

ESTUDIOS

REGULACIÓN DEL TRABAJO Y POLÍTICA ECONÓMICA

DE CÓMO LOS DERECHOS LABORALES MEJORAN LA ECONOMÍA

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS PROVIEW™

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Regulación del trabajo y
Política económica.

De cómo los derechos
laborales mejoran la
Economía.

Adrián Todolí Signes

*A todos los maestros del Derecho del trabajo que argumentaron y lucharon
para cimentar esta disciplina.*

Solamente a hombros de gigantes se ha podido construir este relato

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
PARTE I:	16
II. JUSTIFICACIONES DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	18
1. La disociación entre trabajo y comercialización del resultado del trabajo	18
2. La disociación capital y trabajo: la tecnología.....	21
3. Evolución del Derecho del Trabajo	27
3.1 Expansión del Derecho del Trabajo	28
3.2 Declive del Derecho del Trabajo	31
III. CAMBIOS EN EL MUNDO DEL TRABAJO: EL DERECHO DEL TRABAJO CONTEMPORANEO	37
1. El contexto ideológico-político.....	37
2. Contexto empresarial	40
2.1. La reducción de la jerarquía y el control sobre los trabajadores.....	40
2.2. La externalización productiva y la subcontratación.....	46
3. El contexto tecnológico	50
3.1 Automatización y robots.....	50
3.2 Plataformas digitales	56
3.3. Digitalización y la formación continua	58
PARTE II: EL RELATO EN EL DERECHO DEL TRABAJO: JUSTIFICACIONES Y OBJETIVOS DE LAS NORMAS LABORALES	61
IV. LA BÚSQUEDA DE LA EFICIENCIA.....	64
1. Eficiencia, crecimiento económico y productividad.....	64
2. Fallos de mercado	67
V. POLÍTICA ECONÓMICA.....	85
1. Nuevos contenidos para la política económica.	85
2. Nuevos objetivos para el Derecho del trabajo dentro de la política económica	88
2.1 Acuerdos de libre comercio.....	88
2.2. Concentración de empresas	90
2.3 Tamaño de las empresas.....	92

2.4 Impuesto de sociedades dependiendo del número de trabajadores.	98
3. Critica al Derecho del trabajo como regulador del mercado de trabajo.	101
4. Pocos argumentos para la desregulación.....	108
VI. LOS VALORES: EL DESEQUILIBRIO DEL PODER DE NEGOCIACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA	113
1. No todo es crecimiento	113
2. El reequilibrio del poder de negociación.....	114
3. Critica al desequilibrio en el poder de negociación como justificante del Derecho del trabajo.....	121
VII. LA (PRE)DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA.....	124
1. El incremento de la desigualdad en el reparto de la riqueza generada .	124
1.1 El incremento de la desigualdad.....	124
1.2 El Derecho del trabajo como redistribuidor de la renta.....	125
1.3. La tecnología y la globalización como factores que reducen el poder de negociación.	129
2. Meritocracia y justicia distributiva.....	132
3. Eficiencia frente a justicia distributiva	137
3.1. La justicia distributiva	137
3.2 Trabajo garantizado o ingreso mínimo vital.....	139
3.3 Crítica a la renta básica.....	141
3.4 Otros instrumentos: el reparto del trabajo y el trabajo garantizado	144
VIII. VALORES LIBERALES, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DEL TRABAJO	146
1. Los valores liberales en el contrato de trabajo.....	146
2. Derechos humanos y Derecho del trabajo	149
IX. LA DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS PROPIOS TRABAJADORES: LA IGUALDAD	156
1. Nuevas “prioridades”.....	156
2 El reconocimiento de las desigualdades	161
3. Justificaciones basadas en el mérito	163
4. De vueltas con la protección de la eficiencia	166
PARTE III.....	171

EL CONCEPTO DE “GENUINO EMPRESARIO” COMO DELIMITADOR DEL DERECHO DE TRABAJO.....	171
X. LOS “AUTÓNOMOS” NO EXISTEN.....	173
1. Eliminando la dependencia jurídica como criterio delimitador de las normas laborales.....	173
2. La evolución del modelo económico y su vinculación con la menor dependencia jurídica del trabajador.....	175
3. Ámbito de aplicación de las normas laborales para que puedan cumplir sus funciones.....	183
XI. LA “ESTRUCTURA EMPRESARIAL RELEVANTE” COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	201
1. “Trabajo personal”.....	201
2. “No ser un genuino empresario”	204
XII. CONCLUSIONES. MITOS SOBRE LA REGULACIÓN LABORAL Y LA ECONOMÍA.....	219

