

El tiempo de trabajo *

por

Santiago González Ortega **

I. Introducción

Desde un punto de vista jurídico estricto, la expresión "tiempo de trabajo" hace referencia al tiempo de la prestación laboral, es decir, al "quantum" de la misma que el trabajador está obligado a proporcionar al empresario; o, dicho de otra manera, a la duración de la obligación laboral. Frente a lo que pudiera ser una manera accidental de aproximarse a este elemento: el tiempo como circunstancia de la prestación de trabajo, el dato temporal es, por el contrario, una forma de manifestación de la naturaleza íntima de la relación obligatoria que vincula a trabajador y empresario. Porque la obligación de actividad que constituye el contenido específico del contrato de trabajo, la puesta a disposición del empresario del esfuerzo laboral se materializa en subordinación en la medida en que la misma está delimitada temporalmente. El tiempo de trabajo en cuanto parte del tiempo de existencia del trabajador es así no sólo límite sino substancia, es decir, hace que lo que es dominio de sí, libertad, capacidad de disposición de las propias energías se convierta en ajenidad, en entrega a otro de ese control sobre sí mismo.

En virtud de este enfoque, es claro que el tiempo de trabajo traduce un conflicto que, desde la perspectiva del trabajador, es propiamente vital, es decir, entre la necesidad de obtener los medios necesarios de subsistencia para lo cual carece de otra alternativa que no sea la entrega de ese tiempo al empresario y la conservación del mayor espacio de libertad que le permita un uso autónomo de sus capacidades en orden a la satis-

* Este trabajo constituye una crónica del Seminario Internacional, que ha tenido lugar en Goutelas (Francia), los días 1 al 5 de julio de 1985, organizado por la Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale y el Centre de Recherches Critiques sur le Droit (Universidad de Saint-Etienne).

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

facción de intereses relacionados con el desarrollo pleno de los variados aspectos que integran su personalidad. De aquí que este conflicto se formule, en primer lugar, en términos cuantitativos tanto por lo que se refiere al tiempo de trabajo como por lo que hace al salario o contraprestación debida por ese tiempo. Al solucionarlo sirve, desde el punto de vista jurídico, la exigencia de determinación previa del tiempo de trabajo como elemento esencial del contrato y la articulación de mecanismos limitadores de la libre facultad de cada una de las partes del contrato de modificar, ampliar o reducir ese tiempo con repercusión sobre el salario debido. El que estén implicados otros intereses que exceden, incluso en el plano individual, los estrictamente laborales del trabajador trae a primer plano el tema de la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo o la de la garantía de un mínimo. La intervención de terceros, ajenos a la relación individual de trabajo, tutelando intereses que en parte coinciden con los del trabajador singular (protección de la salud y del ocio) y en parte lo exceden (intereses económicos generales, reparto del trabajo, productividad) plantea también el tema de la duración del tiempo de trabajo y hace surgir instrumentos jurídicos de tratamiento diversos del contrato y sometidos a lógicas de funcionamiento también diferentes (ley, negociación colectiva).

Pero el tiempo de trabajo no sólo plantea problemas relacionados con su duración. También la distribución interna del tiempo fijado, la determinación precisa del momento o momentos en que la prestación de trabajo debe producirse es ocasión de enfrentamiento entre intereses contrapuestos y espacio de juego de diversas técnicas de regulación. La fijación de la jornada diaria, semanal o anual, el tiempo de descanso y las pausas, las horas extraordinarias y su limitación, los calendarios laborales y la flexibilidad del horario expresan el contraste entre el interés empresarial a un uso elástico, flexible, productivamente más eficaz del tiempo de trabajo y el del trabajador a no someter, de forma absoluta, la aplicación de su obligación de trabajar, con las repercusiones que ello pueda tener en todos los órdenes de su existencia, a las exigencias económicas y de productividad de la empresa. La traducción jurídica de este conflicto en términos de relación de poder o prerrogativas se hará operativa bien reconociendo al empresario plena capacidad de disposición de la fuerza de trabajo, bien aceptando que el trabajador ostenta un derecho a condicionar tal libre disposición a través del filtro de su consentimiento. También aquí, la composición estrictamente individual del conflicto puede quedar subordinada a otra de índole colectiva o a la satisfacción de otros intereses más globales de los que determinadas instancias reguladoras puedan ser portavoces.

El tiempo, ahora como tiempo del contrato y no ya como tiempo de trabajo, alcanza una relevancia distinta, una dimensión radicalmente diferente de la hasta ahora vista puesto que se relaciona con la duración

del vínculo mismo, con la permanencia en el tiempo del contrato de trabajo. Lo que aquí se plantea es la estabilidad del vínculo jurídico y las posibilidades que el ordenamiento abre de predefinirla, de limitarla temporalmente. Puede decirse que es de nuevo la elasticidad, la flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo lo que está en el centro del conflicto y lo que por ello mismo constituye el punto de unión de ambos grupos de cuestiones. Pero en esta última faceta se trata de una elasticidad más global, colectiva que estrictamente individual, se refiere más a un tema de organización y gestión productiva que de aplicación de la fuerza de trabajo. A componer el conflicto, que tampoco es sólo individual, las normas jurídicas aportan instrumentos tanto singulares como colectivos en los que la fijación de causas que permitan predefinir la duración del contrato, la sustancialidad del motivo, la resistencia a una extinción no prevista o las posibilidades de obtenerla en virtud de determinadas circunstancias se mezclan con mecanismos de autorización o reglas generales de permisividad en razón de intereses como el del reparto del empleo, fomento de la contratación, aplicación de la solidaridad, etc.

Todos estos temas se han planteado en el curso del Seminario Internacional cuya crónica me propongo realizar, no sin antes hacer una reflexión general acerca de los motivos que justifican un tratamiento unitario de tales cuestiones.

Ya he señalado antes que es la idea de flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo y de la organización productiva en que ese trabajo se inserta la que está en el centro de todas las cuestiones planteadas. Y ésta es una exigencia de índole básicamente económica. Es evidente que, para el empresario, la plena disponibilidad, en duración y momento concreto, del trabajo, su máxima adaptación a las exigencias específicas, en cantidad y ritmo, del proceso productivo, las posibilidades de una aplicación selectiva, reservada a los momentos de mayor intensidad, la elasticidad y fluidez en los procesos de incorporación, sustitución, desconcentración y expulsión de la fuerza de trabajo, la ausencia de trabas en la gestión del tiempo de trabajo y, en definitiva, la supremacía de la lógica productiva por encima de otros intereses, fundamentalmente del trabajador, a la estabilidad, la garantía de rentas, la protección de la salud o la promoción profesional y económica, es un valor indiscutible.

Conviene recordar, porque permite situar el problema en términos más adecuados, que esta tensión hacia la máxima productividad y el menor coste del trabajo no es algo nuevo, no es, desde luego, un rasgo emergente que se plantee por vez primera hoy día a la empresa. Forma parte, por el contrario, de la naturaleza misma del sistema productivo en el que vivimos. Lo singular es que tales exigencias se producen actualmente con mucha más urgencia e intensidad, con más decisión y apoyo argumental, caracterizándolas incluso como de indispensable satisfacción para la propia supervivencia de ese sistema. Las razones de ello son variadas.

En primer lugar, la crisis económica cuyas negativas consecuencias para las empresas en términos de mayores costes, incremento de la competencia nacional e internacional, necesidad de nuevas y costosas inversiones de reconversión y modernización y disminución de beneficios, han forzado a un replanteamiento de los métodos productivos y a una mayor racionalización de la organización del trabajo con el objetivo simultáneo de reducir su coste e incrementar su rendimiento. De forma paralela y conectado con lo anterior, las innovaciones tecnológicas han posibilitado y hecho surgir nuevas formas de trabajo que amenazan con destruir o, al menos, alterar sustancialmente los hábitos tradicionales, las formas clásicas de integración en la empresa, de incorporación de determinados contingentes de trabajadores al proceso productivo y, en lo que aquí interesa, de administración y organización del tiempo de trabajo.

