

CRISIS ECONÓMICA Y REFORMAS EN MATERIA DE EMPLEO: OBJETIVOS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA LA ACTIVACIÓN DEL MERCADO LABORAL, LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA DE LAS EMPRESAS

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma del mercado laboral, políticas activas de empleo, igualdad y flexibilidad laboral

El presente trabajo analiza las ideas básicas de las reformas laborales iniciadas como consecuencia de la crisis económica de 2008, deteniéndose en los instrumentos laborales y de empleo utilizados para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. Partiendo de estas ideas, se estudian las reformas en materia de intermediación laboral, los instrumentos que tradicionalmente se han utilizado con el fin de fomentar la contratación, así como los mecanismos impulsados para facilitar la flexibilidad laboral interna. Con el fin de valorar la contribución real de los instrumentos mencionados a los objetivos de la activación del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades en el empleo y la flexibilidad interna de las empresas.

ABSTRACT:

Keywords: change in labour markets, activation of public politics of employment, workplace equality, flexi-security

This work analyzes the basic ideas of labour reforms as a result of the economic crisis of 2008, pausing in the labour instruments and of use used to improve the operation of the labour market. Regarding these ideas, it is analyzed the reforms in the matter of labour intermediation, the instruments that traditionally have been used with the purpose of to foment the hiring, as well as the mechanisms that have been impelled to facilitate the labour flexibility. With the purpose of to value the suitability of the mentioned instruments to secure the objectives of the activation of the work market, the equality of opportunities at the use and the internal flexibility of the companies.

ÍNDICE:

1. NORMAS BÁSICAS DICTADAS EN MATERIA DE EMPLEO DESDE EL INICIO DE LA PRESENTE CRISIS ECONÓMICA
2. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO INSTRUMENTO CLAVE DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
 - 3.1. La sucesiva ampliación de los sujetos que realizan actividades de intermediación
 - 3.2. La escasa ordenación de las funciones y de los espacios donde operan quienes realizan la intermediación laboral
4. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO FORMA DE CONSEGUIR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES
 - 4.1. Incentivos estatales a la contratación como manifestación más relevante de las medidas de empleo
 - 4.2. Deficiencias de los incentivos a la contratación: otros instrumentos de empleo que fomentan la igualdad de oportunidades
5. UNA PLURALIDAD DE INSTRUMENTOS LABORALES DESTINADOS A FACILITAR LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO
6. CONCLUSIONES

1. NORMAS BÁSICAS DICTADAS EN MATERIA DE EMPLEO DESDE EL INICIO DE LA PRESENTE CRISIS ECONÓMICA

La crisis económica iniciada en 2008 sigue provocando importantes problemas de empleabilidad en el mercado de trabajo español, no sólo por lo que respecta a las dificultades que encuentran quienes han perdido su trabajo para reinsertarse en el mercado laboral o los obstáculos que sufren quienes acceden por primera vez, sino también en lo referido a los altos niveles de paro alcanzados hasta la fecha¹.

Con el propósito de corregir estas deficiencias, se han adoptado diversas normas dirigidas a reducir la tasa de desempleo, con influencia en todo el territorio español, entre las que merece una consideración especial la Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de reforma urgente del mercado de trabajo, donde se contiene la modificación más relevante adoptada en esta materia, que será objetivo de atención prioritaria en este estudio. A esta reforma le han seguido otras modificaciones con idéntico propósito, como las contenidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas; el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, o el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de

¹ Según el Instituto Nacional de Estadísticas, en el cuarto trimestre de 2011, la tasa de paro (número de trabajadores parados dividido entre número de trabajadores activos) se situó en el 22'85% de la población activa, siendo la tasa de actividad (número de trabajadores activos dividido entre la población con 16 o más años) tan sólo del 59'54%.

recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, que han venido a completar las ideas esenciales contenidas en la Ley 35/2010. Finalmente, como último hito, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido importantes cambios en la materia, insertándose en el conjunto de medidas adoptadas para combatir los efectos adversos de la presente crisis económica.

Estas normas han tenido un impacto relevante en las instituciones laborales, afectando a un conjunto importante de disposiciones², ya que las reformas emprendidas han identificado a la parcela de la realidad social regulada por el Derecho del Trabajo, como uno de los principales espacios en los que deben centrarse estas modificaciones. Sin perjuicio de lo anterior, las normas adoptadas también han incidido en otros aspectos, como la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo que se identifica con una disciplina emergente, el Derecho del Empleo, cuyas relaciones de separación o dependencia del Derecho del Trabajo no se encuentran totalmente definidas, aunque sean indudables las importantes conexiones que existen entre ellas.

Como todas las normas citadas han tratado de conseguir algunos objetivos comunes, aunque puedan igualmente destacarse otros particulares, en las siguientes páginas se realizará un análisis global acerca de los objetivos perseguidos por las distintas reformas en materia de empleo, con el fin de identificar las principales intervenciones en el mercado de trabajo adoptadas en la presente crisis económica. Una vez identificados estos objetivos, se analizarán los instrumentos que se han fomentado e introducido como novedad para alcanzar estos propósitos. Se obvian así otras normas adoptadas para afrontar la presente crisis económica, como son aquellas relacionadas con los aspectos económicos y fiscales³, aunque su contribución particular a los objetivos de

² Entre otras, en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en adelante, ET; el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en lo sucesivo, LGSS; la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, en adelante LE; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en lo sucesivo, LCREM.

³ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en cuyo marco se han aprobado importantes medidas de fomento del empleo, con el objetivo de favorecer la contratación laboral, a la que también se han unido otras medidas fiscales y económicas, más específicas sobre reducción del déficit público, entre las que se encuentran el Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica; el Real Decreto-ley, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. O, por otro lado, el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.

empleo sea igualmente significativa. Como tampoco se considera la intervención que pueden realizar las Comunidades Autónomas o los Entes Locales, en cuanto a las competencias que, ya sea de derecho o de hecho ejercen, como son la intermediación laboral, el fomento de la contratación o el diseño particular de programas de orientación al empleo o a la formación. En ambos casos, un estudio que tratara estos aspectos, desbordaría la finalidad del presente estudio, centrado en analizar los objetivos e instrumentos empleados en el marco estatal para combatir el desempleo y mejorar el funcionamiento del mercado laboral.

2. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

El artículo 40 de la CE encomienda a los poderes públicos el diseño de una política orientada al pleno empleo. Desde la entrada en vigor de la CE, este encargo se realiza mediante un conjunto de intervenciones, insertas en el campo de las políticas socio-laborales, que recibe la denominación de política de empleo; con independencia de que otras intervenciones del Estado, como las políticas económicas o sociales, de una forma menos articulada o coordinada, también se ocupen de procurar un nivel de ocupación óptimo, tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Concretada en diversas normas desde que se aprobara la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, el marco general de las intervenciones en el mercado de trabajo, desde el año 2006, se contiene en la LE. A partir de ésta norma, otras disposiciones legales o reglamentarias, con un carácter más o menos estable, han detallado y concretado intervenciones más puntuales o específicas en el mercado de trabajo, aunque estas medidas igualmente se insertan en el conjunto de las políticas de empleo por tratarse de intervenciones que contribuyen a esta misma finalidad. En efecto, como se extrae de la definición legal sobre las políticas de empleo donde se ofrece un concepto bastante general y funcional, la política de empleo consiste en “(...) el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo” (artículo 1 de la LE).

Los objetivos de las políticas de empleo, que han permanecido sin muchos cambios desde que entrara en vigor esta norma, son bastante amplios y generales respondiendo a la necesidad de acoger en esta definición aquellas intervenciones que sean precisas, con independencia de cuestiones temporales o coyunturales, para conseguir un mejor funcionamiento del mercado labo-

ral⁴. Ahora bien, centrándonos en los objetivos particulares perseguidos por las reformas laborales acometidas desde el año 2008, se puede afirmar que las intervenciones adoptadas se han centrado sólo en algunos objetivos generales, mereciendo una consideración especial los siguientes:

1. *La activación del mercado de trabajo* se encuentra presente entre los objetivos básicos de las políticas de empleo, tanto en el ámbito internacional como comunitario, desde los años noventa. Más recientemente, con la reforma laboral de 2002, se introdujeron en España. Provocando, como ya había sucedido en aquellos países que habían recepcionado esta orientación, un cambio en el sentido de las intervenciones de empleo más clásicas, denominadas políticas o medidas pasivas de empleo, ocupadas tan sólo de la pérdida de ingresos derivadas de la inactividad laboral⁵. Todo ello a pesar de que la evolución de las intervenciones en el mercado de trabajo, tanto en España como en otros países, han matizado la distinción conceptual entre políticas pasivas (transferencia de recursos) y políticas activas de empleo (creación de instrumentos que implican una participación activa de los poderes públicos y de los ciudadanos en la resolución de aquellas dificultades que obstaculizan su integración laboral efectiva), creando instrumentos donde ambas están llamadas a confluir para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo.

En este sentido, las reformas adoptadas desde el año 2008 se han centrado en conseguir un funcionamiento eficaz de los instrumentos que facilitan la activación, incidiendo particularmente en el incremento de las competencias profesionales (empleabilidad), así como en la mejora de la intermediación laboral⁶. Sin detenerse en la protección social de quienes han perdido el empleo, ni tan siquiera incorporar revisiones que serían necesarias, como son la propia estructura de la protección social, aquejada de importantes solapamientos, así como de zonas donde se pueden apreciar carencias en lo que respecta a la protección por desempleo⁷, por lo que las medidas adoptadas pueden calificarse más bien de acompañamiento⁸, de otras que, como la activación del mercado de trabajo, han

⁴ En efecto, según el artículo 2 de la LE, los objetivos de las políticas de empleo son la igualdad de oportunidades, la protección eficaz frente a las situaciones de desempleo, el enfoque preventivo del desempleo, la inserción de los colectivos con más dificultades de integración, la unidad en el mercado laboral, la movilidad geográfica, el ajuste de los fenómenos migratorios; así como, tras la reforma de este precepto por el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, el acceso de la población activa a los servicios individualizados de empleo, el fomento de la cultura empresarial y el auto-empleo.

⁵ Real Decreto-ley 5/2002, de 20 de mayo, y Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad.

⁶ Palomeque López, M.C.: “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 29 y ss.; Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez Piñero Royo, M.: “Nuevas normas en materia de intermediación y Empresas de Trabajo Temporal”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010,

⁷ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: “Los elementos asistenciales en la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2002, pp. 19-36.

⁸ González Ortega, S.: “Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010, pp. 409-410.

tenido (y están teniendo) más protagonismo. En efecto, la reforma introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, donde se contiene la modificación más relevante de las medidas adoptadas en esta materia desde el inicio de la actual crisis económica, no ha tenido como objetivo acometer modificaciones relacionadas con la protección por desempleo, sino más bien afrontar las incertidumbres que plantea el envejecimiento poblacional en relación con la sostenibilidad de los sistemas de protección social. Tampoco el Real Decreto-ley 3/2012, que contiene modificaciones significativas dirigidas a paliar las carencias existentes en el disfrute de la prestación por desempleo (de los trabajadores afectados por las medidas de reducción jornada y suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales) y a facilitar la capitalización de la prestación como forma de promover el trabajo autónomo, ha introducido importantes cambios en cuanto a la estructura de la protección por desempleo o los requisitos de acceso (artículo 16, disposición final quinta y decimotercera del Real Decreto-ley 3/2012).

De hecho, las reformas que se han puesto en marcha desde el año 2008 tan sólo han matizado la responsabilidad individual ante estas circunstancias, incrementando en algunos casos la protección social. Pero mantienen la filosofía implantada en la reforma de 2002, donde se incrementó la responsabilidad individual ante las situaciones de inactividad laboral y desempleo, condicionando el acceso a los sistemas de protección social para quienes hubieran perdido su trabajo a ciertas obligaciones como la búsqueda activa de empleo, la suscripción del compromiso de actividad, la participación en la entrevista personalizada o en el diseño del itinerario de inserción laboral, cuyo incumplimiento puede originar la suspensión e incluso la pérdida de la prestación por desempleo (artículo 231 TRLGSS en relación con el artículo 17 y 47 LISOS). Lo que ha incrementado notablemente el control de los poderes públicos frente a las posibles conductas fraudulentas de los beneficiarios de la protección por desempleo, pese a que existen opciones distintas en cuanto a la activación de la prestación por desempleo, siendo igualmente respetuosa con el objetivo de la activación aquellas orientaciones que mantienen la responsabilidad individual del beneficiario de la prestación, facilitando un disfrute más flexible de la prestación por desempleo, incluso su capitalización, con el fin de facilitar la participación en una oferta formativa o el tránsito a una oportunidad de empleo mejor, pero sin utilizar los mecanismos de control antes mencionados.