“Las certezas reconfortan, pero solo se aprende dudando”

El laberinto de los espíritus

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en la era de los 140 caracteres. Mensajes sencillos y cortos, repetidos hasta la saciedad, que dejan poco espacio para el debate, la reflexión y la profundidad. Una forma de comunicación que promueve los mensajes efectistas y la creación de prejuicios y mitos en cualquier materia. Sin tiempo para reflexionar y debatir sosegadamente para alcanzar consensos, las previas concepciones se asientan y los planteamientos se extreman. Estamos en una época en la que las creencias individuales superan los hechos. Los datos cada vez tienen menor relevancia a la hora de decidir un posicionamiento político o regulatorio, siendo sustituido por las sensaciones, las creencias, las suposiciones o las previas convicciones. Las consecuencias de dar prevalencia a estos últimos sobre los primeros son bien conocidos: las posiciones se radicalizan.

En los últimos años estamos contemplando un incremento de la polarización política en los países desarrollados que muchos creíamos ya superadas, tras la II Guerra Mundial, para siempre. Desde el Brexit, al fenómeno Trump en EEUU, Hungría, Francia, Italia, son ejemplos de fragmentación de la sociedad que hace veinte años hubieran parecido imposibles. Los que sean entusiastas de *El Ala Oeste de la Casa Blanca* sabrán a qué me refiero. Revisitar la mítica serie en la actualidad hace percatarnos de la confianza férrea que existía en aquella época en la posibilidad de mejorar a través del debate y la reflexión. Una forma de ver la política que solamente dos décadas después nos parece, no ya excesivamente optimista, sino completamente irreal. Por desgracia, representan mucho

mejor el funcionamiento de la sociedad actual series como la *Voz más alta*, en la que las cadenas de televisión rechazan los debates pausados para ofrecer el micrófono a aquellos que “gritan más fuerte”, por encima de la voz del resto, cuando no deliberadamente conceden la palabra solamente a aquellos que repiten los mantras que la editorial desea transmitir.

Como científicos sociales nuestro trabajo consiste en hacer lo contrario. Analizar la realidad y ofrecer interpretaciones sobre esos datos que ayuden a mediar en esa división¹. Tender puentes que permitan a cada lado entender lo que el otro está proponiendo. Rechazar la calificación de las personas, sino atacar a los argumentos. Escuchar y debatir, alejándonos de las preconcepciones y ofrecer argumentaciones que permitan destruir los prejuicios y los mitos. Esto es lo que pretende (modestamente) hacer este trabajo.

El Derecho del trabajo y la economía son dos disciplinas que históricamente han vivido una a espaldas de la otra. No es solo que no se entiendan entre ellas, sino que hablan en idiomas distintos. Habiendo estudiado en la Universidad la carrera de Economía y de Derecho me percaté muy pronto de los distintos principios y motivaciones que mueven a cada disciplina. Mientras el Derecho se encarga de resolver conflictos -cuando no hay disputas no hacen falta abogados-, la Economía analiza cómo optimizar el uso de recursos -presumiendo que la escasez es siempre conflictiva-. Mientras el Derecho piensa en los individuos y en sus derechos individuales que deben ser protegidos frente a la mayoría, la Economía -o parte- considera que la utilidad de la mayoría puede justificar matemáticamente el perjuicio de unos pocos. Estas, y otras diferencias, han conducido a un distanciamiento cada vez mayor, provocando, en el mejor de los casos, que se ignoren mutuamente y, un enfrentamiento directo, en el peor.

No ayuda a la conciliación el hecho de que aquellos que representan a los “economistas” en televisión o en la prensa suelen ser portavoces de una empresa -jefe de economía del banco X o empresa Y- que no tienen problema en ignorar las evidencias con tal de introducir los intereses de su empleador en el discurso público. Esto provoca que la percepción social que se tiene de los “economistas” actualmente es que todos son

¹ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, 2019, p. 2.

acérrimos creyentes de un omnipotente mercado que no requiere regulación alguna². No es de extrañar que con esta percepción de lo que son los “economistas”, más errónea que acertada, los juristas se sientan amenazados y rechacen las tesis económicas, aunque solo sea por el hecho de que sin la existencia de regulación la profesión de jurista desaparecería.