Todo ello ha determinado la proliferación, junto al tipo contractual clásico de carácter permanente y al tiempo completo, de nuevos modelos caracterizados por un diverso tratamiento tanto del tiempo de trabajo como de la temporalidad del vínculo. El trabajo a tiempo parcial, el trabajo intermitente, las distintas modalidades de contratación por duración determinada, diversas y variadas manifestaciones de distribución flexible de la jornada a través de cómputos mensuales o anuales, nuevos tratamientos de las horas extraordinarias y complementarias. También se asiste al crecimiento de fórmulas no directas de conexión del trabajo con el proceso productivo, donde la subordinación económica sustituye a la dependencia personal, tales como la revitalización del trabajo a domicilio, los denominados trabajos sin horario o el trabajo semi-autónomo, puesta en práctica de un, también creciente, proceso de desconcentración productiva.

También la crisis económica con su secuela de desempleo creciente ha hecho surgir fórmulas contractuales, modalidades de empleo de la fuerza de trabajo en relación al tiempo que lo que persiguen es el reparto del trabajo disponible, el que trabajen los más posibles aun a costa de trabajar todos menos. Contratos temporales para el fomento del empleo, contratos de relevo y solidaridad, nuevas regulaciones de los contratos de formación y en prácticas, el fomento del empleo, a través de mecanismos contractuales particulares, de determinados grupos de trabajadores, fundamentalmente jóvenes, son manifestaciones de lo dicho. Como también los son todas las iniciativas en materia de reducción del tiempo de trabajo (limitaciones a la jornada, trabajo a tiempo parcial) o una regulación más estricta de las horas extraordinarias o más ampliatoria de los tiempos, fundamentalmente anuales, de descanso.

Otras razones, indudablemente de mucha menor relevancia pero que también deben ser tenidas en cuenta a la hora de considerar el surgimiento y proliferación de estas nuevas o renovadas fórmulas de articulación del tiempo de trabajo, se conectan con los intereses singulares de algunos

grupos de trabajadores. Es el caso de los jóvenes y las mujeres o de aquellos trabajadores altamente especializados o que ostentan amplios márgenes de autonomía en relación a la concreta organización productiva empresarial. Para ellos, las modalidades de trabajo a tiempo parcial, a domicilio o sin horario pueden permitirles, en un caso, incorporarse al esfuerzo productivo, en otro, satisfacer necesidades de autonomía y autoorganización que serían incompatibles con un trabajo a tiempo pleno y sometido a un horario rígido. Incluso, para la generalidad de los trabajadores, podría sostenerse que la existencia de modalidades flexibles de prestación de trabajo en relación al tiempo les posibilita un mejor modo de organizar su vida personal y social y atender a necesidades de carácter familiar, cultural o puramente recreativo.

Todo este cúmulo de razones parecen hacer indiscutible la necesidad de una adaptación, tanto de las normas jurídicas como de las prácticas negociales, individuales y colectivas, que dé carta de naturaleza, que confiera status de normalidad a estas nuevas y múltiples maneras de organizar el tiempo de trabajo. Nadie podría, sensatamente, oponerse a la consecución de un mayor grado de productividad o a argumentos de solidaridad en el reparto del empleo o, incluso, a razones individuales de preferencia por estas modalidades contractuales. Negarse a ello es oponerse a la propia dinámica social y productiva, a las exigencias sociales y económicas de los tiempos.

Pero, para razonar correctamente, es preciso introducir determinadas variables que hacen que la solución al conflicto planteado no pueda ser tan lineal y clara como aparenta. Debe partirse de la identificación de las trabas que se oponen a esta evolución y aislar los intereses que ellas tutelan. He dicho antes que las exigencias de flexibilización no son nuevas; por el contrario, se vienen produciendo desde siempre y antes, por supuesto, del fenómeno que parece ser el detonante actual de su intensidad: la crisis económica. En ausencia de la misma, valores como el de la protección de la salud del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales en el contexto de la relación individual de trabajo, la estabilidad en el empleo como instrumento de garantía de los ingresos y las limitaciones a la extinción del contrato, el derecho a la promoción profesional, a aislar otros aspectos de la vida de la influencia subordinadora del trabajo dependiente, el rescate de espacios temporales para el ocio y el desarrollo de la personalidad, han funcionado como límites a la flexibilización. Y han encontrado traducción jurídica en una serie de instrumentos de resistencia, de fijación de un equilibrio contractual de los intereses que ha encontrado un modo específico de concebir la disponibilidad y la subordinación, que ha limitado las facultades unilaterales del empresario a la hora de contratar, disponer y utilizar la fuerza de trabajo. Y es imposible aceptar sin más la opinión, tan sesgada como extendida, de que tal nivel de protección, el comúnmente denominado garan-

tismo, no es sino una especie de lujo, posible en situaciones de expansión económica, pero de necesaria supresión en las de crisis como la que atravesamos.

Por el contrario, debe entenderse que la estructura jurídica ahora en cuestión responde a intereses más profundos que el de lo simplemente accesorio o superfluo y que su discusión en los términos en que hoy se produce tiene graves repercusiones no sólo sobre el papel de las partes del contrato de trabajo y sobre el conjunto de sus derechos y obligaciones sino que significa una nueva forma de concebir la subordinación del trabajador, su incorporación al proceso productivo y el significado de la sinalgmaticidad y la equivalencia de las prestaciones. Un nuevo modo también de concebir el papel de la regulación legal y de la contratación colectiva, de la intervención del Estado y del rol de los actores sociales. La importancia de estas consecuencias exige hacer un planteamiento más serio y omnicompreensivo de lo que puede ser, incluso, una nueva forma de concebir el propio Derecho del Trabajo.

II. Análisis Comparado

Procede a continuación hacer un análisis comparado de la evolución y tratamiento actual de estos problemas en los diferentes ordenamientos europeos sobre la base de las aportaciones realizadas en el Seminario Internacional por los ponentes de los diversos países representados (Italia, República Federal de Alemania, España, Gran Bretaña y Francia).

1. *El papel tradicional de la ley, la contratación colectiva y el contrato individual en materia de tiempo de trabajo y de temporalidad del vínculo jurídico.*

Con carácter general, puede decirse que el papel jugado por la ley en relación al tiempo de trabajo ha sido el del establecimiento de un máximo de duración bien diario, en las primeras normas reguadoras de la materia, bien semanal, a partir de la sustitución de la jornada diaria por la de la semana como elemento de referencia para la determinación del tiempo de trabajo. Esta regulación de máximos ha venido conservando, y aún mantiene, el espíritu de las primeras normas limitadoras de la jornada, esto es, su carácter "sanitario", de tutela tendente a evitar jornadas excesivamente prolongadas en detrimento grave de la salud y la integridad física de los trabajadores. Todos los países conocen, con mayor o menor prontitud y en mayor o menor número, como primeras normas en la materia las limitativas de la duración del trabajo para mujeres y niños; criterio éste de limitación y protección luego extendido a todos los trabajadores con independencia de sexo, edad o sector de actividad.

Este rasgo de generalización y uniformidad es característico de la legislación estatal ya que la ley lo que viene a establecer es un standard de duración aplicable a todos los trabajadores de cualquier sector productivo evitando, y esta es una función que acompaña a la proteccionista, las consecuencias negativas de una competencia desigual entre las empresas en base a diversas duraciones de la jornada de trabajo establecidas en virtud del nivel de organización colectiva o de la capacidad de presión de cada una de las partes. A este efecto es importante subrayar que, siendo la intervención de la ley básicamente tuteladora y proteccionista, es también consecuencia directa de la presión política y sindical y deviene posible en la medida en que el incremento de la productividad o la constatación de la concentración de la misma en la primera parte de la jornada permite una reducción del tiempo de trabajo sin una paralela reducción de la retribución salarial (Daübler).