2. Otro de los objetivos expresos de las reformas emprendidas desde el inicio de la presente crisis económica, ha sido *la igualdad de oportunidades*, que se recoge en el artículo 9.2 de la CE y en el artículo 2 de la LE como mandato directo a los poderes públicos para intervenir en esta materia, con el fin de promover la participación real y efectiva en el mercado de trabajo.

Puede pensarse, en este sentido, que la crisis económica tiene importantes efectos en cuanto a la igualación de los colectivos, debido a que la destrucción de

empleo también impide la participación laboral de quienes *a priori* no tienen dificultades específicas para encontrar empleo. Sin embargo, la igualdad de oportunidades se mantiene como objetivo explícito de las políticas de empleo incluso en estas circunstancias, dado que ciertos grupos sociales (los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo⁹) no sólo están más afectados por la extinción contractual, sino que su inserción (y reinserción) laboral es siempre más difícil y compleja.

3. Casi todas las reformas laborales efectuadas en España han tratado de facilitar *la flexibilidad en el mercado de trabajo*, sin que pueda afirmarse que el camino haya sido distinto en las reformas iniciadas con ocasión de la actual crisis económica, en el sentido de que las modificaciones han seguido incidiendo en una regulación más dúctil de la relación laboral. Con independencia de que se ha realizado un importante giro en cuanto a la tradicional orientación que las políticas de empleo habían mantenido respecto a la flexibilidad, cambiando el sentido de las reformas precedentes que, con excepción de la reforma laboral de 1994¹⁰, se habían ocupado de la flexibilidad externa¹¹.

En este sentido, el incremento de la flexibilidad interna, tan reclamado como mecanismo preventivo para salvar situaciones de dificultad en las empresas frente a la rigidez que presenta la regulación laboral en este extremo, ha sido uno de los objetivos expresamente perseguidos por las reformas laborales de 2010 y de 2012¹². A pesar de que algunos países del Estado del Bienestar social-demócrata, teniendo como máximo exponente a Dinamarca, han tratado

⁹ Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 317 y ss.

¹⁰ Alonso Olea, M.: “La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter”, en VVAA: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, Marcial Pons*, Madrid, 1995, pp. 13-22.

¹¹ Especialmente, esta flexibilidad laboral externa se realizaba mediante la creación de nuevas modalidades contractuales que facilitaban la contratación en función de las necesidades estructurales del mercado de trabajo o coyunturales de la empresa (el contrato para obra o servicio determinado, el contrato eventual o el contrato de interinidad) o el acceso al empleo (los discapacitados o los jóvenes), Real Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas; Real Decreto-Ley 43/1977, de 25 de noviembre, sobre política salarial y empleo; Real Decreto 3281/1977, de 16 de diciembre, sobre empleo juvenil; Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo; Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo; Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores “minusválidos”.

¹² Palomeque López, M.C.: “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, ob. cit., pp. 29 y ss.; García-Perrote Escartín, I.: “Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 129 y ss.; González Ortega, S.: “La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 181 y ss.

de corregir los riesgos que implica la participación en el mercado de trabajo de una forma distinta, elaborando una intervención de los poderes públicos diferente, conocida como flexi-seguridad¹³, que ha sido acogida en la Unión Europea donde se han impulsado medidas para favorecer un cambio en el sentido de las políticas de empleo desarrolladas por los países europeos. En efecto, las reformas laborales iniciadas en 2008 no se han ocupado, pese al interés que ha suscitado la flexi-seguridad en España, de implantar medidas en esta dirección, sino que han impulsado la flexibilidad interna mediante instrumentos que facilitan la adaptación de las empresas a las necesidades del mercado, como veremos en penúltimo apartado, incidiendo además la reforma laboral de 2012 parcialmente en la flexibilidad externa¹⁴.

4. *El fomento de la cultura empresarial y el auto-empleo*, en último lugar, han estado presentes en las intervenciones sobre el mercado de trabajo

¹³ En este sentido, véase, Schmid, G.: “Transitional Labour Markets: A new European Employment Strategy”, Berlin: WZB Discussion Paper (FS I 98-206); Wilthagen, T. and Tros, F.: “The concept of flexisecurity: A new approach to regulating employment and labour markets”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 10 (2), 2004.

¹⁴ En efecto, el Real Decreto-ley 3/2012, en cierta manera, también impulsa la flexibilidad externa en alguna de sus medidas, como se aprecia en la modificación a la baja de los salarios de tramitación y de la indemnización por despido improcedente, de un lado, o en las causas más flexibles para recurrir a los despidos por causas económicas, de otro, que serán analizadas en el último apartado (artículo 18 del Real Decreto-ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 51 y 56 del ET). Pero estas modificaciones no pueden considerarse totalmente funcionales para conseguir la flexi-seguridad. Pues, uno de los cambios más relevantes que pueden encontrarse en aquellos países que han adoptado la flexi-seguridad como forma de intervención pública, como se sabe, es la reducción de la protección frente al despido. Pero, a cambio de esta tutela, en algunos países como es el caso de Austria, se ha creado un fondo nacional, que funciona como un sistema de seguro, financiado por los trabajadores y los empresarios, que permite exportar parte de los clásicos derechos profesionales, garantizando la seguridad en el mercado de trabajo, mediante una mayor independencia de las ofertas de empleo, con el fin de contribuir a facilitar o soportar el tránsito hacia una oportunidad laboral mejor. En España, este fondo de capitalización, introducido por las reformas de la presente crisis económica, aún no se ha implantado, encontrándose actualmente condicionado en el plano legislativo a lo que acuerden los empresarios y organizaciones más representativas a partir del primer semestre de 2013 (disposición adicional 10 de la Ley 35/2010, modificada por el artículo 3 del Real Decreto-ley 10/2011), a pesar de que se anuncia una reforma laboral que puede adelantar su introducción en nuestro ordenamiento. Por otro lado, tampoco se puede destacar un cambio o avance significativo en otras herramientas igualmente necesarias para promover la flexi-seguridad. Pues, de un lado, los perceptores de las prestaciones por desempleo quedan obligados a una reincorporación laboral quizás excesivamente rápida y precipitada, como se puede deducir de las obligaciones legales existentes en la prestación por desempleo antes referidas (compromiso de actividad, itinerario individualizado, sanciones cuando el beneficiario de la protección social rechace una oferta de trabajo o de formación adecuada), sin que pueda mencionarse ningún cambio o modificación reseñable de las nuevas funciones atribuidas por las teorías de la flexi-seguridad a las prestaciones por desempleo. De otro lado, la protección legal se sigue ejerciendo sobre el puesto de trabajo, como se constata por el sistema de garantías y la tutela judicial previsto en la actualidad; un sistema protector no sólo de aquellos despidos que deben ampararse claramente por el ordenamiento, como son los que ocultan discriminaciones, sino también frente a los despidos por causas económicas.

desde que adquirieran protagonismo como forma de incrementar los niveles de ocupación en la década de los noventa. Primero, en el ámbito comunitario, mediante la Comunicación 222/1998, de 7 de abril, de la Comisión al Consejo: “Fomento del espíritu empresarial en Europa: prioridad para el futuro”. Más tarde, en España, donde se viene realizando no sólo una importante labor de promoción de la cultura empresarial, sino también relevantes modificaciones que tratan de facilitar la creación de empresas, reduciendo los procedimientos administrativos necesarios para la apertura de negocios o establecimientos así como los plazos de respuestas sobre las autorizaciones y licencias empresariales¹⁵.

En esta dirección, las reformas emprendidas han tratado de mejorar la protección social de quienes realizan su actividad por cuenta ajena reconociendo la prestación por desempleo en caso de cese¹⁶. Pero también han incidido en otros aspectos, más ligados al fomento de la actividad empresarial, promoviendo la contratación de trabajadores laborales o favoreciendo la creación de sociedades laborales y cooperativas¹⁷. Con estas intervenciones se logra incidir en una parte significativa y relevante del mercado de trabajo¹⁸, tratándose de una intervención necesaria en tanto que el trabajo autónomo siempre ha suscitado reticencias por parte de quienes participan en el empleo, fundadas en la seguridad que aporta el desempeño de actividades laborales por cuenta ajena, al garantizar la percepción de un salario estable con independencia de la buena marcha de la empresa, así como un nivel de protección social adecuado.

5. Otros objetivos de las políticas de empleo, sin embargo, no han estado presentes en las reformas acometidas, como son *la regulación de los fenómenos migratorio*, una s realidad a la que España ha asistido como receptora de trabajadores extranjeros (y no tanto de trabajadores comunitarios) que venían

¹⁵ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de las competencias en mercados de bienes y de servicios; Real Decreto 582/2001, de 1 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas y sistema de gestión de programas de apoyo a la innovación de las pequeñas y medianas empresas (2007-2013), que ha sido sustituido por el Decreto 1579/2006, de 22 de diciembre; Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica; Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada, nueva empresa.

¹⁶ Artículos 1 y ss. de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por el que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos; Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010.

¹⁷ Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos, así como a las cooperativas y sociedades laborales.

¹⁸ A pesar de que el porcentaje de trabajadores autónomos sea muy inferior al de trabajadores asalariados (en 2010, tan sólo el 17'3%, conforme a los datos publicados por la Encuesta de Población Activa, fueron autónomos), el 53'9% de las empresas que conforman el tejido productivo español no tienen trabajadores asalariados, según los datos extraídos del Instituto Nacional de Estadísticas, correspondientes al año 2009.

a ocupar trabajos de escasa cualificación profesional, durante la etapa de bonanza económica que precedió a la actual crisis económica. Pues, las intervenciones relacionadas con el empleo de los inmigrantes han tratado de facilitar el retorno a sus países de origen, sin realizar importantes modificaciones en cuanto a las instituciones claves: la autorización para trabajar o el contingente de población¹⁹. Asimismo, por lo que respecta a los trabajadores españoles emigrantes, los programas de ayudas dirigidos a facilitar su participación laboral en el extranjero o su regreso a España se han mantenido sin importantes cambios²⁰. Tampoco, en cuanto a los españoles que deciden buscar trabajo en otros países ya sea de forma voluntaria o como consecuencia de la crisis económica, se han realizado intervenciones significativas dirigidas a facilitar la búsqueda de empleo o la integración laboral de estos demandantes de empleo en el exterior.

En consecuencia, una vez que se han identificado los objetivos de las reformas acometidas, y dejando otros que pueden igualmente considerarse relevantes para mejorar el funcionamiento del mercado, nos detendremos en los instrumentos que se han impulsado e introducido para alcanzar la activación del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades y la flexibilidad laboral. Pues, con independencia de que se puedan apreciar algunas medidas que indirectamente tratan de mejorar la unidad del mercado o la movilidad geográfica, como pueden ser el propio fortalecimiento de los servicios públicos de empleo o las medidas que fomentan el cambio de residencia para quienes han encontrado una ocupación en otro lugar distinto al de su domicilio habitual, las reformas del mercado de trabajo no han incidido directamente en estas ma-

¹⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

²⁰ Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados; Resolución de 19 de febrero de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Emigración, por la que se convocan las ayudas del Programa de mujeres de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010; Resolución de 19 de febrero de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Emigración, por la que se convocan las ayudas para actividades asistenciales y de atención del Programa de mayores y dependientes de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010; Resolución de 20 de febrero de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Emigración, por la que se convocan las ayudas de información y asesoramiento a retornados, del Programa de retorno de correspondiente a la Orden TAS 874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010; Resolución de 23 de octubre de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan las ayudas del programa de jóvenes de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010. Resolución de 11 de noviembre de 2010, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan ayudas para el año 2011 del programa mujeres de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo; Resolución de 20 de diciembre de 2010, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan ayudas de formación para el año 2011.

terias. En la misma dirección, como el presente trabajo trata sólo de analizar los objetivos e instrumentos que más se conectan con las relaciones laborales, se obviarán aquellas herramientas que las reformas de mercado de trabajo han utilizado para favorecer el cumplimiento de otros objetivos; con independencia de que se valore como positivas las normas que han tratado de fomentar la creación del empleo, ya sea mejorando el marco de protección legal, o bien favoreciendo el nacimiento de nuevas empresas a través de su orientación hacia los mercados emergentes.

3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO INSTRUMENTO CLAVE DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Desde las primeras intervenciones en el mercado de trabajo, la intermediación laboral ha sido uno de los principales instrumentos de las políticas activas de empleo, debido a sus posibilidades para promover la contratación de los trabajadores, a través de medidas que facilitan el conocimiento de los trabajos disponibles y de las profesiones más demandadas. Tal importancia ha originado una ampliación en el concepto, pasando de “la puesta en contacto de la oferta y la demanda de trabajo”, en la definición más clásica, hacia un concepto más amplio que trasciende de la mera casación de las ofertas de empleo para valorar la adecuación del candidato a un puesto de trabajo concreto y su empleabilidad, según se define la intermediación en el artículo 20 de la LE²¹.