Particularmente esto ocurre con el Derecho del trabajo. Desde los años ochenta, la política económica y laboral ha sido copada por el llamado “Consenso de Washington”³. A partir de este momento, los países desarrollados, y también en vías de desarrollo, se han centrado en la liberalización de los mercados y la desregulación del mercado de trabajo. Los países han adoptado una política de libre mercado y de *laissez-faire* en política industrial y laboral con un incremento del poder unilateral del empresario para tomar decisiones, con una correspondiente reducción de los costes de contratar y despedir trabajadores –la mal llamada flexibilidad externa- e incluso para reducir salarios y ampliar jornada de trabajo –flexibilidad interna⁴- como única forma de alcanzar el crecimiento económico y la eficiencia. Todo ello, cuando no se ha acusado directamente a la legislación laboral de perjudicar a aquellos que pretende proteger⁵.

Se ha planteado así un *trade off* entre crecimiento económico y regulación laboral⁶. Una disyuntiva a la que los laboristas han reaccionado mayoritariamente de dos maneras: i) buscando minimizar los efectos de las normas laborales en la economía, esto es, alegando que el desempleo y el crecimiento económico depende de otros factores distintos a la regulación laboral; ii) argumentando que, si hay que elegir entre crecimiento económico y derechos de los trabajadores, se debe optar por la segunda. Esto es, se argumenta que los derechos laborales responden a valores sociales deseados en una democracia que no pueden ser arrebatados mediante las condiciones determinadas por el

² BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 2.

³ Este término fue acuñado por el economista Williamson, John. El objetivo era describir un conjunto de fórmulas relativamente específicas, las cuales consideró que constituían el paquete de reformas para los países en desarrollo azotados por la crisis, de acuerdo con las instituciones bajo la órbita de EEUU, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial. WILLIAMSON, J., “What Washington Means by Policy Reform”, en FRIEDEN, J., PASTOR, M. & TOMZ, M., *Modern Political Economy and Latin America*, Instituto de Economía Internacional, 1990.

⁴ HOWE, J., “The Broad Idea of Labour Law: Industrial Policy, Labour Market Regulation, and Decent Work”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 309.

⁵ CARD & KRUEGER, *Myth and measurement: The New Economics of the Minimum Wage*, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

⁶ OKUN, *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*, Bookings Institution, 1975.

mercado. Se añade, además, que estas condiciones laborales, cuando se dejan en manos del mercado son precarias e indeseables.

Sin embargo, la realidad es que cuarenta años después no parece que ninguno de estos dos argumentos haya conseguido frenar el envite de la desregulación. Por eso, en este estudio, se pretende añadir al discurso laboralista una justificación distinta, y adicional, para su propia existencia (a la vez que se espera acercar posiciones y abrir un dialogo pausado entre la política económica y el Derecho del trabajo) que se oponga a la desregulación. En este estudio se argumentará que no existe disyuntiva entre la regulación laboral y el crecimiento económico porque los derechos de los trabajadores actúan como promotores de la eficiencia económica y de la productividad laboral. Entre otras razones debido a que los derechos de los trabajadores ponen límites a la competencia en costes de las empresas incentivando la inversión en tecnología, la formación de los trabajadores y la innovación organizativa que acaba provocando mejoras en la economía.

Con las justificaciones actuales existentes en el Derecho del trabajo, que se niegan a reconocer los efectos que las mismas pueden provocar en la economía, se ha permitido el avance de la desregulación. Es necesario reconocer que las normas tienen efectos relevantes en los comportamientos de los individuos -no son neutras-, pero también que pueden ser usadas para mejorar la economía⁷. Los discursos imperantes que minimizan los efectos de las normas laborales en la economía –“las reformas laborales ni crean ni destruyen empleo”- impiden reformas ambiciosas que mejoran la situación económica y su uso como forma de redistribuir la riqueza. De hecho, la propia ansiedad generada por el miedo a que cualquier extensión de los Derechos laborales pueda provocar ineficiencias en el mercado o generar desempleo suele funcionar como mecanismo de *autoprotección*. Un ejemplo de esto ocurrió en Francia con la instauración de la jornada de 35 horas.