En razón de lo dicho no puede afirmarse, a mi juicio, que la regulación legal de la jornada de trabajo haya permanecido absolutamente al margen del proceso productivo en cuanto motivada por causas ajenas al mismo (protección de mujeres y menores, razones sanitarias, competencia). Se trata en cambio de una regulación que incide en el mercado de trabajo al establecer condiciones restrictivas en la utilización de determinada fuerza de trabajo y fundamentarse en las posibilidades de incremento de la productividad. Pero también es cierto que su vocación de incidencia en dicho proceso es muy escasa. La ley se constituye más bien en marco del proceso productivo, en determinante sólo de unas reglas generales de funcionamiento del mismo. Por decirlo expresivamente, tiende a regular más la cantidad que la calidad del tiempo de trabajo, a la generalización y a la uniformidad más que a posibilitar aplicaciones más flexibles, variadas o individualizadas del tiempo de trabajo, que, en muchos casos, incluso prohíbe. El tiempo de trabajo, desde la perspectiva de la regulación legal, es considerado, pues, ámbito del proceso productivo y no elemento del mismo.

La contratación colectiva, por su parte, ha actuado también sobre la misma línea de tendencia de la legislación estatal y compartiendo sus rasgos. Su papel se ha reducido a la determinación de la jornada máxima legalmente establecida, refiriéndola a concretos sectores productivos. Con peso distinto según el protagonismo e implantación de la autonomía colectiva, los convenios han desarrollado la tarea general de mejora del tratamiento legal de la jornada, reduciendo el tiempo máximo de trabajo conservando, sin embargo, los mismos niveles salariales (Treu). La contratación colectiva, pues, ha venido reproduciendo en gran parte el papel de la ley, de carácter proteccionista y de fijación de máximos.

Si acaso, en virtud de su naturaleza más flexible y de su mayor cercanía e intermediación al concreto proceso productivo, los convenios han venido incorporando una regulación más detallada del tiempo de traba-

jo, ocupándose de cuestiones como la distribución de ese tiempo, sobre todo en el ámbito de las empresas singulares y a través de los convenios colectivos de ese nivel. Pero, en todo caso, el papel contractual colectivo en esta materia ha sido más de determinación que de innovación, más de protección que de diversificación y flexibilización. Esta reproducción del rol legal ha sido consecuencia tanto de la propia conceptualización del papel de la norma en relación al tiempo de trabajo como de la función de mejora del convenio colectivo.

En el esquema que se viene diseñando, el espacio dejado al contrato individual de trabajo es muy escaso o prácticamente nulo. Salvo para supuestos muy específicos, de trabajadores concretos normalmente de alta cualificación, el contrato individual sólo tiene la función de mejorar, a su vez, el tratamiento de máximos producido por la ley o la contratación colectiva (Jeammaud). También las cláusulas contractuales singulares están influidas por la idea de protección, no dejando hueco para modalidades individuales del tiempo de trabajo o para reducciones o distribuciones especiales de la jornada.

La rigidez y linealidad del esquema anterior se hace mayor en la medida en que la ley, o la intervención estatal, amplía su ámbito de regulación, siempre bajo el criterio proteccionista, más allá de la simple fijación de un máximo de duración a la jornada de trabajo para regular también temas como los descansos diario, semanal y anual, los topes de las horas extraordinarias, las pausas obligatorias o los supuestos de jornadas especiales. De esta forma, y en base a su carácter de mínimo inderogable, la ley costruye aún más los otros niveles, contratación colectiva y contrato individual, restándoles toda otra posibilidad que no sea la de mejorar el tratamiento legal en la línea por ella marcada e impidiendo una diversificación o variedad que ignore los condicionamientos impuestos.

En todo caso, el tratamiento del tiempo es siempre el de fijación de máximos, en cuanto frontera de protección del trabajador, y el de mejoras en ese tratamiento que traducen un trato de favor para el trabajador quien verá mejoradas sus condiciones de trabajo, al reducirse el tiempo de disposición o de subordinación, pese al mantenimiento de los niveles salariales. Todo ello, además, sin una clara, directa y predeterminada contraprestación en términos de incremento de la productividad que se entiende es un problema reservado a la esfera y capacidad de adaptación del empresario. En cuanto a la distribución del tiempo de trabajo, los mínimos y topes legales la hacen rígida, aceptándose fórmulas, las posibles dentro de los condicionamientos legales o contractuales, en favor o, al menos, no en contra de los intereses del trabajador sin que se conceda espacio a la decisión unilateral del empresario.

Por otra parte, tanto las normas legales como los contratos colectivos tienen básicamente presente el modelo del contrato de trabajo a tiem-

po completo debido a, por las mismas razones proteccionistas, que se entiende que sólo este tipo de contrato permite al trabajador un nivel suficiente de ingresos para subvenir a su subsistencia. No hay lugar en estas normaciones a un tipo contractual que acoja una reducción del tiempo de trabajo con paralela reducción del salario. Se parte, pues, de una especie de garantía de un horario o tiempo de trabajo mínimo no disponible ni unilateral ni, aunque no tan tajantemente, contractualmente.

A su vez, y en relación al tiempo del contrato o a la permanencia del vínculo jurídico-laboral, razones de protección empujan a la privilegiación del contrato de duración indefinida por entenderse la estabilidad un valor de supremo interés para el trabajador. Lo que, como se sabe, ha llevado a la consideración del contrato por tiempo indefinido o permanente la regla y el recurso a la contratación temporal la excepción, de manera que se ponen trabas a esta última al exigirse razones sustanciales o materiales que la justifiquen y al limitarse la propia capacidad de decisión del trabajador singular en este terreno en virtud, por ejemplo, del principio de irrenunciabilidad.

El panorama que se acaba de describir es prácticamente generalizable a todos los países considerados salvo el caso de la Gran Bretaña donde la legislación limitativa, aun cuando existe para determinados supuestos (menores, mujeres, cierto tipo de trabajos), no ha establecido de forma general una duración máxima de la jornada, habiendo asumido esta tarea la contratación colectiva (Wedderburn). También es posible marcar alguna diferencia entre los países en los que la regulación legal ha supuesto sólo el primer impulso del tratamiento del tiempo de trabajo dejando a partir de ahí que sea la contratación colectiva la que asuma y continúe la tarea proteccionista (Italia, R.F.A.) y aquellos otros países en los que la intervención estatal, tanto a nivel de normas legales como reglamentarias, (casos de Francia y España), ha continuado siendo constante, reduciendo, por lo mismo, la operatividad de los convenios colectivos en la materia. Lo anterior ha provocado la distinción entre jornada máxima legal y jornada ordinaria o normal, referida la primera a la establecida en la ley y la segunda a la efectivamente vigente en cada sector productivo o empresa a tenor de la regulación convencional sobre la materia. La mayor disociación entre ambos conceptos pone en evidencia el protagonismo de la negociación colectiva y la cercanía entre ambos conceptos una relativa actualización de la regulación estatal.

2. Las nuevas exigencias y la reacción frente a ellas

Ya he hecho alguna referencia a estas nuevas exigencias al inicio de este trabajo. Procede ahora intentar una mínima clasificación de las mismas:

a) **La reducción del tiempo de trabajo** para algunos grupos de trabajadores, no en sentido proteccionista sino comportando una igual o paralela reducción del salario. El objetivo es permitir un uso selectivo de la fuerza de trabajo, más ajustado a las necesidades productivas. El instrumento para ello no es otro que el contrato de trabajo a tiempo parcial que, en virtud de un crecimiento notable, ha limitado el protagonismo del trabajo a tiempo completo.

b) **La eliminación o atenuación de la estabilidad en el trabajo** en cuanto manifestación de una más libre disposición por parte del empresario de la permanencia del contrato. Tal atenuación encuentra refrendo en la multiplicación de fórmulas de contratación temporal (eventuales, intermitentes)

c) **La flexibilización del tiempo de trabajo**, que permita una mejor adaptación de los momentos de la prestación laboral a las concretas exigencias del proceso productivo. Ello significa la eliminación de formas de tiempo standard y la aparición y extensión de fenómenos como el de la anualización de la jornada, el reparto desigual de la misma a lo largo de los diferentes meses, semanas o días del año, la regulación más elástica de las horas extraordinarias suprimiendo o debilitando los topes, sustituyéndolas por descanso compensatorio o considerándolas complementarias de jornadas reducidas.