3.1. La sucesiva ampliación de los sujetos que realizan actividades de intermediación

Desde la creación del Instituto Nacional del Empleo, mediante el Real Decreto 36/1987, de 16 de noviembre, actual Servicio Público de Empleo Estatal, la lista de los sujetos que realizan la intermediación laboral se ha modificado en diversas ocasiones, siempre con el fin de permitir la presencia de nuevos intermediarios. En primer lugar, fruto de la integración de España en la Unión Europea, el Servicio Europeo de Empleo quedó inserto entre aquellos recursos a los que podían acceder los ciudadanos españoles, no sólo cuando trataran de obtener un trabajo en el territorio nacional sino también en el caso de que su búsqueda de empleo alcanzara a otros países pertenecientes a la Unión Europea. Más tarde, se añadieron las agencias de colocación sin ánimo de lucro,

²¹ Sobre esta evolución, García Gil, B.: “Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal”, en VVAA: La reforma laboral de 2010, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 95 y ss.

que funcionaban como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo²²; así como los servicios integrados de empleo, formados por entidades sin ánimo de lucro que colaboraban, mediante la suscripción de un convenio, con los servicios públicos de empleo²³. Posteriormente, los servicios de empleo autonómicos se convirtieron en los principales gestores de las ofertas de trabajo intermediadas por los servicios públicos de empleo gracias a la importante descentralización de competencias que impulsó la LE en el año 2003.

En la línea de reforzar la intermediación laboral, la reforma de 2010 ha regulado las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, tratando con ello de fomentar la colaboración público-privada. Se reconoce, de esta forma, la función que estaban realizando en el mercado de trabajo sin un régimen jurídico que ordenara su actividad, a pesar de las peticiones formuladas por los operadores jurídicos en cuanto a su reconocimiento legal. De esta forma, las agencias de colocación, con independencia de su naturaleza, pueden realizar estas funciones, como se deduce de su definición legal: “aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen intermediación laboral (...), bien como colaboradores del Servicio Público de Empleo, o bien de forma autónoma pero coordinada” con ellos (artículo 13 de la Ley 35/2010). Debiendo adaptarse, una vez finalicen los proyectos, la actividad de colaboración que venían realizando los servicios integrados de empleo, y donde participaban las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, a la nueva regulación de las agencias de colocación²⁴. Asimismo, como novedad, se incorpora, entre otros posibles intermediarios, a las agencias de recolocación, tan necesitadas por los trabajadores que prestan servicio en empresas con dificultades económicas o por aquellos que tienen especiales problemas para mantenerse en el mercado de trabajo (como los trabajadores de edad avanzada)²⁵.

La regulación legal, no obstante, que se encuentra contenida en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, exige la previa autorización del servicio público de empleo, ya sea estatal o autonómico, dependiendo del ámbito en el que opere la agencia de colocación, para iniciar su actividad. Asimismo, según la redacción legal antes reproducida, la norma regula las actividades de intermediación realizadas en colaboración o de forma coordinada con los servicios de empleo, lo que parece indicar la exclusión de aquellas efectuadas sin el objetivo de ayudar a los servicios públicos de empleo.

²² Artículo 1 Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación; Ley 10/1994, de 19 de mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación.

²³ Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

²⁴ Disposición transitoria segunda del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre.

²⁵ Sobrino González, G.: “Las empresas de out-placement y la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2006, pp. 86-90.

Se opta, de esta forma, por un modelo de agencias de colocación quizás demasiado restrictivo en comparación con el existente en otros ámbitos, debido a que su actividad depende de la desarrollada por los servicios públicos de empleo. A pesar de que el Convenio OIT 181, sobre las agencias privadas de colocación (1997), ratificado por España en el año 1999, les haya reconocido un papel más amplio, como se desprende de su definición: “toda persona física o jurídica, independientemente de las autoridades públicas”, que realiza actividades de intermediación y colocación, sin perjuicio de la competencia correspondiente a los Estados para formular políticas de mercado y controlar los fondos de empleo, así como de las obligaciones de información respecto de la estructura y actividades de las agencias de colocación (artículo 1 y 13 del Convenio OIT 181). Y, en el mismo sentido, a pesar de que también se pueda deducir un campo de actuación más amplio en la Unión Europea, donde la autorización administrativa exigida para la constitución de las agencias de colocación, conforme a la Directiva 106/2003, de 12 de diciembre, de servicios en el mercado interior, sólo es compatible con el Derecho Comunitario cuando su participación como sujetos en la intermediación laboral sea necesaria a los efectos de proteger a los trabajadores. Estas razones, por tanto, cuestionan si realmente se puede mantener un ámbito de funcionamiento tan reducido para las agencias de colocación, especialmente en aquellos espacios donde no tienen presencia los servicios públicos de empleo (como la recolocación)²⁶; pero también cuando esta actividad no pueda desarrollarse con las garantías necesarias para los usuarios de los servicios de intermediación laboral²⁷.

Por otro lado, la reforma laboral de 2010 y de 2012 también han facilitado la presencia de las empresas de trabajo temporal en las actividades de intermediación gracias a la eliminación de las restricciones que obstaculizaban su participación en algunos ámbitos, respondiendo con ello a la propuesta de ampliar sus funciones, más allá de la mera cesión de trabajadores, para ofrecer otros servicios como la selección de personal, la recolocación o la formación

²⁶ A este respecto, antes de la Directiva 106/2003, la STJCE de 11 de diciembre de 1997 (C-55/96), *Job Centre II*, consideró incompatible con el Derecho Comunitario aquellas restricciones impuestas a las agencias privadas de colocación cuando los servicios públicos de empleo no cumplan satisfactoriamente con la actividad de intermediación, como sucedía en el caso con la legislación italiana que prohibía el ejercicio de toda mediación entre la oferta y la demanda de trabajo remunerada, aunque tal actividad se desarrollara con carácter gratuito; lo que impedía que una sociedad cooperativa privada realizara en el territorio italiano estas actividades.

²⁷ Sáez Lara, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, nº 107, pp. 354-355.

de los trabajadores²⁸. Pese a lo anterior, subsisten importantes dudas respecto a su contribución real en la eficacia de las políticas de empleo. Pues, una vez reconocidas las agencias privadas de colocación, las Empresas de Trabajo Temporal que participen, tanto en la intermediación como en la colocación, precisarán un profundo cambio hasta convertirse en Agencias globales de empleo, con la consiguiente transformación de la oferta que realizan en el mercado desde empresas dedicadas a la cesión legal de trabajadores laborales hacia empresas dedicadas a la gestión de las ofertas y demandas de empleo²⁹.

También, en la misma línea de reforzar los servicios públicos de empleo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008, así como el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2012, han dispuesto la incorporación de nuevas figuras, como los promotores de empleo, a los servicios de intermediación públicos, con el fin de reforzar la intermediación en el mercado de trabajo. A ellos se suman otros sujetos, como son los agentes de desarrollo local, que vienen desempeñando una importante labor de intermediación en el ámbito local desde su introducción por la Orden Ministerial de 15 de julio de 1995. Y, más recientemente, también como novedad de las reformas iniciadas en 2008, se ha incorporado una nueva figura, los agentes de formación profesional, cuya concreción se encuentra aún pendiente de las convocatorias necesarias para contratar al personal encargado de estas funciones (artículo 10 del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero).

Por último, junto a esta ampliación de los sujetos que intermedian en el mercado de trabajo, el Real Decreto-ley 3/2012 rescata con gran acierto a las Escuelas Taller, las Casas de Oficio, los Talleres de Empleo y las Unidades de promoción y Desarrollo Local, suprimiendo la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2001, por la que se eliminaban estos instrumentos de

²⁸ Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “La reforma de la intermediación laboral en España”, *Actualidad Laboral*, nº 5, 2010, pp. 510 y ss.; García Gil, M.B.: Los instrumentos jurídicos de la política de empleo, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 94; Ortiz De Urbina Criado, M. y Romero Torres, M.: “La gestión de la temporalidad: el papel de las empresas de trabajo temporal”, *Boletín Económico del ICE*, nº 29-42, 2008, pp. 50. En contra, defendiendo que su presencia puede aportar más precariedad en el mercado de trabajo, Escudero Rodríguez, R.: “El AIEE y su traslación legislativa: Significación general y condicionantes específicos”, en *VVAA: Las reformas laborales 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 45; Sanguineti Raymond, W.: “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pp. 21-50.

²⁹ En ese sentido, las empresas de trabajo temporal que deseen participar en el mercado de trabajo para realizar funciones de intermediación, según el artículo 1 y la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2012, deberán presentar una declaración responsable que acredite el cumplimiento de los requisitos necesarios para intermediar en el mercado de trabajo, y actuarán con la identificación que tienen como empresas de trabajo temporal hasta que se les proporcione el número de autorización correspondiente como agencias de colocación (disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2012).

empleo con la entrada en vigor del Plan de Empleo de España (2012-2014). De tal manera que las CC.AA. seguirán impulsando programas específicos basados en estas herramientas, y donde se realizan funciones de intermediación cuando así se haya previsto en la convocatoria sobre la que se sustentan, debido a las oportunidades que estos programas ofrecen para favorecer la integración de quienes tienen especiales problemas de empleabilidad (los jóvenes o los trabajadores de edad avanzada).

3.2. La escasa ordenación de las funciones y de los espacios donde operan quienes realizan la intermediación laboral

Con el fin de contribuir a mejorar el funcionamiento de la intermediación laboral, el Real Decreto-ley 3/2011 ha realizado una importante concreción de las obligaciones y los derechos de los usuarios de los servicios públicos de empleo que, como contrapartida, se traducen en ciertas obligaciones para los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación que actúen como entidades colaboradoras.

En este sentido, siguiendo la línea de la regulación anterior, estos sujetos tienen que garantizar la igualdad en el acceso al empleo que comprende el control sobre toda práctica o conducta discriminatoria así como la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios públicos de intermediación laboral, tan relevantes para los demandantes de empleo en un mercado de trabajo que soporta importantes niveles de paro (artículo 16.2 del ET, artículo 19.ter del Real Decreto-ley 3/2011 y artículo 5.c) del Real Decreto 1796/2010). Asimismo, se recogen de manera expresa ciertas obligaciones que materialmente existían con anterioridad como el respeto a la intimidad y la dignidad de las personas gracias a su reconocimiento en el artículo 16 CE pero que ahora se atraen al terreno de la intermediación, subrayando la vigencia de estos derechos en actividades, como la orientación y la gestión de las ofertas de trabajo, donde puede existir una mayor desprotección e inseguridad para el demandante de empleo debido a la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra quienes tratan de acceder al mercado de trabajo o transitan hacia una ocupación mejor.

Estos derechos y obligaciones se concretan, por lo que se refiere a los servicios públicos de empleo, en un novedoso “catálogo de servicios”, de carácter mínimo y común para todo el territorio español, introducido con ocasión de la reformas derivadas de la presente crisis económica, cuyo cumplimiento constituye, según el artículo 19.ter del Real Decreto-ley 3/2011, tan sólo un “compromiso” de los servicios públicos de empleo, tanto estatales como autonómicos, con las personas y empresas usuarias de los servicios de intermediación. Lo que impide que podamos afirmar la existencia de un derecho a reclamar la prestación de este servicio o el equivalente económico que costaría su compra en el mercado privado; quedando, por tanto, en el terreno de las buenas prácti-

cas o intenciones que deben observar los servicios públicos, sin que se pueda derivar una pretensión jurídica sobre los instrumentos o mecanismos que se detallan en la norma³⁰.

Es más, los instrumentos o mecanismos previstos para desempeñar la intermediación son idénticos a los que ya existían con anterioridad. De hecho, la entrevista personalizada o el compromiso de actividad, a los que se refiere el artículo 19.*sexies* del Real Decreto-Ley 3/2011, se utilizan desde su introducción por la Ley 45/2002, siendo instrumentos ya suficientemente conocidos para los perceptores de las prestaciones por desempleo u otros beneficiarios de los programas de protección social con esta finalidad (renta agraria, renta activa o renta mínima), a los que se les exige la suscripción del compromiso de actividad para generar el derecho a percibir las rentas que se derivan de estas protecciones sociales. A este respecto, la única novedad reseñable es el acuerdo personal, por el que el trabajador ocupado se compromete a participar en acciones específicas para mejorar su empleabilidad, como son la búsqueda activa de empleo o la puesta en marcha de una iniciativa empresarial, con obligaciones semejantes a quienes suscriban el compromiso de actividad.