La jornada de 35 horas fue regulada en Francia en 1998 por la coalición socialista del Gobierno de Lionel Jospin. La nueva ley, llamada Aubry I, estableció un límite de 35 horas semanales de trabajo en la empresa privada. La reducción de tiempo de trabajo debía ser implementada sin reducción de salarios. Se estableció un tiempo progresivo de aplicación dependiendo del tamaño de la empresa y se establecieron incentivos fiscales a aquellas empresas que negociaran colectivamente la reducción con objeto de incorporar

⁷ MAZZUCATO, *Mission Economy*, Penguin Books, 2021, p. 20.

a los agentes sociales en el proceso y de reducir la carga financiera soportada por la empresa. Concretamente, aquellas empresas que incrementaran el empleo un 10% a través de la reducción de la jornada de trabajo recibirían bonificaciones en materia de Seguridad Social⁸. El objetivo de la normativa era, en primer lugar, incrementar el empleo, a través de un reparto de la carga del trabajo y, en segundo lugar, mejorar el bienestar de los trabajadores.

Esta norma de 1998 tuvo una fuerte oposición por parte de la patronal. Se alegó que provocaría una reducción de la productividad y la competitividad de las empresas y que tendría como resultado el cierre de empresas francesas, la descentralización productiva hacía países con mano de obra más barata y, en definitiva, pérdida de empleo. Como resultado de esta confrontación en 2001 se modificó la normativa -Albury II- permitiendo que la jornada laboral de 35 horas computara de media en carácter anual, autorizando la acumulación de las horas de trabajo, aunque superaran las 40 horas semanales en algunos momentos. Posteriormente, el Gobierno hizo más ajustes debilitando aún más la normativa. En 2003 el Gobierno de Fillion incrementó el límite de las horas extra máximas permitiendo *de facto* que las empresas volvieran a su jornada de trabajo anterior. Así a través del mecanismo de las horas extraordinarias se podía superar legalmente las 35 horas incluso en cómputo anual. Esto es, antes de que se pudieran comprobar los efectos reales sobre el nivel de empleo y la productividad laboral, el gobierno cedió a las presiones y “eliminó” la normativa. Los temores a unos efectos indeseados pudieron más que la voluntad política de incorporar cambios que mejoraran la situación o al menos lo intentaran.

De hecho, los estudios elaborados con posterioridad sugieren que la normativa tuvo beneficios positivos en la reducción de la jornada de los trabajadores, en la creación de empleo y en la productividad laboral. Concretamente, Eurostat⁹ muestra que durante el periodo 1998 a 2002 la media de horas de trabajo semanales para los trabajadores a tiempo completo descendió, pero empezó a aumentar de nuevo a partir de 2003 debido a

⁸ ESTEVAO, M. & SÁ, F., “The 35-hour work-week in France: straightjacket or welfare improvement?”, *Economic Policy*, v. 23, n. 55, 2008, p. 422.

⁹ EUROSTAT, “Average number of usual weekly hours of work in main job, by sex, professional status, full-time/part-time and occupation (hours)”, 2019, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/-/LFSA_EWHUIS

los cambios normativos posteriores¹⁰. El estudio de Askenazy¹¹ sugiere que los trabajadores a tiempo completo vieron reducida su jornada laboral un 10%, lo que provocó la creación de 350.000 empleos¹². En el mismo periodo, las estadísticas del Ministerio Francés mostraron un incremento en la productividad laboral¹³. Por último, respecto al bienestar laboral, el sociólogo Francés Dominique Méda a través de una encuesta masiva con más de 1000 sujetos encuestados sobre los efectos de la normativa en 2001 arrojó resultados positivos para la mayoría de trabajadores. Adicionalmente, se observa una mejora particularmente para las mujeres¹⁴. El estudio puso de manifiesto como muchos trabajadores, predominantemente mujeres, pasaron de trabajo a tiempo parcial a tener trabajo a tiempo completo mejorando la economía desde una perspectiva de género¹⁵. De esta forma, se comprueba que no fueron los datos, ni la “economía” la que demostró que esta era una mala medida, sino el temor a las críticas y el miedo a la innovación regulatoria en materia laboral la que la hicieron desaparecer de forma “preventiva”.

En este trabajo se pretende desmontar los mitos y prejuicios existentes alrededor de los Derechos de los trabajadores y reivindicar su papel en la mejora de la eficiencia económica.

La desregulación iniciada en la era Thatcher-Regan no parece que esté dando los mejores resultados en la economía de los países desarrollados. La propia respuesta a la pandemia mundial del Covid19 demuestra la necesidad de intervención pública en la economía. Por muy sencillo que nos resultara culpar a las cámaras de eco y a las redes sociales del aumento de la crispación, la frustración, la rabia y el incremento del conflicto acaecido en las últimas décadas, el problema parece mucho más profundo. La radicalización actual de la sociedad parece más bien el resultado de la creciente desigualdad.