d) **La intensificación del trabajo** como método de incremento de la productividad. Se tiende así a la eliminación de los tiempos muertos, de las pausas retribuidas, a la no consideración como tiempo de trabajo de los tiempos de espera o su retribución por debajo de la media. En definitiva, la aparición del concepto de trabajo efectivo como fórmula de cómputo de la jornada.

e) **La individualización de la jornada** en cuanto aplicación de cuantía y distribución de la misma distinta para cada trabajador o grupo de trabajadores debida, entre otras causas, a la propia diferencia de tipo de trabajo y de forma de incorporarse a la organización de la empresa consecuencia de la propia complejidad de esa organización y de las innovaciones tecnológicas, al surgimiento de nuevas profesionalidades que se ajustan mal a una uniformidad en la jornada, al interés de los propios trabajadores lo que vendría a tutelar y permitir el ejercicio de la propia libertad personal.

f) **La desconcentración productiva**, con la tendencia al extrañamiento de los trabajadores del ámbito estricto de la empresa para convertirse, formalmente al menos, en trabajadores autónomos o semi-autónomos pese a conservar respecto de ella estrechos y normalmente exclusivos lazos económicos. O los supuestos de eliminación de horario, desplazando sobre el trabajador parte del riesgo de la empresa (trabajo a domicilio, trabajo sin horario)

Junto a estas exigencias, de carácter típicamente empresarial, pero

confluyendo con ellas en cuanto a algunos de los instrumentos propuestos, la crisis económica y el desempleo subsiguiente ha generado en los poderes públicos y en algunos actores sociales la necesidad de poner en marcha sistemas de incentivo o de creación de puestos de trabajo y de reparto del tiempo de trabajo existente. Ello lleva a reducciones del tiempo de trabajo y a la proliferación de fórmulas contractuales de incentivo del empleo tales como contrataciones temporales, de aprendizaje o para la ocupación de jóvenes, de sustitución paulatina en el puesto de trabajo a trabajadores cercanos a la jubilación, etc.

Todas estas exigencias han encontrado determinadas respuestas en los diferentes ordenamientos que conviene describir siquiera sea de forma sintética.

En el caso italiano (Treu), el derecho estatal no ha modificado sustancialmente su rol tradicional, limitándose a introducir algunas novedades en orden a la reducción del tiempo de trabajo (contrato de trabajo a tiempo parcial), a la conservación del empleo (contratos de solidaridad) o a procurar a los jóvenes un medio de adquirir experiencia profesional y, a la vez, de acceder de manera más segura al mercado de trabajo (contratos de formación). La propia rigidez del derecho estatal lo hace inhábil para plegarse a estas exigencias. Otra cosa han sido los convenios colectivos de rama que sí han asumido un papel más destacado en materia de reducción del tiempo de trabajo, sobre todo a través de los acuerdos tripartitos con participación del poder público. Por su parte, han sido los convenios colectivos de empresa y el contrato individual de trabajo los que han introducido los más numerosos ejemplos de flexibilización del tiempo de trabajo y de individualización del horario de trabajo.

En la R.F.A. (Daübler) y por lo que se refiere a la reducción del tiempo de trabajo cabe destacar el convenio colectivo del sector del metal y la imprenta que ha establecido una duración semanal de la jornada en 38 horas y media. Esta reducción del tiempo de trabajo reivindicada sobre la base tradicional de la protección del trabajador pero también con el objetivo de incentivar nuevas contrataciones de trabajadores, se ha producido, si no con una paralela reducción salarial, sí aceptando los sindicatos un incremento salarial por debajo del índice de inflación y permitiendo la introducción de fórmulas de flexibilización de la jornada de trabajo según secciones de las empresas, grupos de trabajadores o trabajadores singulares. La ampliación de la duración del descanso anual, también a través de la contratación colectiva, ha configurado a ésta como el instrumento más utilizado en orden a la reducción del tiempo de trabajo.

Por lo que se refiere a la flexibilización de la jornada de trabajo, la ya mencionada posibilidad del cálculo anual de la jornada la permite, siendo los acuerdos a nivel de empresa y, sobre todo, el contrato indivi-

dual de trabajo el instrumento de su implantación. Es también éste último la vía para la individualización del tiempo de trabajo.

En relación a la intensidad del trabajo, también se han producido innovaciones tendentes a incrementar la merced a la eliminación de pausas e interrupciones de la consideración del tiempo de trabajo. El mismo problema relativo al tiempo de trabajo efectivo y su cómputo se plantea respecto de los denominados trabajos de puesta a disposición permanente (los trabajos a llamada, como médicos o aviadores, que deben estar siempre bajo control o localización empresarial) o aquellos que comprende tiempos de espera (configurados como "estados de atención en el estado de descanso").

Por último, ha sido la vía del contrato individual de trabajo la que ha ido introduciendo formas contractuales relacionadas con la reducción del tiempo de trabajo, como es el caso del trabajo a tiempo parcial y de la especialísima modalidad de éste denominado Kapovaz (kapazitätorientierte variable-Arbeitszeit), verdaderamente emblemático de las nuevas modalidades contractuales surgidas para hacer frente al cúmulo de exigencias empresariales antes mencionadas. En el Kapovaz se produce el mayor grado de adaptación del horario y del tiempo de trabajo a las exigencias productivas concretas de la empresa, de manera que el empresario tiene la facultad de variar de un día a otro o de una semana a otra el tiempo de la prestación entre el límite de un horario mínimo semanal o mensual garantizado y el tope del horario máximo legal. La extraordinaria subordinación de los intereses del trabajador a las exigencias empresariales en la medida en que, salvo la duración mínima (o, si acaso, global) el resto de las condiciones temporales de prestación del trabajo se encuentra bajo la libre decisión empresarial, ha suscitado dudas doctrinales y jurisprudenciales y una intervención legislativa de protección que, no obstante, se limita a fijar sólo tres reglas (un mínimo de duración semanal de 10 horas, salvo que el contrato establezca otra cosa; la necesidad de una antelación en la exigencia concreta del trabajo de, al menos, cuatro horas y la garantía, de nuevo salvo estipulación concreta, de tres horas seguidas de trabajo para evitar excesivas fragmentaciones). En cualquier caso, quedan en pie problemas como los de la relación entre el tiempo de espera y el tiempo de trabajo; el de la compensación económica del tiempo de disponibilidad; el de la retribución de la imposibilidad de aceptar otro trabajo en virtud de la permanente disponibilidad que el Kapovaz puede significar en algunos supuestos; el de la repercusión sobre el número de días y retribución de las vacaciones y fiestas o el de la prestación sustitutiva en el caso de incapacidad temporal para el trabajo, problemas a los que, en ausencia de regulación legal o convencional se ha pretendido dar solución a través de la interpretación doctrinal acerca de la propia licitud de determinadas formas de Kapovaz.

Una forma diferente de enfocar la cuestión el tiempo de trabajo, en la línea del criterio proteccionista pero incorporando sugerencias innovadoras se encuentra en el Proyecto de Ley recientemente presentado por el Partido Verde. En el mismo, junto a la fijación de la jornada semanal en 40 horas, se establecen reglas como las de cómputo como tiempo de trabajo del tiempo de desplazamiento a la empresa, la limitación de las horas extraordinarias a dos a la semana estableciéndose una compensación obligatoria en vacaciones o tiempo descanso y no con una retribución superior, el establecimiento de 20 días al año retribuidos cada año para la satisfacción de necesidades personales de formación, de realización de actividades sindicales, etc., la fijación de un periodo de descanso no retribuido de seis meses cada seis años o de licencias por hijos con cargo a las prestaciones sociales. Un proyecto en el que, como se ve, prima el criterio de protección del trabajador, de rescatar para éste espacios de ocio y de formación y, por lo tanto, claramente al margen de los criterios hoy día más extendidos en esta materia del tiempo de trabajo.