Estos avances en materia de intermediación laboral, sin embargo, no se han traducido en una ordenación clara de los sujetos que realizan esta actividad. En efecto, los artículos 13 y 17 de la LE, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2011, establecen un reparto de la intermediación en función del territorio, correspondiendo al servicio público de empleo estatal las

³⁰ En este sentido, cada servicio de empleo puede completar o desarrollar este catálogo, según la evolución del mercado de trabajo, las necesidades de las personas y las empresas, las prioridades establecidas en el Sistema Nacional de Empleo (artículo 19.ter del Real Decreto-ley 3/2011). Un catálogo de derechos que se ordena, según los usuarios de los servicios públicos de empleo, quedando concretado en ciertos instrumentos que la norma define con cierto ánimo de agotar la lista, pero sin que pueda afirmarse una novedad relevante en cuanto a los mecanismos o recursos que estos instrumentos incorporan. En este sentido, son comunes a las personas desempleadas y a las personas ocupadas, el diagnóstico individualizado sobre las competencias profesionales, la información y gestión de ofertas de empleo adecuadas, la información y orientación sobre el mercado de trabajo, el auto-empleo, la oferta de acciones de formación profesional para el empleo, así como el reconocimiento de las competencias adquiridas por la experiencia laboral mediante la correspondiente acreditación oficial. Mientras que son propias de las personas desempleadas, la promoción de prácticas no laborales de formación, el pago de las prestaciones y subsidios por desempleo, a los que tenga derecho. En cambio, son propias de las personas ocupadas, la orientación e información sobre el mantenimiento del empleo, la mejora de la cualificación profesional, la promoción profesional y el desarrollo personal de las personas trabajadoras y su derecho a la formación a lo largo de la vida, con especial indicación a los supuestos de riesgo en la pérdida del empleo. Por lo que se refiere a los servicios destinados a empresas, el tratamiento de las ofertas de empleo, incluyendo la publicidad como la colaboración en las entrevistas y procesos de difícil cobertura, la información sobre el mercado de trabajo, las medidas de fomento del empleo, las modalidades de contratación, el diseño de planes formativos y las ayudas a la formación para las personas trabajadoras, la comunicación telemática de la contratación laboral y de las altas, así como la información, el asesoramiento y la tutorización para la creación de empresas.

actuaciones que excedan del ámbito territorial de la CC.AA., como son las acciones dirigidas a la integración de los trabajadores inmigrantes, realizadas en los países de origen; la coordinación de los servicios autonómicos de empleo o la gestión de los programas que se establezcan con carácter excepcional y de duración determinada para su ejecución en todo el territorio nacional, cuando sea preciso la gestión centralizada; la coordinación e impulso de las acciones de movilidad en el ámbito estatal y europeo, así como la representación del Estado español en la red Eures (artículo 13 de la LE). A las que se suman otras como son el control y la gestión de las prestaciones por desempleo (o de otras protecciones sociales estatales complementarias a ésta), que también corresponden al servicio público de empleo estatal, con las excepciones ya conocidas: a) la vigilancia en el cumplimiento de las normas laborales, atribuidas a la Inspección del Trabajo, b) la gestión de estas prestaciones por desempleo u otras protecciones sociales con la misma finalidad, en aquellas CC.AA. que hayan asumido competencias en materia de políticas activas de empleo, donde la gestión es compartida, correspondiendo al servicio público de empleo estatal el reconocimiento de la prestación así como todas las circunstancias que acontezcan durante su transcurso (interrupciones, reanudación, compatibilidad), mientras que a los servicios autonómicos les compete el control del comportamiento o predisposición del beneficiario a buscar activamente una ocupación o a participar en aquellas ofertas de empleo adecuadas a su perfil profesional (artículo 13 de la LE).

Por otro lado, las CC.AA. tienen atribuidas las competencias en materia de intermediación, salvo las mencionadas anteriormente para los servicios públicos de empleo, ejerciendo esta actividad ya sea a través los servicios autonómicos creados al efecto, bien mediante la delegación de competencias a las Entidades Locales, o bien con los conciertos que establezcan con las empresas públicas, los organismos autónomos o las entidades colaboradoras previstas legalmente.

Por su parte, las agencias de colocación, tanto públicas como privadas, con las funciones propias de la intermediación laboral que venían realizando exclusivamente los servicios públicos de empleo, en aquellos ámbitos donde se determinen, tienen como función, según el artículo 5.c) del Real Decreto 1796/2010, garantizar la accesibilidad universal de las personas discapacitadas o la atención para los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, aunque también los servicios públicos de empleo deben asegurar, velar y promover el ejercicio efectivo de los derechos incorporados al estatuto jurídico del demandante de empleo. Mientras que, por su parte, las agencias de recolocación se ocupan, más específicamente, de procurar una nueva contratación de las personas que resultaran excedentes en los procesos de reestructuración empresarial (artículo 2 del Real Decreto 1796/2010). Pero también están obli-

gadas a cumplir con la igualdad de oportunidades, ejecutando planes específicos de empleo para los colectivos que encuentren más dificultades en su participación laboral.

De tal manera que las funciones de los intermediarios, tanto públicos como privados en los ámbitos donde se determine, son similares a las existentes antes de la reforma de 2010; a pesar de que uno de los defectos de la intermediación laboral, según se había señalado antes de la reformas iniciadas en 2008, precisamente se refería a la concurrencia (un tanto aluvional o desorganizada) de los diversos intermediarios³¹. Por lo que hubiera sido interesante una regulación más precisa de los ámbitos o las funciones, donde se concretara, entre otras cuestiones, si la intermediación laboral de los colectivos con dificultades de inserción laboral (las mujeres, los discapacitados, los jóvenes, los desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años, así como los inmigrantes) le corresponde a los servicios de empleo³², a las agencias de colaboración³³ o, por el contrario, como parece lógico, pueden concurrir ambos, según las posibilidades de éxito que tengan en un determinado espacio y tiempo³⁴.

4. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO FORMA DE CONSEGUIR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Aquellos mercados laborales donde existen importantes problemas de empleo para ciertos colectivos, como sucede en el español, precisan la creación de medidas o intervenciones específicas dirigidas a paliar estas dificultades. Con estas intervenciones, denominadas medidas o políticas selectivas de empleo, se trata de conseguir el disfrute efectivo de los derechos sociales para toda la población activa mediante una aplicación del Derecho que considera las circunstancias personales o sociales de quienes comparten ciertos rasgos comunes, es decir, de los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo.

³¹ García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: “Modernización del sistema público estatal de empleo, mejora de la intermediación y evaluación de las políticas activas de empleo: Una reforma otoñal”, *Temas Laborales*, nº 85, 2006, pp. 183 y ss.

³² Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “La reforma de la intermediación laboral en España”, ob. cit., pp. 510 y ss.

³³ Según el artículo 21.bis de la LE, las agencias de colocación “deberán” elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de los colectivos a los que se refiere el artículo 26 de la LE (las mujeres, los discapacitados, los jóvenes, los desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años, así como los inmigrantes).

³⁴ El Plan de Empleo (2012-2014), regulado en el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, finalmente ha adoptado esta decisión, al disponer que los servicios públicos de empleo podrán establecer acuerdos de colaboración con entidades privadas, con el fin de derivar hacia ellas las actuaciones relacionadas con el itinerario personalizado de empleo y la atención a las empresas, o podrán llevar a cabo estas actuaciones por su cuenta.

El origen de la intervención selectiva no es novedoso sino que se remonta, como forma de corregir los efectos adversos que la Segunda Guerra Mundial causó en la participación laboral de ciertos grupos de trabajadores, a determinadas intervenciones creadas en Estados Unidos (*War on Poverty*, EE.UU., 1964). Generalizándose como forma de intervención en el mercado de trabajo en la década de los noventa con el impulso de las políticas activas de empleo, en particular con la creación de programas específicos de intermediación laboral o mediante los incentivos a la contratación.

De hecho, en España, la intervención selectiva ha estado especialmente vinculada a los incentivos a la contratación, convirtiéndose en una de las medidas más significativas de las políticas de empleo desde que se introdujeran como forma de “luchar contra el paro” que afectaba a determinados grupos poblacionales: las mujeres, los jóvenes o los trabajadores de edad avanzada³⁵. Por lo que, como ha sucedido en otras ocasiones, las reformas dirigidas a combatir los efectos adversos de las crisis económicas, se han ocupado, entre otras cuestiones, de conseguir la igualdad de oportunidades para toda la población activa, fomentando el acceso o la reinserción en el mercado de trabajo de los colectivos con especiales dificultades de participación en el empleo mediante la reducción del coste económico originado por la contratación del trabajador inactivo o desempleado. A pesar de que, como forma de conseguir la igualdad de oportunidades, también existen otros instrumentos de empleo, más relacionados con el Derecho del Trabajo, que serán señalados tras el análisis de los incentivos a la contratación a los efectos de indicar otras posibles medidas selectivas de empleo que también favorecen la igualdad de oportunidades, aunque se utilicen menos por quienes diseñan estas intervenciones.

4.1. Incentivos estatales a la contratación como manifestación más relevante de las medidas de empleo

Desde el año 1994, los incentivos a la contratación habían quedado determinados en los programas de fomento del empleo que, con carácter anual, se venían aprobando para facilitar la contratación de los colectivos con más dificultades de empleabilidad. Dicha inestabilidad provocaba importantes problemas en la gestión de las empresas beneficiarias de estas ayudas, debi-

³⁵ Ley de 25 de junio de 1935, de medidas transitorias para remediar el paro obrero; Decreto 2431/1966, de 13 de agosto, sobre el empleo de los trabajadores de edad madura; Real Decreto 3281/1977, de 16 de diciembre, sobre empleo juvenil; Real Decreto 1384/1981, de 3 de julio, por el que se establecen normas de fomento del empleo para determinados grupos de trabajadores desempleados (BOE núm. 165, de 11 de julio de 1981); Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores “minusválidos”; Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos programas de apoyo a la creación de empleo, entre otras.

do a las constantes modificaciones que afectaban tanto a los colectivos cuya contratación se favorecía como al contenido de las ayudas. Con la intención de otorgar cierta estabilidad a la lista de los colectivos destinatarios de estas intervenciones, la reforma laboral de 2006 incorporó una norma específica, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, LCREM, que, sustituyendo a los programas anuales para el fomento del empleo, ordenó los incentivos a la contratación estatales con cierta vocación de permanencia. No obstante, más que lograr el objetivo de la estabilidad en los incentivos a la contratación, prácticamente desde su aprobación, la LCREM sufrió constantes modificaciones en su articulado normativo, provocando que resultara más difícil no sólo la gestión de las ayudas para las empresas beneficiarias, sino también su conocimiento³⁶. Junto a esta inestabilidad, el estudio histórico de los incentivos a la contratación revela una cierta ampliación de las bonificaciones; sobre todo en lo que respecta a los colectivos, pasando de centrarse en fomentar la participación laboral de los clásicos destinatarios de estas intervenciones (mujeres con especiales dificultades de inserción laboral, embarazadas o que hayan dado a luz; discapacitados; jóvenes; trabajadores de edad avanzada) a ocuparse también de otros colectivos destinatarios de la intervención selectiva (víctimas de la violencia de género y excluidos sociales). Con lo que los incentivos a la contratación, afectados por sucesivas ampliaciones, dejaron de tener sentido como forma de fomentar la participación laboral de los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo dado que estas intervenciones se generalizaron, aplicándose prácticamente a todos los grupos poblacionales, salvo a los hombres cualificados en edades comprendidas entre los treinta hasta los cuarenta y cinco años.

Partiendo de estos presupuestos, la Ley 35/2010 trató de simplificar los incentivos a la contratación, estableciendo una novedosa jerarquía en los colectivos con especiales dificultades de participación laboral, cuya ordenación se reitera en el Real Decreto-ley 3/2011, donde se contiene la última reforma de los incentivos estatales a la contratación, consistente en promover la participación laboral de los jóvenes sin cualificación profesional y los trabajadores de edad avanzada que se encuentren en desempleo de larga duración. Así, tras las modificaciones operadas, el artículo 2.d) de la LE, donde se mencionan con carácter general los colectivos con dificultades de integración laboral, se refiere a los siguientes

³⁶ Entre las reformas que afectaron a la LCREM, se pueden destacar, entre otras, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres; Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social; Real Decreto 1975/2008, de 2 noviembre, sobre responsabilidad familiar; Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción socio-laboral para las mujeres víctimas de la violencia de género; Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado; Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo de las personas desempleadas.

destinatarios clásicos de la intervención selectiva: las mujeres, los discapacitados, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada (mayores de cuarenta y cinco años que sean desempleados de larga duración). En la misma dirección, el artículo 19.*octies* de la LE (que modifica y sustituye al antiguo 26 de la LE), referido a los colectivos destinatarios de las políticas selectivas, llamados por la norma colectivos prioritarios, amplía en algunos aspectos la lista del artículo 2.d) de la LE, incluyendo a las personas en situación de exclusión social y a los inmigrantes entre los colectivos especialmente tutelados, al mismo tiempo que, por otro lado, restringe el colectivo de los jóvenes para fomentar la presencia tan sólo de quienes tengan un déficit de formación o cualificación profesional. Por su parte, el artículo 9 y siguientes de la LCREM, donde se concretan actualmente los colectivos destinatarios de los incentivos a la contratación, en la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2011, amplía la lista del 19.*octies* de la LE, incluyendo a las víctimas de la violencia de género (que ya estaban incluidas entre los destinatarios privilegiados en los anteriores programas) y a las víctimas de la violencia doméstica (que siempre han sido un colectivo solapado al anterior, salvo en algunas CC.AA. donde sí disfrutaban de intervenciones específicas). Todo ello al mismo tiempo que otras normas, como la Ley 45/2002 o Real Decreto-ley 1/2011, disponen incentivos a la contratación dirigidos a promover la participación laboral de los desempleados de larga duración.