¹⁰ SKIDELSKY, L., “How to achieve shorter working hours”, *PEF*, p. 32, disponible en https://progressiveeconomyforum.com/wp-content/uploads/2019/08/PEF_Skidelsky_How_to_achieve_shorter_working_hours.pdf

¹¹ ASKENAZY, P., “Working time regulation in France from 1996 to 2012”, *Journal of Economics*, v. 37, n. 2, 2013, p. 335.

¹² SKIDELSKY, L., “How to achieve shorter working hours”, *op. cit.*, p. 32.

¹³ SKIDELSKY, L., “How to achieve shorter working hours”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴ MÉDA, D., “The French experience” en COOTE, A. & FRANKLIN, J., *Time on our Side: Why we all need a shorter working week*, New Economics Foundation, 2013.

¹⁵ ASKENAZY, P., “Working time regulation in France from 1996 to 2012”, *op. cit.*, p 336.

Los “perdedores” de la globalización -trabajadores de la industria manufacturera- y de la digitalización -trabajadores cualificados y no cualificados- se sienten desplazados de la sociedad y menospreciados en sus legítimos derechos¹⁶. Los jóvenes que han sufrido dos crisis económicas, del tamaño de las que se supone que ocurren solo una cada cien años, antes de llegar a los treinta años confían cada vez menos en la clase política y en el sistema económico. Las imposibilidades de estos colectivos de verse en mejor situación, conforme pasan los años, es un caldo de cultivo de los radicalismos, de los gritos, de la violencia y del conflicto. El propio FMI avisa de que la pandemia puede ser un catalizador de estallidos sociales a nivel mundial. En efecto, la reducción del crecimiento económico y el aumento de la desigualdad provocada por la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto las fracturas ya existentes en la sociedad: la falta de protección social, la desconfianza en las instituciones, la percepción de incompetencia o corrupción de los gobiernos, etc¹⁷. En este contexto, no parece descabellado sostener que estemos repitiendo la historia. Así, volviendo a niveles de desigualdad económica propios de antes de la II Guerra Mundial, con mercados de trabajo desregulados y precarios propios de esa época, los resultados de dicha situación empiezan a repetirse: división, conflicto y violencia.

En este sentido, en este trabajo se analizará cómo, en respuesta a esta situación, y con visos de que no volviera a repetirse, los gobiernos de los países desarrollados erigieron el Estado del bienestar, donde se inserta, como uno de los pilares que permiten garantizar la necesaria seguridad económica y un reparto equitativo de los beneficios generados en la economía, el auge del Derecho del trabajo. Y como, con la desaparición de ambos elementos, a través de la desregulación y las políticas de no intervención en la economía, de nuevo se genera desigualdad, frustración y conflicto.

Ahora bien, estas justificaciones pasadas para la necesidad del Derecho del trabajo no parece que sean suficientes. El contexto actual, globalización y digitalización (especialmente potenciada por la Covid19), es muy distinto a los años de expansión del Derecho del trabajo.

¹⁶ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit.

¹⁷ SAADI SEDIK, T., & XU, R., “A Vicious Cycle: How Pandemics Lead to Economic Despair and Social Unrest”, *IMF Working Paper*, n. 216, 2020.

Por esta razón, tras el análisis del contexto actual se presentará un moderno discurso claro, coherente y actualizado de las funciones del Derecho del trabajo y de las razones que justifican su necesidad –no como disciplina académica, sino- como elemento útil para la sociedad del S.XXI. Desde planteamientos liberales se ponen en duda todas las instituciones laborales (salario mínimo, indemnización por despido, horas máximas de trabajo, promoción de la negociación colectiva...) y, por ello, se hace imprescindible un análisis de cada una de ellas para garantizar que existen buenos fundamentos para su mantenimiento o progresión. Esto solamente se puede hacer si existe un discurso actualizado y coherente de la necesidad del Derecho del trabajo que dé respuesta a cuestiones, de un lado, sobre el contenido del Derecho del trabajo –esto es, qué funciones tiene que cumplir-, de otro lado, sobre el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo –quién necesita la regulación laboral-.

No parece que se pueda vivir de las justificaciones pasadas (de las “glorias pasadas”) en un contexto ideológico, empresarial y tecnológico manifiestamente distinto. Al menos, no sin un nuevo análisis desde la perspectiva actual que valide o refute esas justificaciones y las contraste con otras nuevas.