En España (Rodríguez-Piñero), la reciente actualización normativa ha hecho que la ley continúe desempeñando un papel protagonista. Es la ley la que ha introducido la figura del contrato de trabajo a tiempo parcial, la que ha permitido la generalización de la contratación temporal y la que ha establecido otras fórmulas contractuales singulares con relación con el tiempo de trabajo tales como el contrato de formación o el de prácticas, el de lanzamiento y el de relevo. También es la ley la que ha puesto las bases de la flexibilización de la jornada de trabajo, tanto permitiendo la anualización de la misma, como autorizando al Gobierno para regular jornadas especiales de trabajo lo que ha hecho muy minuciosamente. Asimismo, ha incidido en el tema de la intensificación del tiempo de trabajo a través de una regulación restrictiva de las pausas y la referencia al tiempo de trabajo efectivo como elemento de cómputo de la jornada de trabajo. Puede decirse, por lo tanto, que, no obstante las continuas remisiones de las normas legales a la contratación colectiva, el espacio dejado a ésta queda limitado fuertemente por los criterios legales y tampoco ha sido asumido de forma decidida por los negociadores colectivos.

En Gran Bretaña (Wedderburn), ha sido el contrato individual de trabajo el protagonista en la multiplicación de las formas de empleo relacionadas con el tiempo de trabajo así como en la introducción de elementos de flexibilización en la distribución del horario. El notable incremento de los contratos a tiempo parcial y del trabajo a domicilio a costa de número de contratos a tiempo pleno y de duración indefinida se ha puesto de manifiesto a la par que una política gubernamental que ha considerado incompatibles la creación de empleo con la protección del em-

pleado; ello a llevado a la eliminación de determinado tipo de normas de protección consideradas demasiado rígidas para un funcionamiento eficaz del mercado de trabajo y al intento de introducir factores de competitividad entre los propios trabajadores. A su vez, la contratación colectiva ha continuado un proceso de reducción de la jornada de trabajo, sobre todo a nivel de rama; pero se trata de reducciones del tiempo de trabajo no generalizables en el sentido de que determinados grupos de trabajadores quedan al margen de las mismas evidenciando un fenómeno de seria fragmentación del mercado de trabajo y de los propios trabajadores ocupados.

En Francia, por último, (Jeammaud), la ley ha renovado, como en España, su protagonismo dando origen, en 1982, a determinadas innovaciones en materia de tiempo de trabajo. Junto a manifestaciones de una orientación clásica, de matiz proteccionista, que ha reducido el tiempo trabajo, incrementado el número de días de vacaciones, considerado no recuperables los festivos y limitado las horas extraordinarias, la ley ha recogido, y legitimado, nuevas modalidades contractuales como el contrato de trabajo a tiempo parcial o el contrato de solidaridad. También ha permitido a la contratación colectiva establecer duraciones de la jornada diversas de la standard fijada por la propia norma, introduciendo diferencias de regulación entre sectores, actividades e incluso empresas, así como acordar la realización de horas extraordinarias por encima de los topes legales. Por otra parte, ha permitido una distribución más flexible de la jornada de trabajo a través de la fijación de jornadas anuales por obra de los convenios colectivos que, a su vez, podrán determinar la concreta cuantía semanal que no deberá necesariamente atenerse al tope de las 40 horas de duración estandar fijada en la ley, pudiendo superarlo a cambio de compensación consistente en unas jornadas semanales de menor duración. Todo lo anterior ha significado, de un lado, un renovado protagonismo público en la fijación de las reglas generales de funcionamiento en materia de tiempo de trabajo, pero, de otro, ha supuesto la apertura de espacios importantes a la decisión de los "partenaires" sociales.

3. *El juicio sobre las medidas mencionadas, sus alternativas y los problemas que suscitan*

El conjunto de reacciones normativas y contractuales descritas parece que no han permitido la satisfacción plena de las exigencias planteadas. En unos casos, por la propia inadecuación de los instrumentos jurídicos utilizados; en otros, porque determinadas cuestiones o problemas no han sido siquiera considerados; en otros, en fin, por la resistencia que un tratamiento en un determinado sentido ha encontrado en los intereses implicados o afectados por el mismo. en todo caso, las vías de solución o

las alternativas apuntadas han hecho surgir nuevos problemas de índole económica, productiva y jurídica sobre los que es preciso reflexionar porque su solución puede comprometer seriamente la operatividad de los nuevos modos de plantearse el tiempo de trabajo.

Pues bien, desde el punto de vista de las técnicas jurídicas, los conflictos más importantes que se plantean son (Lyon-Caen), en primer lugar, **la oposición entre el papel de la ley y la contratación colectiva** y la necesidad de replantear sus roles respectivos. Lo que aquí se cuestiona es la aptitud del instrumento legal para satisfacer, operativa y eficazmente, las exigencias de flexibilización sobre todo cuando es utilizada, desde una perspectiva proteccionista, como mecanismo de limitación, control y selección de las nuevas formas de organizar el tiempo de trabajo. Puede pensarse, por el contrario, que es la negociación colectiva el instrumento más adecuado ya que aporta, a diferencia de aquélla, sus rasgos de ductilidad, intermediación al fenómeno social a disciplinar, legitimación de sus contenidos por la presencia activa en la misma de las representaciones sociales. Se evitaría así el, necesario pero incompatible con el objetivo de la flexibilización, carácter rígido, global y uniforme de la regulación legal (Javillier). Desde este punto de vista, la ley debe limitarse a facilitar la transición hacia las nuevas formas de organización del tiempo de trabajo ajustando su función a la de promoción, fomento e incentivación de las mismas y de la propia negociación colectiva sobre ellas. En definitiva, un nuevo "laissez faire" colectivo más atento a las necesidades económicas y sociales.

La tesis recién transcrita no deja, sin embargo, de plantear algunos problemas. La excesiva desregulación puede ser tan grave como la regulación que anule el espacio de la contratación colectiva. Aun aceptando una autolimitación en el papel de la ley, ésta debe cumplir determinadas funciones que la negociación colectiva no puede desarrollar. No se trata, por lo tanto, de una mera sustitución sino, si acaso, de un nuevo reparto de roles. La ley debe ser (Wedderburn) quien provea el esqueleto de protección de los trabajadores, quien garantice mínimos de tratamiento a sectores marginados de la contratación colectiva, quien ponga frenos a una contratación colectiva excesivamente lesiva para los intereses de los trabajadores. La piedra angular en este punto es, como en tantos otros hoy día, es si la incentivación de la autonomía colectiva es incompatible con el carácter de mínimo inderogable de lo establecido en la ley o si, por el contrario, aquélla puede acordar condiciones de trabajo en detrimento de las fijadas normativamente. En definitiva, si el cuestionamiento del carácter mínimo de las normas laborales que ha venido formando parte del denominado "orden público laboral" (Javillier) debe resolverse o no con su eliminación.

Lo mismo puede decirse respecto de las fórmulas contractuales que pretenden el reparto del empleo disponible o la creación de nuevos pues-

tos de trabajo. Aquí, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el protagonismo del poder público puede y, quizá, debe ser mayor en la medida en que tales fórmulas vehiculan intereses más generales, ponen en práctica la solidaridad entre ocupados y desocupados y utilizan categorías que ostentan una repercusión más global. También aquí podría predicarse de la ley un papel de promoción e incentivo del reparto del tiempo de trabajo y de facilitación de las modalidades contractuales que lo actúan.

En conclusión, pues, la ley no puede funcionar como factor de expulsión de su propio ámbito en virtud del excesivo normativismo (Lyon-Caen), ni convertirse en un freno a la flexibilización que debe ser encomendada a la negociación colectiva, pero tampoco ésta puede funcionar de una manera absolutamente libre, sin la limitación de los mínimos imprescindibles de tratamiento que aseguren, al menos, el marco de protección al trabajador singular. En cualquier caso, una decisión definitiva en este conflicto no puede adoptarse sin tener en cuenta la capacidad de organización, presión y fuerza contractual de los sindicatos, sin la cual, el discurso acerca del papel preponderante de la autonomía colectiva corre el riesgo de ser absolutamente falso. Y ello es un dato especialmente relevante en presencia de un mercado de trabajo cada vez más fraccionado y donde la implantación sindical (pensada para el trabajo industrial a tiempo completo y de carácter indefinido) encuentra graves obstáculos y zonas de difícil penetración.