De tal manera que los incentivos estatales a la contratación, con independencia de aquellos que favorecen el auto-empleo o la recuperación de sectores económicos con elevadas tasas de paro, se siguen utilizando para favorecer la presencia de una parte importante de la población activa, integrada por los siguientes colectivos:

1. Las mujeres siempre han sido uno de los destinatarios de los incentivos a la contratación, a pesar de que los programas de fomento del empleo no han sido suficientemente claros respecto de los rasgos que las definen como colectivos particulares: la infra-representación en el mercado de trabajo o la maternidad.

La Ley 35/2010, por su parte, ha simplificado los incentivos dirigidos a fomentar la participación de este colectivo, haciendo que sus bonificaciones o ayudas se incrementen en intensidad respecto de las bonificaciones previstas para los discapacitados, los desempleados, las víctimas de la violencia de género o doméstica, y eliminando los incentivos que bonificaban de forma independiente y exclusiva la participación laboral femenina. A pesar de que las mujeres han ocupado (y deberían seguir ocupando) un espacio relevante entre las medidas de fomento del empleo hasta que su inserción laboral en el mercado de trabajo sea suficientemente significativa y permanente como para justificar la supresión de estas intervenciones. Una situación que no se ha producido durante la presente crisis económica, pues la diferencia entre la participación de las mujeres y de los hombres en el mercado de trabajo se ha acortado por el incremento del paro masculino, sin que hayan conseguido una inserción estable de las mujeres en el empleo.

Por otro lado, en relación con los incentivos que facilitan la presencia de las mujeres que abandonaron el empleo debido a la maternidad, se mantienen los existentes antes de la Ley 35/2010³⁷. Pero estos incentivos no diferencian con claridad entre, de un lado, aquellos rasgos de desigualdad de las mujeres que se derivan exclusivamente del embarazo y la recuperación tras el parto, y, de otro lado, aquellas desigualdades derivadas de la responsabilidad familiar. Es más, el programa de incentivos a la contratación actual, además de no diferenciar entre estos dos factores, ha suprimido el programa extraordinario para la contratación indefinida de los trabajadores desempleados con responsabilidades familiares, en cuyo marco quizás resultara más adecuada la protección de las dificultades que tienen para participar en el mercado de trabajo no sólo las mujeres sino también los hombres que asumen el cuidado de sus allegados o familiares. Quedando, por tanto, como incentivos que favorecen la presencia de los responsables del cuidado familiar tan sólo aquellos que tratan de evitar que la suspensión del contrato, en los casos de maternidad (parto, lactancia, riesgo durante el embarazo) o paternidad, suponga un coste excesivo para el empresario³⁸.

2. Por otro lado, en cuanto a los discapacitados, son evidentes los esfuerzos que se han realizado para normalizar su empleo desde la entrada en vigor de la CE, como queda patente por la creación de instrumentos específicos, tanto en el mercado protegido (Centros Especiales de Empleo) como en el mixto (Enclaves Laborales o el Empleo con Apoyo) u ordinario, que tratan de favorecer su integración efectiva; muchos de ellos soportados o sustentados en su actividad mediante ayudas públicas³⁹.

Junto a éstos, también se han previsto incentivos a la contratación prácti-

³⁷ Aplicándose a las mujeres contratadas en los veinticuatro meses siguientes al parto; las mujeres contratadas después de los cinco años de inactividad laboral, si han trabajado, antes de su retirada, al menos tres años; las mujeres con contratos suspendidos que se reincorporen tras la maternidad.

³⁸ Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad; disposición adicional segunda Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y la mejora de su calidad; Real Decreto 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo y mejora de la calidad; Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas económicas; Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo; disposición adicional decimoquinta y décimo sexta de la LOI; disposición adicional séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales para el Estado para 2009 y disposición adicional quinta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

³⁹ En este sentido, la disposición derogatoria única y la disposición final duodécima rescatan de forma definitiva a las Unidades de Apoyo al empleo, el Empleo con Apoyo, los incentivos de los Enclaves Laborales o los incentivos a los Centros Especiales de empleo, en la misma dirección que el Plan de Empleo de España (2012-2014) que ha mantenido estos programas (Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo), eliminando con ello la supresión realizada por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2011, que había mantenido estos programas hasta la aprobación del Plan de Empleo de España (2012-2014), pero que preveía su derogación definitiva.

camente en todos los programas estatales de fomento del empleo, manteniéndose en el actual sin grandes modificaciones en cuanto a la delimitación de los discapacitados como colectivo destinatario de las medidas selectivas de empleo. Permanecen, así, no sólo los rasgos tradicionales que se han empleado para su identificación (discapacidad leve o severa, hombres o mujeres, mayores o menores de cuarenta y cinco años), sino también los tipos de ayudas (contratación indefinida y temporal). También se mantienen algunos incentivos según el tipo de empleo (mercado protegido, mixto u ordinario) sobre todo en las CC.AA., aunque la Ley 35/2010 ha realizado un importante esfuerzo en la simplificación de los incentivos estatales a la contratación que favorecen la presencia de los discapacitados en el empleo, tratando de unificar las ayudas a las que pueden acceder las empresas del mercado ordinario, protegido y mixto. Una aproximación entre las medidas de fomento del empleo dirigidas a los discapacitados que ha dejado a salvo, al menos de momento, a las bonificaciones a la contratación indefinida o temporal de discapacitados en Centros Especiales de Empleo, que se mantienen como un beneficio exclusivo de estas empresas en el programa estatal de fomento del empleo.

3. Por lo que se refiere a los jóvenes, las políticas de empleo españolas han empleado la edad como factor para delimitarlos, integrando en este colectivo a los mayores desde los dieciséis años hasta los treinta años, a diferencia de las orientaciones y directrices comunitarias en materia de empleo que han establecido, como tope máximo para sus intervenciones, los veinticinco años. Por otro lado, junto a la edad, las políticas de empleo españolas han empleado, para la creación de contratos temporales específicos de empleo, el factor de la cualificación profesional; un criterio que se ha utilizado con cierta habitualidad en las recomendaciones y en los programas de la Organización Internacional del Trabajo e incluso en la Unión Europea.

La Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 3/2011, por su parte, han empleado ambos criterios en la delimitación de las medidas selectivas dirigidas a los jóvenes, aunque los incentivos a la contratación introducidos tras estas normas, a diferencia de los programas anteriores de fomento del empleo que optaban por una consideración única o no fragmentada del colectivo (promoviendo la participación laboral de los jóvenes desde los dieciséis a los treinta años) se destinan sólo a los jóvenes con un especial déficit de cualificación profesional. A pesar de que esta novedad, ciertamente comentada en los estudios doctrinales realizados con ocasión de la reforma porque los incentivos a la contratación no han realizado esta distinción con anterioridad, ha sido corregida recientemente por el Real Decreto-ley 1/2011, donde se contiene un programa temporal de fomento del empleo para los jóvenes. Así, esta norma promueve, aunque sea con la provisoriedad característica que informa a los programas de empleo, la contratación de los jóvenes con edad igual o inferior a los treinta años. En la misma dirección, el

Real Decreto-Ley 3/2012 dispone un incentivo para la contratación de los jóvenes menores de treinta años (en el marco del nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores) ignorando la prioridad introducida por la Ley 35/2010. Tratándose de una corrección acertada, en lo referido al uso del factor cualificación profesional como forma de crear medidas particularizadas de empleo, pues difícilmente se puede considerar ajustada a las políticas selectivas de empleo una medida basada en la reserva de los incentivos a la contratación para favorecer exclusivamente el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes con especiales problemas de empleabilidad, cuando los jóvenes cualificados también están sufriendo los efectos negativos de la presente crisis económica⁴⁰.

Así, una vez analizadas estas orientaciones, y tratándose de una cuestión abierta, los incentivos a la contratación tienen sentido como medida para favorecer el acceso al empleo de los jóvenes con cualificación profesional o sin ella; siendo la edad, por tanto, el criterio más acertado para establecer las ayudas a la contratación. Con independencia de que el colectivo debería restringirse a los jóvenes entre los dieciséis y veinticinco años, ajustando el tope de la edad a lo dispuesto en las orientaciones y recomendaciones de empleo comunitarias, en la dirección del nuevo Plan de Empleo de España (2012-2014)⁴¹.

4. En cuanto a los trabajadores de edad avanzada, los programas de fomento del empleo estatales han modulado intensidades distintas para las ayudas que promueven su presencia en el empleo, utilizando como factores la edad del trabajador o el género, la situación de inactividad o el desempleo, y menos

⁴⁰ En efecto, la fragmentación del colectivo no responde a la pretensión de las reformas en materia de empleo, ya que la propia Ley 35/2010 trata de fomentar la presencia de los jóvenes en el mercado de trabajo, con independencia de sus rasgos dificultades particulares, como se deduce de otras medidas que tratan de favorecer la contratación de los jóvenes mediante los contratos formativo o la mejora de su protección social.

⁴¹ La ampliación del colectivo de los jóvenes más allá del tope establecido en la legislación comunitaria, sin embargo, no se trata de un hecho aislado que afecte de forma exclusiva a los incentivos. Pues, con la reforma laboral de 2012, al igual que sucede con los incentivos a la contratación, se avanza aún más en la dirección de ensanchar el colectivo de los jóvenes, ampliándose de forma excesiva los tradicionales límites en la edad para celebrar estos contratos con trabajadores jóvenes, con el fin de promover la contratación mediante estos instrumentos hasta los treinta años, mientras que la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del quince por ciento (disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 3/2012). Sin olvidar además que esta ampliación de los contratos formativos operada por las distintas reformas adoptadas desde su introducción por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, con el objetivo facilitar el acceso los trabajadores con dificultades de integración, ha provocado una pérdida quizás poco justificada de la selectividad que inspiró la introducción de este instrumentos como medida para favorecer el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, ob. cit., pp. 276 y ss. Por lo que sería conveniente revisar en profundidad los contratos formativos para adecuarlos al objetivo de favorecer la presencia de los jóvenes (desde los dieciséis hasta los veinticinco años) en el mercado de trabajo.

otros rasgos, como la cualificación profesional o la reconversión en el sector productivo (más utilizados en el ámbito autonómico o local).

En este extremo, la edad es el factor que permite identificar con más claridad a este colectivo, ya que su desigualdad en el mercado de trabajo se funda precisamente en los prejuicios sobre la contratación de los trabajadores mayores; de tal manera que otros factores, como el desempleo (que ahora emplean los incentivos estatales para delimitarlos)⁴² o el sector de actividad, no deberían utilizarse para excluir a los trabajadores de edad avanzada que cumplan estos requisitos de las medidas selectivas de empleo, sino como criterios para incrementar la protección cuando estos trabajadores se encuentren en una situación de desigualdad especialmente grave.

Por tanto, en relación con las fronteras que delimitan la protección de los trabajadores de edad avanzada, los cuarenta y cinco años justifica el inicio de la protección, en tanto que sus problemas de empleabilidad se manifiestan a partir de esta edad. Con independencia de que se establezcan diferentes intensidades, en función de los tramos de edad, para favorecer su participación laboral, según los siguientes criterios: de un lado, desde los cuarenta y cinco a los cincuenta y cinco años, y, de otro lado, desde los cincuenta y cinco años hasta que el trabajador reúna los derechos prestacionales para acceder a la jubilación. Y, también, en esta dirección, resulta coherente que se incentive el mantenimiento en el empleo de los trabajadores mayores de cincuenta y nueve años⁴³, aunque se puede discutir que estas bonificaciones no se limiten en los programas de fomento del empleo cuando el trabajador reúna los derechos prestacionales para acceder a la jubilación, pues la utilización de los recursos públicos de la manera más eficiente posible justifica esta restricción con el fin de promover la participación laboral de otros colectivos que no han conseguido una presencia tan estable en el mercado de trabajo (artículo 1 y ss. de la LCREM y Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado)⁴⁴.