Este no es un reto sencillo dado que las leyes no dejan de ser el resultado de una historia y un compromiso político en un momento dado¹⁸. Por ello, solamente pueden darse por válidas aquellas justificaciones que sean aceptadas por todo el espectro ideológico –dentro de un Estado Social y de Derecho- actual. Ahora bien, no es menos cierto que las leyes también son el resultado de un *relato* que consigue imponerse en un momento dado, por lo que, de lo que no cabe duda es que, sin ese discurso moderno y actualizado conforme a los valores actuales, difícilmente se podrá superar el llamado “declive” del Derecho del trabajo.

Así, en este libro se analizará un conjunto de justificaciones que avalan la vigencia y necesidad del Derecho del trabajo en la actualidad a la vez que le asignan nuevas funciones –adicionadas a la de protección de la parte contractual débil- a la misma conforme al contexto político, empresarial y tecnológico actual.

¹⁸ COLLINS, H., LESTER, G. L. & MANTOUVALOU, V., “Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?”, en *Philosophical foundations of labour law*, Oxford University press, Oxford, 2018, p. 3.

Este nuevo contexto, con formas de organización empresarial muy distintas a las existentes en los inicios del Derecho del trabajo, hacen también necesario contemplar un nuevo concepto de trabajador, esto es, un sujeto de aplicación de las normas laborales menos restrictivo que el vigente. El modelo de regulación laboral actual gira en torno a la existencia de dependencia jurídica -sometimiento a las instrucciones y a un control por parte del empresario- en la prestación de los servicios como característica principal del contrato de trabajo¹⁹.

Sin embargo, si se desea modernizar el Derecho del trabajo, adaptarlo las nuevas formas organizativas empresariales y que sea un instrumento útil para la política económica, lo primero que se debe hacer -y ya se está haciendo²⁰- es eliminar el requisito de dependencia jurídica con el empresario como puerta de entrada a las normas laborales. En efecto, si se desea que las normas laborales cumplan sus funciones de eficiencia, distribución de la riqueza e igualdad es necesario que se abandone la dependencia jurídica como criterio delimitador de su aplicación.

En este trabajo se argumentará que el criterio de la dependencia jurídica responde a la situación en la que se encontraban los trabajadores de las grandes fábricas en los inicios del Derecho del trabajo²¹. Sin embargo, en la actualidad, derivado de las nuevas formas organizativas, otros sujetos, con mucha mayor libertad *formal* para elegir sus horarios, para elegir dónde trabajar o para elegir como desarrollar su trabajo también requieren de la aplicación de la regulación laboral. Son sujetos que forman parte del mercado laboral puesto que venden su fuerza de trabajo a un tercero que lo incorpora a los productos o servicios que ofrece al mercado, por tanto, no se les puede tratar jurídicamente como empresarios. De esta forma, en la última parte de este trabajo se justificará la necesidad de un nuevo concepto de trabajador que permita diferenciar, en el

¹⁹ En España, art. 1 del ET recoge la dependencia y también la ajenidad, pero con el paso del tiempo la primera de las dos ha aumentado de importancia, RODRIGUEZ PIÑERO, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo” *RPS*, 71, 1966. En EEUU, los Tribunales aplican, mayoritariamente, el “right to control test” para descubrir si existe subordinación y calificar como laboral. SPRAGE, R., “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to fit in Round Holes”, *A.B.A. Journal of Labor & Employment Law*, n. 31, University of Wyoming, 2015, p. 16. En Italia, art. 2094 del Código Civil que regula el contrato ordinario de trabajo hace referencia al trabajo subordinado. En los Países Bajos, el contrato de trabajo se encuentra regulado en el art. 7:610, párrafo 1, del Código Civil, donde la puesta a disposición de otra persona para prestar servicios es el único elemento calificativo.

²⁰ TODOLÍ SIGNES A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan Harremanak - Revista de relaciones laborales*, n. 41, 2019.

²¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, op cit., p 45; PÉREZ AMORÓS, F., “El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo Español”, *Revista de Política Social*, n. 133, 1982, p 87.

contexto de una prestación de servicios, a un trabajador de un *genuino empresario*. Así, solamente aquellos que puedan considerarse genuinos empresarios en la prestación del servicio quedarían excluidos de la regulación laboral.

