normalmente, un ahorro de costes. La verificación, en estas condiciones, se hace prácticamente imposible sin la colaboración de las

⁶ Lo cual resulta llamativo: los aspectos formales y documentales son los que incluso las cooperativas más indiscutibles suelen llevar con mayor dejadez y negligencia.

autoridades del país de que se trate. Aunque tal colaboración entre Inspecciones está prevista en la Directiva Europea de referencia, en la práctica resulta muy difícil de materializar, dadas las diferencias en la organización y competencias de los servicios de inspección de los distintos países. Y en el caso de llegar a probarse el fraude de ley, llegar a ejecutar sanciones o sentencias tampoco resulta fácil.

3. El debilitamiento de la negociación colectiva:

La nueva Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha incorporado una modificación curiosa y llamativa. Al hablar de la función inspectora de vigilancia normativa se refiere a las normas legales, reglamentarias y al contenido de los acuerdos y convenios colectivos. Las novedades respecto a la legislación anterior son dos:

- a) ya no se refiere al “contenido normativo”, por lo que parece que la ley abandona la tradicional (y algo artificiosa) distinción entre cláusulas normativas y cláusulas obligacionales del convenio colectivo.
- b) **Incluye junto a los convenios “los acuerdos”** (entendemos que igualmente colectivos).

Esta incorporación resulta curiosa, por cuanto debemos considerar que la noción de acuerdo es necesariamente más amplia que la de convenio colectivo, e incluye una tipología extensa y variada, desde el convenio extraestatutario al simple acuerdo de empresa. Dado que la negociación colectiva es un instrumento de integración de los tipos sancionadores previstos en la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social⁷, la modificación legal que comentamos ahora pudiera dar lugar a una ampliación notable de las competencias inspectoras, vigorizando asimismo la trascendencia de la negociación colectiva.

No hay tal, sin embargo. Al menos de momento. La nueva ley no ha llevado aparejada ninguna reforma de la LISOS, por lo que sigue en

⁷ En el derecho administrativo sancionador de orden social se exige, además de la tipicidad de la infracción, la “tipicidad de la obligación”, es decir, el incardinamiento de la obligación negligida en una norma sustantiva del derecho laboral. Y tal norma puede ser legal, reglamentaria o convencional.

vigor la conceptualización de la infracción laboral incluida en ese texto, que sigue refiriéndose a “las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos”⁸.

No obstante, al menos formalmente, la reforma de la ley de inspección contrasta con el debilitamiento de la negociación colectiva que deriva de las últimas reformas laborales. No nos referimos sólo a la nueva regulación de la inaplicación del convenio, o a la nueva normativa sobre vigencia y ultraactividad, sino también a la nueva regulación del artículo 51 ET (despido colectivo) y del artículo 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo), que convierten la negociación en un trámite cuyo desenlace está prefijado de antemano.

Si la negociación colectiva es la principal protagonista de la mejora y el progreso de las condiciones de trabajo, que duda cabe que su constreñimiento supone debilitar también esas mismas condiciones y disminuir la eficacia de su aplicación.

Un conclusión final: efectivamente, se ha producido un repliegue del carácter protector del derecho del Trabajo, como consecuencia de un retroceso del estado social de derecho. Este retroceso es detectable tanto en la nueva legislación laboral, como en la falta de capacidad de reacción frente a figuras fronterizas con el fraude y el debilitamiento de la negociación colectiva.

⁸ Artículo 5.1 LISOS. En el mismo sentido, para prevención de riesgos laborales, el 5.2.; para los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades europeas, el 5.3.