5. También se ha promovido la contratación de las personas desempleadas en las reformas iniciadas con ocasión de la presente crisis económica. En

⁴² En este sentido, al margen de los incentivos previstos en la LCREM, el Real Decreto-ley 3/2012, en relación con el nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, introduce incentivos a las contrataciones realizadas con trabajadores mayores de cuarenta y cinco años que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo, al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación, con lo que este colectivo se restringe de nuevo en los programas de fomento del empleo estatales.

⁴³ En este sentido, la Resolución de 14 de noviembre de 2011, por la que se aprueba la Estrategia Global para el empleo de los trabajadores de más edad, contempla como medida ampliar las bonificaciones para favorecer la presencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de cincuenta y cinco años en adelante.

⁴⁴ Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, ob. cit., pp. 317 y ss.

este sentido, los incentivos a la contratación de los desempleados de larga duración fueron derogados por la Ley 35/2010. Pero, poco tiempo después, el Real Decreto-ley 1/2011, utilizando la clásica delimitación de este colectivo (personas desempleadas que lleven inscritas al menos doce meses en las oficinas de empleo, en el período de los dieciocho meses antes de la contratación), recuperó los incentivos a la contratación (indefinida, temporal, a tiempo completo o parcial), dirigidos a este colectivo. Asimismo, el Real Decreto-ley 3/2012, en el marco del nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, igualmente establece un incentivo para las personas desempleadas, aunque estas ayudas se limitan a los contratos celebrados con los perceptores de las prestaciones por desempleo contributivas que hayan recibido al menos durante tres meses la prestación. Con lo que se retrocede, una vez más, en los avances que la Ley 35/2010 había realizado en relación con la prioridad o jerarquía de los destinatarios de intervención selectiva. En esta ocasión además con una medida que favorecía la simplificación de los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo, al mismo tiempo que evitaba utilizar los incentivos a la contratación más bien como una medida económica, de recorte o restricción del gasto público derivado de la prestación por desempleo, sin incidir tanto en los factores de desigualdad⁴⁵.

6. Por último, las reformas han mantenido como colectivos beneficiarios de los incentivos estatales a la contratación a las víctimas de la violencia de género y de la violencia doméstica, así como a las personas en situación de exclusión social. Unos colectivos cuya incorporación a los incentivos ha sido más reciente, pero que igualmente necesitan de medidas que promuevan su participación laboral, como se constata por las dificultades que encuentran para integrarse de forma efectiva en el empleo o mantener la ocupación que venían desempeñando. De ahí que los incentivos a la contratación que se destinan a favorecer la integración de estos colectivos se mantengan sin cambios, bonificándose tanto la contratación inicial indefinida como temporal (artículo 2.5 de la LCREM). Y, por lo que se refiere a las víctimas de la violencia de género, se mantenga también el incentivo a la contratación de interinos para la sustitución de las trabajadoras víctimas de la violencia de género que hayan suspendido el contrato de trabajo o ejercido su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, con el fin de favorecer no sólo su continuidad en la empresa, sino también su mantenimiento en el puesto de trabajo (artículo 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género).

⁴⁵ Olarte Encabo, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 236.

4.2. Deficiencias de los incentivos a la contratación: otros instrumentos de empleo que fomentan la igualdad de oportunidades

Como se acaba de exponer, el objetivo de simplificar la lista se trata tan sólo de un intento perseguido sin mucho éxito por las reformas de empleo iniciadas desde el principio de la presente crisis económica. Las sucesivas modificaciones han matizado los cambios introducidos por la Ley 35/2010, por lo que se puede apreciar un cierto continuismo en los colectivos destinatarios de los programas estatales de fomento del empleo, cuya simplificación real tendrá que esperar de nuevo a las modificaciones que se introduzcan en el futuro, ya sea con ocasión de la entrada en vigor del Plan de Empleo de España (2012-2014) donde parece que existe un nuevo intento de simplificar los colectivos destinatarios de estas intervenciones e incluso de ordenar los incentivos, o bien con otras reformas.

Dejando a un lado esta cuestión, es preciso también tener en cuenta que los incentivos a la contratación que se han estudiado en el apartado anterior son únicamente los aplicables en el ámbito nacional, sin que se concrete o determine en ésta u otra norma el papel o la función de los existentes en otros espacios; de tal manera que a estos incentivos estatales pueden unirse los incentivos autonómicos o locales, con los límites y excepciones que se establezcan en las normas que los ordenan, así como en el Derecho Comunitario. Esto matiza aún más la funcionalidad de los incentivos a la contratación como forma de diseñar medidas de empleo realmente selectivas.

En la misma dirección, el papel destacado de los incentivos a la contratación en el conjunto de las políticas de empleo españolas contrasta, sin embargo, con sus limitaciones para la creación de empleo, no sólo por las dificultades de gestión que surgen en la propia empresa cuando se benefician de estos incentivos (compatibilidad entre distintas ayudas, respeto a las normas de competencia impuestas por el Derecho Comunitario), sino también porque su funcionalidad es muy limitada incluso para promover la contratación de los colectivos con más dificultades, especialmente cuando el empresario destina importantes recursos en el proceso de selección de los candidatos a ocupar los puestos vacantes de su empresa.

Esta situación, por tanto, impide que las políticas selectivas de empleo tengan el papel que se les atribuye, dado que el escaso uso de otras intervenciones concentra todo el peso en una medida, el fomento del empleo, que realmente no funciona con la efectividad deseada por las razones expuestas.

Conviene tener presente que, ante esta ineficiencia, también se han utilizado otras intervenciones, como la intermediación laboral, especialmente impulsada por la reforma laboral de 2010, con la creación de programas específicos para incrementar la participación de los desempleados en las acciones de em-

pleo y formación, facilitar la obtención de los títulos profesionales que son necesarios para ejercer ciertas ocupaciones, así como para mejorar la oferta formativa. De tal manera que, utilizando muchas veces medidas de protección social, las reformas han tratado de fortalecer el acceso a los servicios de empleo, creando programas específicos donde se les ofrece a los participantes la posibilidad de obtener una orientación al empleo personalizada así como una formación o reciclaje profesional conforme a sus propias necesidades⁴⁶. Esta forma de intervenir no puede considerarse como novedosa por cuanto son muchos los programas de empleo que han sido adoptados, tanto en España como en otros países de la Unión Europea, con esta misma estructura. Pero constituye una nueva orientación en cuanto al uso de los instrumentos que facilitan los objetivos perseguidos en las políticas de empleo, en tanto que se puede apreciar una presencia más relevante de la intermediación laboral en el conjunto de las medidas de empleo tras las reformas iniciadas en 2008, al mismo tiempo que se produce una cierta pérdida del protagonismo atribuido a los incentivos a la contratación en las anteriores políticas de empleo. Prueba de este cambio es la extensión de la intermediación laboral a ciertos usuarios que se encontraban más ajenos a estas medidas (trabajadores en activo y empresarios). Pero también la incorporación de nuevos instrumentos, entre los que se encuentra el itinerario individualizado y personalizado de empleo, actualmente restringido para favorecer la inserción de los jóvenes con déficit de formación o los trabajadores de edad avanzada en desempleo de larga duración.

Por tanto, el uso de otras intervenciones de empleo distintas al fomento de la contratación como forma de facilitar la igualdad de oportunidades de quienes tienen más dificultades de participación, sobre todo aquellas intervenciones que se conectan con las instituciones laborales, continúa siendo escaso. Sin embargo, las posibilidades son muchas en este terreno: desde el incremento de las preferencias en el acceso al empleo o la formación, actualmente reservadas para las mujeres o los trabajadores con responsabilidades familiares, hasta medidas que favorezcan la conservación del empleo, mediante la contratación temporal; el control más exigente de la extinción de la relación laboral cuando los trabajadores afectados pertenezcan a los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo; e incluso preferencias para estos colectivos en los supuestos de despidos objetivos por causas económicas y despidos colectivos. A las que se suman aquellas medidas protectoras de la relación laboral, como la suspensión del contrato de

⁴⁶ En este marco se inserta el plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por el Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, así como el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional.

trabajo, entre otras.

Algunas de estas propuestas han sido acogidas parcialmente por el Real Decreto-ley 3/2012, que se refiere a la posibilidad de introducir, ante las decisiones empresariales de movilidad geográfica y los despidos colectivos, prioridades para favorecer el mantenimiento en el empleo de los “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad” (artículos 11 y 18 del Real Decreto-3/2012, por el que se modifican respectivamente los artículos 40 y 51 del ET). Pero la norma exige que estas prioridades se establezcan mediante convenio colectivo o acuerdo durante el período de consulta, por lo que no se puede afirmar que se haya dado un paso definitivo en la dirección de implantar otras medidas selectivas de empleo distintas al fomento de la contratación, siendo necesario esperar a las prácticas negociales futuras para determinar la plasmación y alcance real de estas prioridades.

Es preciso destacar, sin embargo, antes de concluir el presente apartado, que las decisiones en este ámbito nunca serán fáciles. Pues, de un lado, estas intervenciones pueden tener un impacto significativo en el conjunto del Derecho del Trabajo que afecte a su vocación de ofrecer una protección generalizada a todos los trabajadores laborales; y, de otro, la intervención selectiva siempre plantea incertidumbres sobre la conveniencia de crear empleos excesivamente protegidos que susciten, como efecto adverso al que se pretende, el rechazo de los empresarios. Por ello, las medidas selectivas siempre deberán tener la medida necesaria de una norma con la vocación de temporalidad, llamada a su desaparición tras un período razonable.

5. UNA PLURALIDAD DE INSTRUMENTOS LABORALES DESTINADOS A FACILITAR LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

En una decidida apuesta por la flexibilidad interna, la Ley 35/2010 introdujo importantes modificaciones e incluso nuevos mecanismos para facilitar la gestión de las empresas ante situaciones de riesgo o peligro, relacionadas con la pérdida de los ingresos o de la competitividad, introduciendo cambios relevantes en la regulación de las causas y de los procedimientos que exceden

del *ius variandi* y la movilidad horizontal⁴⁷. En la misma dirección, el Real Decreto-ley 3/2012 ha tratado de flexibilizar aún más estas instituciones, incidiendo incluso en los conceptos de categoría y grupo profesional, para facilitar la gestión flexible de los recursos humanos en aquellas decisiones que afectan a la vida ordinaria de las empresas, con la eliminación del concepto categoría profesional y la asignación del trabajador únicamente al grupo profesional, lo que facilitará aún más estos cambios, debiendo adaptarse los convenios colectivos actuales a la regulación actual como máximo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta norma (artículo 8 del Real Decreto 3/2012, por el que se modifica el artículo 22 del ET, y disposición adicional octava del Real Decreto 3/2012).

Particularmente, con el propósito de flexibilizar el marco laboral, la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 3/2012 se centran en ciertos instrumentos que claramente facilitan la adaptación de la empresas a la realidad del mercado, permitiendo que se altere o transforme, en concreto, el contenido de la prestación de servicios (movilidad funcional vertical o modificación sustancial de las condiciones de trabajo), el lugar donde se desarrolla la actividad laboral (movilidad geográfica), el tiempo de trabajo (distribución irregular de la jornada mediante la creación de bolsas de trabajo similares a las que existen en otros países europeos, como Alemania), o la remuneración del trabajador (desuelgue salarial), de una forma más sencilla. Pero, sobre todo, como novedad más destacada de las modificaciones introducidas en materia de flexibilidad

⁴⁷ En este sentido, como se sabe, los conceptos de categoría y grupo profesional siempre se han reflejado de manera muy ambivalente en el texto del ET, permitiendo la flexibilidad necesaria para gestionar la empresa en situaciones donde las medidas son menos traumáticas, García Murcia, J.: “Movilidad funcional y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 58, 2005, pp. 93-95. Por el contrario, los cambios en las condiciones contractuales inicialmente pactadas que exceden del *ius variandi* y la movilidad horizontal, según se deduce del ET, exigen la concurrencia de causas de índole económica, técnica, organizativa o de la producción, así como el seguimiento de un procedimiento concreto, donde participan los representantes de los trabajadores, e incluso la autoridad gubernamental en el caso de los despidos colectivos, que el empresario debe seguir antes de implantar la medida, para la validez de estas decisiones (artículos 39.2, 3 y 4; 40, 41, 47 del ET). Lo que había limitado el uso de estas herramientas como forma de adecuación de las necesidades empresariales a la realidad del mercado. Quizás porque la rigidez, pero también porque todas exigencias impuestas por la norma son muy similares a los requisitos establecidos para los despidos por causas económicas. De tal manera que los empresarios acudían a la extinción contractual como procedimiento para solventar la situación de desajuste, siendo más excepcional que analizaran la situación de la empresa desde la conservación del empleo, para adoptar medidas transitorias o definitivas que alteraran las condiciones de trabajo inicialmente acordadas. De hecho, según un informe publicado por el Banco de España en el año 2009, disponible en <http://www.bde.es/webbde/es/secciones/informes/>, sólo el 4'6% de los empresarios optarían por reducir los salarios frente al 70% que decidiría despedir antes que adoptar otras medidas. Además, de este porcentaje, el 58'3% de los empresarios resolvería los contratos de trabajo temporales; mientras que el 11'8% decidiría cesar a los trabajos indefinidos.

laboral, se regula la suspensión temporal del contrato de trabajo por causas empresariales, a la que ya se refería el Real Decreto-ley 2/2009, de 8 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo, superando las dificultades que encontraba su implantación efectiva, y acercándonos con ello a las soluciones dadas a la presente crisis económica en otros países europeos (Alemania)⁴⁸.