En segundo lugar, **la oposición entre contrato colectivo y contrato individual de trabajo.** Fundamentalmente porque se entienda que el contrato de trabajo es la vía más adecuada para la puesta en práctica de la flexibilización y la individualización del tiempo de trabajo. Lo cual es indudablemente cierto respecto de lo segundo pero no tanto en relación a lo primero, sobre todo si se atribuye al contrato de trabajo su función tradicional de mejora de las condiciones establecidas tanto por ley como por la contratación colectiva. Pero no es éste el conflicto que la mencionada oposición refleja. Por el contrario, lo que se pretende es afirmar al contrato de trabajo un espacio autónomo de regulación de la flexibilidad con independencia y aun en contra de lo establecido en el convenio colectivo, por considerar que sólo a través del contrato individual pueden expresarse realmente los intereses del trabajador y que la contratación colectiva lo que hace es limitar ese espacio de disponibilidad.

El decantarse de la oposición anterior en el sentido dicho, conlleva, no obstante, el grave problema de la capacidad real del trabajador de influir individualmente en la determinación de las condiciones de trabajo que le afectan. Si la atribución de facultades a la negociación colectiva en el ámbito de la determinación del tiempo de trabajo se encuentra justificada por la existencia de una verdadera negociación y por el control que los representantes de los trabajadores pueden ejercer, ni esa negociación ni ese control existen en la mayor parte de las cláusulas de los con-

tratos singulares de trabajo (Jeammaud), de manera que éstos pueden convertirse en la práctica en una manera de legitimar el criterio empresarial a la hora de organizar el tiempo de trabajo, en un modo de practicar e incrementar la subordinación sin control ni tutela para el trabajador. Sólo en casos muy excepcionales el contrato de trabajo refleja una verdadera negociación y un real equilibrio de intereses, cual es el caso de trabajadores muy cualificados; en caso contrario es el criterio unilateral del empresario el que se impone (Daübler).

Para lo que sí puede ser útil esta oposición es para revitalizar el papel del vínculo jurídico contractual como armazón de la relación laboral, utilizando la noción del trabajo contratado como garantía del horario y constituyéndolo en un límite a las prerrogativas empresariales. Papel éste de garantía del salario y del tiempo de trabajo desempeñado por el contrato individual cuya importancia se pone de manifiesto al analizar la siguiente oposición.

La oposición entre la determinación pactada del tiempo de trabajo, de su cuantía, distribución y modificaciones, **y la atribución al empresario de esa facultad** como expresión de su poder organizativo (Treu). Se trata de conferir al empresario la posibilidad de decisión sobre el tiempo de trabajo y su reparto; facultad unilateral atribuida en la medida en que con ella se tutelan intereses con los de un más eficaz funcionamiento de la empresa, el incremento de la productividad, el reforzamiento de la posición del empresario no tanto como contratante individual sino como cúspide de la organización productiva, el propio mantenimiento del empleo. Vencida la oposición en este sentido, es claro que el trabajador carecerá de posibilidades de determinar el tiempo de trabajo o de influir en su reparto, no podrá resistirse a adaptaciones, reducciones ni modificaciones, apriorísticamente fundadas en necesidades productivas, salvo la dimisión y la pérdida del empleo.

Parece claro, sin embargo, que tratándose el tiempo de trabajo de una circunstancia fundamental de la prestación laboral, ni puede quedar, por puras reglas civiles, al solo arbitrio de una de las partes, en este caso el empresario, ni cabe que éste pueda proceder unilateralmente a su reducción o modificación sin el consentimiento del trabajador al tratarse de una modificación substancial de las condiciones de trabajo. Por otra parte, justificar esa atribución unilateral en pretendidos intereses productivos o empresariales nos hace conectar inmediatamente con tesis como las de matriz institucionalista o comunitaria en las que la sustancial oposición de intereses que se produce en la relación jurídico laboral ha sido disfrazada, o pretendido al menos, bajo el manto de esos intereses supuestamente superiores pero coincidentes con los propios del empresario. De aquí que se propugne, precisamente, una restricción de las prerrogativas empresariales en esta materia poniendo límites a la unilateralidad de sus decisiones.

No es posible, sin embargo, poner en el olvido fórmulas contractuales relacionadas con el tiempo de trabajo como el ya descrito Kapovaz. Como se recordará, en él se produce una nueva manera de subordinación del trabajador a las necesidades productivas y, por ende, a las decisiones empresariales, en la medida en que exige una puesta a disposición permanente y una adaptación constante a los requerimientos empresariales. Sólo una limitación de los tiempos de disponibilidad, una retribución adecuada de los mismos así como una fijación más precisa de la duración, al menos global, del tiempo de trabajo podrá reintroducir un cierto equilibrio en las prestaciones. Y la monetización simple de los tiempos de disponibilidad no es, aunque propugnada por algunos, una solución suficiente. Y otras contrapartidas jurídicas (Lyon-Caen) están aún por descubrir.

En cuarto lugar, **la oposición entre la generalización y uniformidad del tiempo de trabajo y la fragmentación de esa uniformidad** o, incluso, la inexistencia de la misma en virtud de las distintas formas atípicas de trabajo (señaladamente el trabajo a domicilio, a distancia, sin horario, etc.). En realidad aquí el problema no es tanto de oposición de técnicas jurídicas sino entre regulación y ausencia de ella, en la medida en que tal ausencia no es sino una manifestación del fenómeno creciente de extrañamiento y exteriorización del trabajo. Según éllo, ciertas actividades de las empresas, formando sustancialmente parte de su proceso productivo son, sin embargo, encomendadas a organizaciones muy primarias, periféricas a la empresa de la que dependen técnica, económica y productivamente. El problema más grave que aquí se plantea es el del desplazamiento del riesgo que se produce y el de la desresponsabilización por parte del empresario del tiempo de trabajo con la subsiguiente desprotección de estos sectores a donde no llegan ni la regulación legal del tiempo de trabajo, ni la convención colectiva ni, a veces, el propio contrato de trabajo (el fenómeno de los llamados "falsos autónomos").

En todas estas formas de trabajo lo que se produce es un cambio en la concepción misma de la relación profesional y del sistema de control que es indirecto, no del individuo sino del resultado de su actividad (Lyon-Caen). Como consecuencia de ello surge la necesidad de establecer un nuevo tipo de relación laboral que, en la medida en que elimina la rígida frontera entre trabajo subordinado y no subordinado, determina un nuevo concepto de dependencia no estrictamente física sino jurídico-económica que encontrar una plasmación reguladora que evite la desprotección y la pérdida, por este tipo de trabajadores, de los beneficios tradicionalmente conectados con la relación jurídico-laboral clásica (Wedderburn).

Por último, **la oposición entre conservación de derechos y nivel de protección y las exigencias de reducción del tiempo de trabajo y de reparto de empleo** como instrumentos de atenuación de la desocupación.

Desde esta perspectiva, sólo la reducción del nivel de protección del trabajador ocupado, en términos de eliminación de la estabilidad, de no garantía de horario, de desaparición de los derechos a resistir individualmente a las modificaciones en peor de sus condiciones de trabajo, de subordinación a los criterios económicos de disminución del coste del trabajo y de incremento de la productividad, puede permitir un mayor reparto del empleo disponible e, incluso, la creación de nuevas posibilidades de empleo.

No está probado, sin embargo, sino todo lo contrario, que la reducción del horario medio de trabajo por trabajador ocupado constituya una fórmula eficaz de defensa de los niveles ocupacionales o de creación de nuevos puestos de trabajo. En realidad, una reducción del horario de trabajo puede ser fácilmente compensada por las empresas a través de cambios técnicos y organizativos que les permitan mantener los mismos niveles ocupacionales. Y lo mismo cabe decir respecto de la flexibilización en la distribución del tiempo de trabajo (Daübler). Es por ello por lo que debe entenderse que la disminución de garantías no es aceptable como mecanismo de creación de empleo y que debe buscarse la vía de conciliación de ambas exigencias para lo cual los acuerdos colectivos, de carácter institucional y tripartito, en los que se plasmen compromisos concretos de creación de empleo como contraprestación a la flexibilización y a la reducción del tiempo de trabajo pueden ser una fórmula adecuada (Wedderburn), de puesta en práctica de la solidaridad de los ocupados respecto de los que carecen de empleo..