“Todo debe cambiar para que nada cambie”

El gatopardo

PARTE I: EL ORIGEN DE LA NECESIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS PARALELISMOS CON LA SITUACIÓN CONTEMPORANEA

La necesidad de “modernización” de la regulación laboral es una idea repetida hasta la saciedad. Desde todos los espectros políticos se defiende la exigencia de cambiar las normas laborales para adaptarlas a los tiempos actuales. Sin embargo, aquí acaba el consenso. Mayores dudas surgen cuando se pretende analizar qué es lo que realmente ha cambiado y porqué las normas actuales ya no sirven en el modelo económico productivo actual. Y, por supuesto, aún existe menor consenso cuando se pretende proponer cambios normativos concretos que tenga por objeto “actualizar” las normas laborales y su ámbito subjetivo de aplicación.

De esta forma, todo análisis que se precie, que ambicione renovar las justificaciones de la propia existencia de las instituciones laborales, debe partir de un estudio de cuáles fueron los fundamentos jurídicos que dieron origen a las mismas y cuál fue la situación económica y productiva que dio pie a su nacimiento. Con esto se estará en disposición de examinar las circunstancias actuales y conocer, sin poner en duda que estas han cambiado, si estas se han modificado en lo esencial: con objeto de averiguar si existe realmente necesidad de realizar cambios y con qué dirección e intensidad deben acometerse.

En el próximo capítulo se analizará las causas que produjeron la necesidad de una intervención normativa en el mercado de trabajo. De un lado, se estudiarán las causas de la pérdida de poder de negociación de los trabajadores a lo largo del tiempo mediante tres mecanismos: i) la disociación entre el trabajo y la comercialización de este; 2) la necesidad de capital/tecnología para poder producir eficientemente; 3) la fungibilidad de los trabajadores frente al mercado derivado de la tecnología. De otro lado, se analizará como la pérdida de rentas de los pequeños propietarios en los inicios del S. XX abocó a

gran parte de esa pequeña burguesía a vivir de su trabajo. Lo que incrementó las demandas de regulación del mercado laboral.

Conocidos los orígenes se pasará a analizar los cambios sufridos en las últimas décadas en el modelo productivo. Esto es, la desaparición de la empresa integrada verticalmente y de la jerarquía empresarial sustituida por un autocontrol del trabajador, la aparición de la subcontratación y las cadenas mundiales de producción y la intensificación de la tecnología como elemento esencial en la producción (digitalización y automatización).

Con ello se examinará también los efectos producidos por estos cambios en el mercado de trabajo: principalmente la dualidad del mercado de trabajo y el incremento de la precariedad laboral de la mano de la desregulación.

Así se estará en posición de comparar, a grandes rasgos, la situación que dio origen a la necesidad de las normas laborales y la situación actual para poder concluir que, a pesar de la exigencia de modernización de las instituciones laborales, los fundamentos originarios (debilidad negocial y las causas que la provocan) no parecen haberse eliminado, sino acrecentado con los cambios sufridos en el modelo productivo en las últimas décadas (globalización y digitalización).

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. La disociación entre trabajo y comercialización del resultado del trabajo

A lo largo de distintas épocas históricas existen grandes diferencias sustanciales en la formulación jurídica de las relaciones de trabajo. Así, se pueden identificar tres grandes modelos de adjudicación de los resultados de trabajo²².

Durante el periodo de la Grecia y Roma Clásica²³ el uso más extendido para obtener fuerza de trabajo era el del trabajo esclavo. Aquí, las personas eran consideradas cosas pertenecientes al propietario del esclavo. El que detenta la propiedad de la persona esclava es dueño a su vez de su fuerza de trabajo y recibe los frutos del trabajo de éste. En este periodo también existen, en menor medida, los libertos –trabajadores libres a cambio de un salario- y propietarios agrícolas²⁴.

A lo largo de la Edad Media las relaciones de trabajo están basadas en la servidumbre. En este sistema feudal el señor de la tierra adquiere la potestad de beneficiarse de los frutos obtenidos no solo de la tierra sino del trabajo de aquellos que la habitan²⁵.

Adicionalmente, en esta época también existían los gremios de artesanos y otras profesiones “libres”. Profesiones, y prestaciones de servicios, fuertemente regulados por los gremios, que prestaban servicios directamente para el mercado. A su vez, dichos profesionales tenían asalariados y aprendices a su cargo²⁶ que, en cualquier caso, se mantenían a pequeña escala.

En la Edad Moderna, por primera vez, el trabajo a través de la servidumbre y la fuerte regulación gremial irá reduciéndose, dando paso a otro tipo de fórmulas para la

²² BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, quinta edición, Tecnos, Madrid, 1988.