1. Como uno de los obstáculos que han encontrado estas decisiones empresariales ha girado en torno a los casos en los que está permitido recurrir a la flexibilidad interna, la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 3/2012 han incidido de manera especial en las razones o los motivos que permiten el uso de los mecanismos de flexibilidad laboral. En concreto, partiendo de que el ET exige, como causa común para todos los cambios que exceden de la movilidad funcional horizontal y del *ius variandi*, la concurrencia de causas de índole económica, técnica, organizativa o de la producción para que el empresario realice cambios relevantes en la prestación de servicios, tanto las *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo como la movilidad geográfica*, según se deduce de su regulación, se convierten en mecanismos preventivos de la pérdida de competitividad, en el caso de que sea necesario mejorar las “perspectivas” de la empresa mediante la adecuada organización de los recursos o evitar su evolución negativa, con la Ley 35/2010 (artículos 40 y 41 del ET)⁴⁹. O más directamente, tras la reforma laboral de 2012, estas instituciones se pueden emplear con mucha más facilidad, incluso cuando no exista esta recesión o pérdida de competitividad en la empresa a la que se refería la Ley 35/2010, siempre que su uso se justifique en razones de “competitividad, productividad u organización técnica del trabajo o de la empresa”, y en el caso de la movilidad geográfica además de las anteriores en “las contrataciones referidas a la actividad empresarial” (artículos 40 y 41 del ET en la redacción dada por el artículo 11 y 12 del Real Decreto-ley 3/2012).

En la misma dirección, como instrumento de gestión ordinaria, *la distribución irregular de la jornada*, tras el Real Decreto-ley 7/2011, se incorporó como un nuevo contenido obligatorio de los convenios colectivos, con el mismo propósito de facilitar el ajuste de la empresa a las exigencias del mercado, según se deducía de la regulación legal, donde se admitía esta medida para favorecer la “posición competitiva” de la empresa en el mercado o “una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad en el empleo” (artículo

⁴⁸ Un estudio detallado de esta medida puede encontrarse en González Ortega, S.: “La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española”, ob. cit., pp. 181.

⁴⁹ Del Rey Guanter, S.: “Las medidas sobre la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales*, n° 107, 2010, pp. 173.

lo 85.3.i) del ET)⁵⁰. No obstante, el artículo 14 del Real Decreto-ley 3/2012 ha eliminado esta referencia, con lo que se suprimen del contenido obligatorio de los nuevos convenios que se negocien tras la entrada en vigor de esta norma, aunque este instrumento no se pierde totalmente. Pues el Real Decreto-ley 3/2012 facilita aún más las decisiones empresariales relacionadas con las modificaciones del tiempo de trabajo, ya que la empresa puede distribuir irregularmente a lo largo del año hasta un cinco por ciento de la jornada de trabajo, en defecto de convenio colectivo o acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa (artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 34.2 del ET). Con lo que la distribución de la jornada se convierte en un instrumento de gestión incluso más ordinario que antes de la reforma laboral de 2012.

Por lo que se refiere a las causas que justifican el *descuelgue salarial*, esta medida tan sólo se admitía cuando la empresa acreditara “una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo” en la empresa (artículo 82.3 ET en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2011). Así, la norma permitía el descuelgue salarial para evitar un problema presente o futuro de la empresa, aclarando que la situación debía ser persistente, aunque el precepto legal no exigía la acreditación de pérdidas. Tras la reforma laboral de 2012, se flexibilizan aún más el uso del descuelgue salarial motivado por las causas técnicas, organizativas o de la producción, pues se definen ahora en la norma sin que se concrete si es necesario o no acreditar pérdidas (lo que permite su uso en ambas circunstancias), sin necesidad de que estas mermas económicas sean persistentes, ni tampoco se precisa que el empresario justifique esta medida en el mantenimiento de los empleos existentes en la empresa⁵¹. En la misma dirección, las causas económicas también se flexibilizan pudiendo emplearse en el caso de que existan o no pérdidas económicas, pues ahora tanto el descenso de ingresos como el detrimento de ventas justifican esta medida, como se deduce de la redacción legal dada por el Real Decreto-ley 3/2012, que admite el descuelgue salarial cuando de “los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en tales casos como la existencia de

⁵⁰ García-Perrote Escartín, I.: “El favor por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva”, en VV.AA.: *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 203.

⁵¹ Artículo 14 del Real Decreto-ley 3/2012: “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios”

pérdidas actuales o previstas”, pero también cuando exista una “disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas”, entendiéndose que la disminución es persistente en todo caso cuando se produce durante dos trimestres consecutivos. También el descuelgue salarial por causas económicas (al igual que sucede con el motivado por causas técnicas, organizativas o de la producción), se admite incluso cuando la medida no se justifique como forma de mantener el volumen de empleo existente en la empresa, tras el Real Decreto-ley 3/2012.

En cuanto a la *reducción de la jornada y la suspensión temporal del contrato de trabajo*, las causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción no se especificaban en la Ley 35/2010, pero se admitía su uso exclusivamente cuando la medida fuera “necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural”. No obstante, la reforma laboral de 2012 elimina esta especificación, con lo que desaparece las limitaciones existentes, siendo más fácil acudir a estos instrumentos como forma de gestionar la empresa de una forma más flexible (artículo 47 del ET).

Por tanto, las diferentes redacciones legales dadas a las mencionadas herramientas de flexibilidad laboral interna, tanto por la reforma laboral de 2010 como por la reforma de 2012, permiten concluir que ambas se dirigen a facilitar el uso de estos instrumentos por parte de los empresarios. No obstante, se puede extraer también importantes diferencias en cuanto a su configuración legal que impiden pronosticar si la reforma laboral de 2012 ha supuesto o supondrá un avance en el uso adecuado de los instrumentos de flexibilidad interna por parte de los empresarios, debido a que se eliminan determinados requisitos o especificaciones que graduaban los instrumentos de flexibilidad en atención a la situación de la empresa, esbozando una ordenación o prelación de estas herramientas de flexibilidad interna. En este sentido, la reforma laboral de 2012 facilita el uso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica ante situaciones menos críticas, perdiendo en parte la función de mecanismos preventivos atribuida expresamente por Ley 35/2010 a estos instrumentos. En la misma dirección, también facilita el descuelgue salarial (sobre todo en las causas técnicas, organizativas o de la producción); pese a que la conexión exigida entre el riesgo y el daño empresarial servía para interpretar, antes de la reforma laboral de 2012, que el descuelgue salarial se trataba de una medida más excepcional que las anteriores, funcionando siempre como un instrumento de flexibilidad de segundo nivel. Igual consideración merecía la reducción de jornadas y la suspensión temporal del contrato por causas empresariales, cuyo uso se condicionaba a que la medida contribuyera a “superar” la situación de la empresa, tratándose igualmente de un instrumento flexibilidad interna de segundo nivel, antes de la reforma laboral de 2012. De tal manera que las reformas laborales de la presente crisis económica no han concretado la jerarquía u ordenación entre las citadas medidas, pero las inter-

pretaciones antes efectuadas sobre la reforma laboral de 2010 permitían sostener una claridad mayor en cuanto a la ordenación de los instrumentos antes de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012.

En este sentido, las medidas menos agresivas (como la modificación de las condiciones de trabajo o la distribución irregular de la jornada) deben emplearse antes que otras donde se puede incluso provocar una pérdida del salario e incluso del empleo (como ocurre respectivamente con el descuelgue salarial, la reducción de la jornada y la suspensión del contrato por causas empresariales). Además, se puede afirmar que la reducción de jornadas y la suspensión del contrato únicamente son medidas funcionales cuando la empresa tiene solvencia para continuar la actividad, pero su situación precisa de la reducción de la jornada o la suspensión temporal para afrontar las dificultades temporales que aquejan a su continuidad. Pues, como en el descuelgue salarial, estas medidas sólo tienen sentido cuando se pueda evitar que la empresa recurra al despido. Por lo que sería conveniente, ante la ausencia de una ordenación clara y definitiva de estos instrumentos, una mayor precisión a la hora de regularlos.

En efecto, las causas que el empresario debe acreditar o justificar para implantar una medida de flexibilidad interna, como se ha apuntado, son menos exigentes tras las reformas de 2010 y de 2012. Ahora bien, otra cosa distinta es si realmente estas modificaciones han conseguido o conseguirán en el futuro incentivar el uso de estas herramientas, particularmente tras la eliminación de los requisitos legales que permitían esbozar una ordenación de los instrumentos de flexibilidad interna (efectuada por la reforma laboral de 2012). O si, por el contrario, estos cambios tan sólo abren la posibilidad de que los empresarios opten por las medidas de flexibilidad interna, pero igualmente recurran en situaciones de crisis o de mejora de la posición competitiva a la extinción contractual; ahora no porque encuentren obstáculos para aplicar estas medidas, sino tan sólo por las facilidades o beneficios que la regulación legal de los despidos les ofrezca en estos casos.

A este respecto, las reformas laborales citadas también han flexibilizado el *despido por causas económicas*, facilitando su uso como forma de gestionar la plantilla de la empresa cuando concurran causas técnicas, económicas, organizativas o de la producción. En efecto, la vaguedad del precepto donde se regulaban los despidos por causas económicas, antes de las reformas laborales de 2010 y de 2012, exigía en su aplicación práctica que el empresario acreditara “pérdidas actuales”, “cuantiosas” y “continuadas” (artículo 51 y 52.c) del ET en la redacción anterior a la presente crisis económica)⁵². Con la reforma laboral de 2010, se flexibilizan aún más las causas del despido por causas económicas, pudiendo emplearse como forma de “favorecer la posición competi-

⁵² STS de 11 de junio de 2008 (RJ 3468/2008).

tiva de las empresas o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, lo que eliminaba la necesidad de acreditar pérdidas económicas. No obstante, la exigencia de la “razonabilidad” entre las causas concurrentes en la empresa y la decisión empresarial de recurrir a los despidos por causas económicas, que se reflejaba de forma expresa en la Ley 35/2010, imponía una justificación rigurosa de los despidos, derivada de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en relación con la situación de la empresa, funcionando como contrapeso a la flexibilidad que podía deducirse de la regulación legal de los despidos por causas económicas tras la Ley 35/2010. Además, esta norma exigía que la causa concurrente en la empresa y que justificaba el despido por causas económicas pudiera afectar “a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo” existente (artículo 51 y 52.c) ET en la redacción dada por la Ley 35/2010). De tal manera que, con estas restricciones, se favorecía que los empresarios acudieran a la flexibilidad interna como forma de gestionar la empresa en situaciones excepcionales o críticas, recurriendo a los despidos económicos sólo en los supuestos más graves⁵³, en coherencia con el planteamiento de impulsar una gestión de los recursos humanos más dúctil mediante los instrumentos de flexibilidad interna que se han estudiado en este apartado, olvidando o relegando a un segundo plano los instrumentos de flexibilidad externa, como son las modalidades contractuales o la extinción de la relación laboral.