3. Conclusión y perspectivas

Los conceptos utilizados y las alternativas propuestas en el Seminario Internacional sobre el tiempo de trabajo, reflejo y contraste, a su vez, de las diversas experiencias ensayadas en los distintos países, significan un modo diverso de concebir los instrumentos normativos laborales y la institución que está en el centro de los mismos cual es el contrato de trabajo. En efecto, hablar de atenuación del papel proteccionista de la ley o, incluso, de su conveniente renuncia a regular determinadas cuestiones en razón de su rigidez y carácter uniformador; apuntar espacios a la contratación colectiva no sujeta por el carácter inderogable de los mínimos legales; recuperar para el contrato individual de trabajo el protagonismo en la determinación de las condiciones de trabajo a costa de la ley y de la propia contratación colectiva; sugerir la conveniencia de atribuir al empresario renovadas y más amplias facultades, estrictamente unilaterales, de especificación y cambio de la prestación debida por el trabajador en cuanto expresión bien de una mayor racionalidad productiva, bien de un supuesto interés superior de la empresa; plantear como exigencias del pro-

ceso productivo la flexibilización y el recorte del tiempo de trabajo, la intensificación del trabajo y de la productividad, la disminución de la estabilidad en el empleo y la individualización de la jornada; apuntalar, como ineludibles, determinadas formas de contratación conectadas con el tiempo o propugnadas como remedio frente al desempleo y la desaparición de puestos de trabajo; concebir una nueva noción de disponibilidad y de subordinación del trabajador; aceptar, en fin, que, en aras de la solidaridad y del reparto del empleo disponible, es necesario consentir en una disminución de los niveles de protección alcanzados por el trabajador; todo ello refleja, como resulta evidente, una manera transformada de entender el Derecho del Trabajo mismo. Se ha dicho (Giugni) que todas estas cuestiones manifiestan una crisis del contrato de trabajo o, mejor, una crisis del contrato de trabajo "de derecho común" en el marco de una posible crisis del propio Derecho del Trabajo.

Se estima que los fenómenos que han originado la crisis del Derecho del Trabajo, tal y como venía siendo concebido, se sitúan tanto en el propio mercado de trabajo (surgimiento de nuevas profesionalidades, incremento de la desocupación, incorporación al mismo de contingentes cada vez mayores de jóvenes y mujeres, diversificación de los intereses profesionales de los propios trabajadores), como en los modos de producir (nuevas tecnologías, nuevas formas de organización del trabajo, cambios en las dimensiones tendenciales de los centros productivos, multiplicidad y diversificación de las necesidades sociales), como en el papel a cumplir por los poderes públicos y los propios actores sociales (de la protección al control, de la contestación al impulso y garantía de la eficacia del sistema productivo, de la sectorialización a un enfoque más general de los problemas).

Manifestación emblemática de lo anterior es la crisis de la gran empresa organizada sobre la base de procesos productivos continuos que acogen gran número de trabajadores permanentes, organizados en estrictas categorías profesionales y prestando su trabajo durante jornadas estables y rigidamente estructuradas. Trabajadores cuyas condiciones de trabajo están establecidas por convenios generales, negociados por sindicatos sólidamente implantados en el lugar de trabajo. Trabajadores, en fin, que valoran más la antigüedad que la promoción, la estabilidad que el cambio, insertados en procesos productivos estáticos, poco dúctiles y de difícil adaptación a las exigencias del mercado.

Frente a este modelo productivo, la empresa de menor dimensión, más dinámica y flexible en lo que se refiere a su creación, reconversión y desarrollo se configura como el elemento de sustitución. Este tipo de empresa, más adaptable a las necesidades productivas y del mercado es incompatible con una relación de trabajo de carácter estable y de duración indefinida. Por el contrario, precisa cada vez más de un tipo de relación atípica, inestable, de duración determinada que permita acoger

una gama más diversificada de actividades, que suponga menos trabas a la utilización flexible de la fuerza de trabajo y un menor grado de responsabilidad en relación a los trabajadores, así como un menor coste de los mismos. Un tipo de trabajo más disponible y menos caro, más adaptable y menos rígido, más libre y menos protegido.

Vistas así las cosas, está claro que las transformaciones a que se hacía referencia al principio de este epígrafe no son sino la necesaria adaptación del ordenamiento y de los instrumentos jurídicos a las nuevas exigencias del mercado y del proceso productivo. Considerarlo de otro modo, adoptar una actitud defensiva de modelos ya periclitados, no sería sino oponerse a la propia dinámica social. Puede incluso pensarse que el mantenimiento a ultranza de los niveles tradicionales de regulación y protección, la resistencia a las transformaciones demandadas, funciona como factor de expulsión de grupos de trabajadores, los menos cualificados y con menores posibilidades de defensa, que se verán impelidos a aceptar formas de trabajo ilegales (economía sumergida) o de extrañamiento del proceso productivo típico (trabajadores a domicilio, falsos autónomos) o simplemente marginales. Lo que daría origen al fenómeno, indicativo de la ineficacia de las estructuras de protección, de la diferenciación entre trabajadores estables, protegidos frente a las vicisitudes de la relación laboral y la extinción, con derecho a prestaciones sociales y otros, inestables, no protegidos, excluidos en muchos casos de tales beneficios.

La realidad, sin embargo, ha venido a demostrar que ese proceso de adaptación, cumplido con mayor o menor intensidad según los ordenamientos, ha producido los mismos efectos negativos que, a lo que se dice, se pretendía evitar. En efecto, por lo que hace a la flexibilización del tiempo de trabajo y la potenciación de fórmulas de reducción del mismo y de temporalización del vínculo laboral, pueden detectarse los siguientes fenómenos: una nueva, y rechazable, división del trabajo en la medida en que las nuevas fórmulas de contratación a tiempo reducido afectan a segmentos del mercado de trabajo más desprotegidos y con menor capacidad contractual y de formación, cual es el caso de mujeres, menores, trabajadores extranjeros y del sector servicios, lo que significa una concentración de tipos contractuales menos protegidos en determinados grupos de población o sectores productivos, sin que ello pueda, en todo caso, atribuirse a las peculiaridades de los procesos productivos para los que se reclutan. La utilización de los trabajadores, contratados a través de las fórmulas atípicas de empleo, para los trabajos peores, de menor cualificación, más nocivos y peor remunerados. El flujo constante de trabajadores estables a otros sistemas de empleo con menor grado de responsabilidad empresarial (trabajo a domicilio) y de más difícil control. La división de los trabajadores en dos grandes grupos, de un lado, aquellos

que disfrutan de un trabajo estable, de duración indefinida que suele corresponderse con los que tienen una más alta cualificación, se exige para ellos un más largo y costoso periodo de formación, requieren una inversión empresarial más alta y más amplios periodos de adaptación; de otro, los trabajadores marginales, recluidos en empleos poco cualificados, de corto periodo de formación, escasa inversión y fácilmente sustituibles.

La comunicación entre ambos grupos es, además, extraordinariamente difícil en la medida en que los trabajadores contratados conforme a las modalidades atípicas resultan menos integrados en la empresa por el propio hecho de la reducción del tiempo de su incorporación tanto vertical (por jornada) como horizontalmente (por la duración del contrato); tienen, por lo mismo y en virtud el tipo de trabajo que desarrollan, menos posibilidades de promoción profesional y económica; sufren una mayor inestabilidad en el empleo en la medida en que por su menor cualificación e integración en la empresa, son más fácilmente despedibles; tienen un tratamiento salarial menos favorable y, en fin, ven limitadas sus posibilidades de disfrutar de los beneficios sociales conectados con el trabajo (seguridad social, cuantía de las indemnizaciones, prestaciones en caso de incapacidad para el trabajo, etc.).

Es, quizá la constatación de estos efectos negativos lo que ha llevado a sostener una suerte de fórmula ecléctica calificable como "garantismo flexible" o reformista (Giugni) que permita, de una parte, abrir espacios de disponibilidad para el empresario en el marco del contrato de trabajo pero a condición de que se garantice la igualdad de todos los trabajadores, impidiendo con ello el juego limitativo, en beneficio exclusivo del empresario que supondría el contrato de trabajo individual absolutamente dejado a su libre funcionamiento. Superar, en definitiva, la dicotomía entre garantías sin empleo o empleo sin garantías, para convertir el Derecho del Trabajo en un derecho del mercado de trabajo, no sólo de la empresa y de los trabajadores ocupados. Un derecho que permita organizar la solidaridad y que elimine las razones que hacen que los empresarios prefieran las formas atípicas y marginales de contratación antes que el contrato de trabajo estable y a tiempo completo. Una operación, en síntesis, que no se centre exclusivamente en el contrato de trabajo normal y que deje de considerar a los otros tipos contractuales y de organización del tiempo de trabajo y de la prestación laboral como fenómenos negativos a excluir; dejar de considerarlos una excepción para conferirles un status de normalidad ya que lo son desde el punto de vista de la organización productiva. Se trata (Lyon-Caen) de buscar la concurrencia y la complementariedad entre las distintas modalidades de contratación y de trabajo al objetivo de reducir sus diferencias y de cambiar la tendencia empresarial a la contratación marginal como forma exclusiva de reducción del coste del factor trabajo.

En esta línea, parece claro que el redescubrimiento del contrato individual de trabajo como el ámbito idóneo y exclusivo de determinación de las condiciones de trabajo, a costa del papel de la ley y de la contratación colectiva, debe ser rechazado. Efectivamente útil y expresivo de un verdadero equilibrio de intereses en casos excepcionales, debe reafirmarse la opinión que entiende que la contratación individual se convierte, en la casi totalidad de los supuestos, en una manera de legitimar la supremacía empresarial, su determinación unilateral de las condiciones de trabajo. Por el contrario, parece también evidente que es a la ley y la contratación colectiva a quienes compete el establecimiento de esas reglas que permitan un garantismo no incompatible con la defensa de la productividad de la empresa y con un uso más racional de la fuerza de trabajo.

Los problemas se plantean a la hora de determinar las fronteras hasta donde puede llegar ese garantismo flexible y cuáles pueden ser sus instrumentos. Porque podría tratarse solamente de evitar lo que podríamos denominar un uso especulativo y parasitario por parte del empresario de las formas atípicas de contratación o de los instrumentos de flexibilización del tiempo de trabajo de manera que se ponga coto a utilizaciones no exigidas por las condiciones y circunstancias del proceso productivo ni justificadas por su modo de funcionamiento. Una posibilidad de elección, en definitiva, sólo mediatamente anclada en la decisión empresarial.

Un nuevo tema se suscita a partir de lo anterior. El de si esas razones que legitiman el recurso empresarial a las fórmulas atípicas son sólo de orden productivo (lo que ya de por sí plantearía el tema de hasta qué punto la lógica productiva es objetiva y neutral o no es, sin más, el resultado de una opción empresarial de carácter económico con repercusión obvia en los modos de producir) o pueden también serlo de índole económica, sin cuyo matiz las primeras razones dejarían de serlo para el empresario. Porque es claro que la opción empresarial por las fórmulas de contratación y de aplicación de la fuerza de trabajo que comentamos, ya sea directa, ya sea indirectamente (a través de una organización productiva que las haga necesarias), es una opción de carácter económico que busca la mayor productividad y el menor coste. Exigir razones inmediateamente productivas puede ser una manera de introducir limpieza en el proceso de elección pero no procura el restablecimiento de la igualdad de que se hablaba antes. Salvo casos excepcionales, el empresario siempre preferirá una contratación flexible, en duración y distribución interna del tiempo, que otra permanente y con trabas a esa distribución.

La otra manera de recuperar la igualdad de atractivo de las dos modalidades contrapuestas de contratación y disposición del trabajo puede ser, simplemente, acerca el modelo clásico de las nuevas formas, eliminar en él las trabas y las rigideces, dicho de otra forma, abrir espacios de dis-

ponibilidad al empresario en el contrato de trabajo (Giugni). Lo que evidentemente significa convertir lo atípico en normal, la excepción en regla, la temporalidad y la flexibilización en norma. Pero está claro que esta opción significa un replanteamiento de la relación laboral que, de manera inmediata, se traduce en una recuperación de espacios de decisión y poder por parte del empresario. El largo proceso de delimitación de la arbitrariedad empresarial, del intento de sujeción de sus decisiones a criterios racionales, de respeto a determinados derechos e intereses del trabajador se salda así con la recuperación de las posiciones empresariales, cuya opción productiva se convertirá en el valor a proteger.

Es seguro que a esto se refiere el concepto de la denominada nueva subordinación que remite a la posición de las partes en el contrato y en la relación jurídica subsiguiente, que rompe el equilibrio de intereses interno al atribuir a una de las partes la prerrogativa de especificar, determinar, modificar, adaptar y rechazar las obligaciones de la otra y la prestación que integra su contenido. Una nueva subordinación a la que es difícil dar ese adjetivo ya que conecta con estadios muy primitivos de la evolución del Derecho del Trabajo de los que determinadas formas de contratación y de trabajo, hoy día cada vez más extendidos, son representativas.

¿Cuál es el cambio, si es que existe alguno, para este viaje al pasado para el cual se tiene la tentación de decir que no se necesitaban tantas alforjas? Puede centrarse en los que podríamos denominar condicionamientos externos del proceso, es decir, en el papel de la ley y en la actuación de los representantes colectivos. De la ley en la medida en que ésta debe seguir cumpliendo una tarea de garantía propiamente dicha, no de intromisión en las decisiones productivas. La ley tendría, desde esta perspectiva, la tarea de fijación de determinados mínimos (de horario por ejemplo, de periodos de descanso anual) generales; de garantizar el respeto, en el marco de la relación laboral, de determinados derechos básicos que preexisten a la relación laboral y que quedan afectados por ella (derechos fundamentales: a la salud, por ejemplo); de proporcionar a los trabajadores sistemas más flexibles y menos traumáticos de paso de las situaciones de inactividad a las de empleo (prestaciones sociales, sistemas de formación y readaptación, procesos ágiles de colocación). Un papel de garantía de la ley pero centrado más en el mercado de trabajo, con una visión global del mismo, que en la relación individual.

En segundo lugar, el papel de las representaciones colectivas de los trabajadores. En principio, para controlar el proceso y determinar, conjuntamente, con el empresario las nuevas formas de utilización de la fuerza de trabajo. El sustituir los instrumentos de resistencia individual por otros de negociación y control colectivo es una opción válida y que, además, se inscribe sin dificultad en la tradición y la historia del Derecho del Trabajo. Dos riesgos tiene, sin embargo, esta fórmula quizá inevita-

bles. El primero es que sea sólo la presencia colectiva, en cuanto símbolo, la única contrapartida a cambio de la reducción de los niveles de protección. Ello dependerá del grado de organización sindical, de su fuerza contractual y de su implantación, de la corrección de sus planteamientos y de su capacidad para llevarlos a la práctica. De otro, que esa presencia colectiva se demande y se ofrezca como contrapartida justamente en un momento en que las posibilidades parecen reducirse a los que, eufemísticamente, se denomina la gestión de la crisis, esto es, en una situación en la que la presencia sindical puede servir sólo para legitimar opciones productivas que sin ella no podrían llevarse a la práctica y a las que aporta, sólo, el sello de un consentimiento que no es sino, así se formula muchas veces, aceptación de lo inevitable.

En cualquier caso, lo cierto es que los fenómenos descritos plantean un cambio que puede ser importante en la forma tradicional de concebir la prestación de trabajo y los instrumentos jurídicos funcionales a ello. La cuestión ahora es preguntarse si el contrato de trabajo es aún resistente a dichos cambios como lo ha venido demostrando a lo largo de su evolución, si su estructura fundamental continua intocada pudiendo asumir tales transformaciones adecuando su juego de intereses a las mismas, o, si por el contrario, estamos en presencia de modificaciones tan nucleares, tan cercanas a su naturaleza que obligan a una concepción del mismo que difícilmente sería ya encajable en el molde clásico.