En la línea de flexibilizar aún más los despidos por causas económicas, la reforma laboral de 2012 diferencia, según la causa que concurre en la empresa, el régimen jurídico aplicable en cada uno de los casos. En este sentido, se definen las causas técnicas, organizativas o de la producción, pero sin especificar cuando el empresario puede utilizarlas para justificar el despido por causas económicas, lo que permite plantear si es necesario o no que existan pérdidas, si la situación de crisis por la que atraviesa la empresa debe ser temporal o per-

⁵³ Así, la mayoría de los pronunciamientos judiciales recaídos desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010 se refieren a despidos objetivos o colectivos donde existían pérdidas incluso continuadas, aunque en los razonamientos se hace notar que, tras la Ley 35/2010, no se exige que la empresa haya tenido resultados negativos, STSJ de Galicia, de 27 de octubre de 2010 (AS 2016/2010); STSJ de Galicia, de 5 de abril de 2011 (JUR 1873/2011); STSJ de Castilla y León, de 24 de mayo de 2011 (JUR 195211/2011); STSJ de Castilla y León, de 24 de mayo de 2011 (JUR 195220/2011); STSJ de Galicia, de 13 de mayo de 2011 (JUR 206629/2011); STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de mayo de 2011 (JUR 206707/2011); STSJ de la Rioja, de 14 de abril de 2011 (JUR 185450/2011). En coherencia con esta interpretación, no se ha exigido la acreditación de pérdidas, entre otros, en los casos enjuiciados por la STSJ de Madrid, de 11 de julio de 2011 (JUR 287498/2011); STSJ de Murcia, de 18 de julio de 2011 (JUR 322390/2011); STSJ de Asturias, de 29 de julio de 2011 (JUR 315658/2011); STSJ de Asturias, de 22 de julio de 2011 (JUR 286114/2011). La prueba de que existan pérdidas para empresa, no obstante, se mantiene, en algún pronunciamiento, enjuiciado con la Ley 35/2010, STSJ de Andalucía, 21 de julio de 2011 (JUR 330426/2011).

sistente, o si el despido debe ser la única medida que pueda evitar a la larga una destrucción de empleo más intensiva⁵⁴. Y, en relación con las causas económicas, se modifica tan sólo parcialmente la regulación de la Ley 35/2010 que antes era aplicable para todas las causas, entendiendo que concurren el despido por razones económicas cuando se desprenda, de los resultados de la empresa, una situación negativa, por “la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos” (tras las reformas laborales de 2010 y 2012) o “de ventas” (tras la reforma laboral de 2012). Además, se aclara, como complemento a la nueva regulación legal, que la disminución se considerará “persistente” si se produce durante tres trimestres consecutivos; con lo que se cierra la posibilidad de comprobar si realmente la situación por la que atraviesa la empresa es definitiva. De tal manera que, con la reforma laboral de 2012, esta exigencia de la “razonabilidad” entre la decisión empresarial y los despidos por causas económicas, como se puede constatar por la redacción dada al artículo 51 del ET, desaparece del articulado normativo. También se elimina, como requisito o condicionante para recurrir a los despidos por causas económicas, la justificación de la viabilidad o la capacidad de mantener el nivel de empleo en el futuro. Con lo que se logra, en definitiva, una mayor flexibilidad en los despidos por causas económicas.

De tal manera que, como cierre al análisis de las causas que justifican el uso de los instrumentos de flexibilidad, las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 3/2012, según se ha podido comprobar, facilitan el recurso a los instrumentos de flexibilidad interna, aunque pueda discutirse que se haya caminado en la dirección de establecer una jerarquía clara entre ellos o avanzar en las relaciones que estos instrumentos mantienen con las medidas de flexibilidad externa. También incide de forma discutible en la flexibilidad externa, concretamente en el despido por causas económicas, eliminando o mermando su uso como un instrumento de gestión empresarial más extraordinario o excepcional, lo que también resulta discutible por el elevado coste económico y social derivado de los despidos por causas económicas.

2.- Por otro lado, como también los instrumentos de flexibilidad interna habían encontrado especiales problemas en lo referido a los procedimientos, la Ley 35/2010 ha tratado de flexibilizar los mecanismos exigidos para adoptar estas decisiones, aunque se mantiene la orientación clásica de exigir el acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y los empresarios, incluso

⁵⁴ Artículo 18.tres del Real Decreto-ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 51 del ET: “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios”.

en el Real Decreto-ley 7/2011, que ha incidido en la negociación colectiva para flexibilizar aún más esta materia. En efecto, los procedimientos se simplifican, estableciendo formas más sencillas para que el empresario pueda adoptar estos cambios, e incluso plazos más cortos para hacer efectiva la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la reducción de la jornada o la suspensión temporal del contrato de trabajo. Asimismo, las reformas acometidas salvan, en cierta medida, los problemas que se planteaban en relación con las modificaciones sustanciales o el descuelgue salarial, cuando la decisión debía acordarse con los representantes legales de los trabajadores, pero la empresa carece de tales representaciones, permitiendo que, en este caso, el acuerdo se adopte con una comisión integrada por trabajadores de la empresa elegidos democráticamente o por los sindicatos más representativos y representativo del sector al que pertenece la empresa⁵⁵.

En la misma dirección, se ha impulsado la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna, otorgándole un espacio más relevante tanto a los convenios como a los acuerdos colectivos de empresa. Pese a que los importantes cambios introducidos en esta materia por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, mantienen las ideas básicas de la negociación colectiva tradicional, sin alterar los principios sobre los que se funda el sistema de relaciones laborales español. Así los convenios colectivos estatutarios, seña distintiva de nuestro sistema de negociación colectiva, conservan su vocación de afectar a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de la negociación, así como su eficacia general o normativa. De ahí que se mantengan las reglas que imponen la presencia de ciertos sujetos en las mesas de negociación según el ámbito y tipo de convenio, la empresa o las asociaciones empresariales más representativas, los representantes unitarios o los sindicatos más representativos o con representación suficiente. Lo que permite, en definitiva, la fijación de las condiciones de trabajo en atención a lo dispuesto tanto en los convenios colectivos de empresa como en los convenios colectivos supra-empresariales.

Por último, como cierre de este apartado, es preciso también subrayar que el Real Decreto-ley 3/2012 ha eliminado la perceptiva autorización administrativa en la suspensión temporal del contrato de trabajo y en la reducción de las jornadas por causas empresariales, así como en los despidos colectivos (expediente de regulación de empleo temporal o definitivo), aunque se mantiene la comunicación a la autoridad laboral, la apertura del periodo de consulta con los representantes de los trabajadores o con una comisión designada a estos efectos y, en el caso de que fuera necesario, el control judicial sobre la decisión empresarial de recurrir a estas medidas. Lo que introduce una importante mo-

⁵⁵ González Ortega, S.: “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en Rodríguez-Sañudo, F. y Carrizosa Prieto (Coord.): *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 151 y ss.

dificación en los procedimientos exigibles para aplicar estas herramientas, dirigida a facilitar la gestión de la plantilla incluso en los casos más excepcionales, que afecta ahora también a los instrumentos de flexibilidad externa (artículos 13 y 18 del Real Decreto-ley 3/2012).

6. CONCLUSIONES

Analizado el alcance de las reformas en materia laboral y empleo iniciadas desde el año 2008 para corregir los efectos de la presente crisis económica, así como las líneas básicas que se deducen de los cambios introducidos, parece oportuno realizar una valoración de conjunto sobre su alcance real en la ordenación del mercado de trabajo.

En este sentido, las reformas laborales son insuficientes para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, aunque las medidas que se han adoptado para hacer frente a la actual crisis económica, como se ha destacado, se han ocupado sobre todo en la relación laboral, las reformas estudiadas mantienen importantes conexiones con otras medidas, como las fiscales o las de protección social, que también contribuyen a mejorar el mercado de trabajo. Se debe, por tanto, valorar de forma positiva la ampliación progresiva, acontecida desde el inicio de la presente crisis económica, de las materias afectadas por la reforma.

Como aspecto menos positivo, sin embargo, la técnica legislativa empleada se ajusta poco a los principios que deben regir estas actuaciones, pues muchas de las medidas están pensadas para su implantación de forma jalonada o progresiva, en períodos de meses e incluso años. Con una razón loable de fondo, como puede ser incidir en el mercado a medida que se precisa la intervención otorgando una cierta confianza, dicha manera de legislar dificultan el conocimiento de las normas, haciendo más compleja su aplicación por los empresarios y los sujetos colectivos, así como su control por los órganos judiciales.

Por lo que se refiere a los objetivos perseguidos, las reformas se han centrado en aquellos aspectos que podían ser más efectivos para dinamizar el mercado de trabajo (la activación, la igualdad de oportunidades y la flexibilidad interna), aunque los instrumentos utilizados tienen evidentes limitaciones para combatir la destrucción de empleo y mejorar el funcionamiento del mercado laboral.

En este sentido, en cuanto a la activación del mercado laboral, es claro que se han producido avances relevantes en materia de intermediación, como el incremento de los sujetos que realizan estas actividades o la creación de un estatuto jurídico bastante amplio de los usuarios de los servicios de interme-

diación laboral. Todo ello contrasta con la ausencia de una ordenación concreta de las funciones o competencias de cada uno de los sujetos que desempeñan estas actividades, quizás porque la intermediación laboral es una competencia netamente autonómica, donde no se ha conseguido encontrar un equilibrio adecuado entre las funciones del servicio de empleo estatal y los servicios de empleo autonómicos. Ni tampoco parece que las agencias de colocación, sobre todo las privadas, hayan conseguido realmente introducirse como sujetos de la intermediación laboral, dado que su espacio vendrá determinado por las CC.AA. De tal manera que, tras un año desde la aprobación de la reforma laboral en esta materia, subsisten importantes dudas en torno a si las reformas emprendidas han sentado las bases para avanzar hacia la eficacia y efectividad de la intermediación laboral.

Por lo que se refiere a la igualdad de oportunidades, las reformas acometidas han optado por utilizar los incentivos a la contratación como herramienta para favorecer la participación laboral, tratando de simplificar los incentivos estatales a la contratación con el fin de hacerlos más efectivos. No obstante, las sucesivas ampliaciones en los programas aprobados tras la Ley 35/2010, así como la concurrencia de otros incentivos en el ámbito autonómico o local, han hecho que la situación sea prácticamente igual a la existente antes de la reforma, manteniéndose las bonificaciones para los mismos grupos poblacionales. Y ello a pesar de que la reiteración de las medidas selectivas provoca una generalización de estas intervenciones poco favorable para los objetivos perseguidos, ya que los colectivos destinatarios pierden el beneficio de un acceso más restringido o preferente a estas medidas, haciendo que las políticas selectivas de empleo, en definitiva, pierdan su sentido y su eficacia como herramientas para promover la participación laboral de quienes tienen dificultades para integrarse en el mercado de trabajo.

Por último, la opción de avanzar hacia la flexibilidad interna parece razonable dadas las circunstancias del mercado español, pues las reformas anteriores habían provocado una importante dualidad y segmentación, derivada precisamente del permisivo uso de los contratos temporales y de la descentralización productiva (la subcontratas o las empresas de trabajo temporal), haciendo necesario un cambio de orientación en el sentido de las políticas de empleo, donde se evitara promover la flexibilidad externa como forma de intervención en el mercado de trabajo.

Pero las reformas introducidas no garantizan suficientemente que las instituciones analizadas se utilicen, de forma razonable y adecuada, como instrumentos de gestión de aquellas empresas que precisan su adecuación a las exigencias del mercado. Pues, como se analizó, el legislador ha modulado distintas intensidades en relación con cada uno de los instrumentos, pero la norma no obliga a recurrir a una u otra medida. A diferencia de lo que ocurre en el

ordenamiento alemán, donde sí existe una jerarquía entre los distintos instrumentos; de tal manera que el empresario necesariamente acude primero a las bolsas de trabajo, siendo otras medidas, como la reducción de la jornada o la suspensión del contrato, más excepcionales.

Por otro lado, nos encontramos ante instrumentos preventivos de la extinción contractual que realmente no evitan el despido por causas económicas. En efecto, el descuelgue salarial, la reducción de la jornada o la suspensión del contrato pueden significar un abaratamiento temporal de los costes salariales, sin impedir que finalmente el empresario, incluso en un espacio breve de tiempo, acuda a la extinción contractual.

Además, estas medidas que inciden en la flexibilidad laboral precisan igualmente la modificación de los sistemas de protección social, con el fin de compensar el marco regulador más dúctil de la relación laboral con unas prestaciones, sobre todo de desempleo, que faciliten las transiciones laborales⁵⁶. Por el contrario, los cambios se han enmarcado en la línea de reforzar la protección para paliar los efectos económicos de la crisis, sin que se haya alterado el control de quienes se encuentran en una situación por desempleo. Con lo que esta flexibilidad laboral, desde el análisis de una reforma que ha optado por aplazar las modificaciones necesarias para orientar las políticas de empleo hacia la flexi-seguridad, resulta ciertamente incompleta o deficiente, no sólo para quienes siguen pensando que se precisa un marco regulador aún más dúctil, sino también para los trabajadores cuya seguridad en el mercado de trabajo se encuentra cada vez menos protegida.

⁵⁶ Gómez-Millán Herencia, M.J.: “El papel de la protección social en las nuevas políticas públicas de empleo: flexiguridad y mercados transicionales”, en VV.AA.: *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social. Homenaje al Profesor D. Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, Sevilla, 2011, pp. 118-137.