²³ En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit.; ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª edición revisada, Edersa, Madrid, 1981; SERRANO CARVAJAL, J., “Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, n. 119, 1978; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, vigésimo segunda edición, Tecnos, Madrid, 2001.

²⁴ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit.

²⁵ SERRANO CARVAJAL, J., “Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo”, op. cit.

²⁶ BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit.; ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit.; SERRANO CARVAJAL, J., “Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo”, op. cit.

prestación de servicios con relativa libertad²⁷. En esta época crecerá el número de profesionales liberales, artesanos y agricultores dueños de su propia tierra que producen bienes y servicios con sus propios elementos productivos -herramientas y talleres propios, sus propias tierras- y los venden directamente al consumidor final. No obstante, esta conjunción, en la que el trabajador era propietario de los medios de producción necesarios y, además, comercializaba su propio producto, era relativamente ineficiente. Aunque los mercados fueran relativamente locales, y cercanos a la producción, acudir al mercado a vender la producción, o simplemente el excedente agrícola, implicaba perder días de trabajo en la agricultura o de producción en la artesanía.

Así, poco a poco, derivado de las economías de escala y del principio de especialización, durante la Edad Moderna, los comerciantes o “empresarios” crecen en importancia. Estos comerciantes se dedicaban a realizar pedidos y encargos a los profesionales “libres”, artesanos y agricultores, para posteriormente negociar con esos productos en el mercado. Como se ve, en esta época, se separa, por un lado, la producción y, por otro, la comercialización. Los artesanos dejan de tener contacto directo con los clientes finales y, en muchos casos, dejan de tener poder suficiente para negociar el precio de su servicio –derivado de la falta de contacto con el cliente final-. Con el tiempo, estos comerciantes acabarán incorporando la manufactura y producción a su estructura de negocio creando factorías²⁸.

Esto no significa que los comerciantes tuvieran siempre la “sartén por el mango” a la hora de fijar las condiciones de trabajo de los artesanos (precios, plazos de entrega, forma de trabajar). Los gremios conseguían mantener una especie de monopolio u oligopolio sobre la producción determinando cuantos artesanos tenían “autorización” para producir y reglamentaciones sobre cómo se debía producir. Esto implicaba que los artesanos, gracias al gremio, tenían un relativo poder de negociación frente al comerciante ya que la asociación podía imponer “sanciones”, más sociales que administrativas, a aquellos artesanos que hicieran competencia desleal vía precios sobre los productos vendidos. De esta forma, el gremio podía fijar condiciones mínimas a los comerciantes para comprar los productos que pretendía revender, además, de que mantenía un control

²⁷ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, vigésima segunda edición, *op. cit.*

²⁸ BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, *op. cit.*; ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, *op. cit.*

férreo sobre el número de comerciantes que accedía a los conocimientos necesarios - formación- para desarrollar los productos lo que equilibraba el poder de negociación entre trabajadores/productores y comerciantes.

Posteriormente, con la revolución liberal se desregularizan los gremios hasta la desaparición casi total de estos. La fuerza de trabajo pasa, pues, a instrumentalizarse a través del contrato civil de arrendamiento de servicios. Con ello, se juridifica, mediante valores liberales, la apropiación de los frutos del trabajo por parte del contratista. La impregnación de los valores liberales en esta forma de contratación se manifiesta principalmente por la desregulación y la primacía de la voluntad de las partes en su articulación²⁹.

De esta forma, con la Revolución Industrial se pasa de un sistema de trabajo basado en la propiedad de la persona –primero mediante esclavismo y después mediante la sujeción a la tierra- a otro en el que la fuerza de trabajo está, principalmente, a la “venta” bajo condiciones de mercado. El trabajo puede ser libremente comprado y vendido por las partes, ofertado y demandado como un producto más sin diferenciar su régimen jurídico de otros bienes o cosas.

Así, durante la segunda mitad del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, el trabajo es considerado una mercancía más con la que operar. Los economistas de la época, como Thomas Malthus (1766-1834), llegan incluso a observar la directa conexión entre la vida de las personas y el mercado de trabajo. En este sentido, este autor sostiene que el nivel “natural” de los salarios es el nivel de subsistencia, dado que si los salarios reales se encuentran por encima del nivel de subsistencia eso aumentará la población, lo que incrementará la demanda de comida provocando un aumento de los precios que a su vez devolverá los salarios *reales* de nuevo al nivel de subsistencia³⁰. También David Ricardo (1772-1823) considera que los salarios deben equivaler a lo necesario para el “mantenimiento” del trabajador, esto es, lo necesario para “subsistir y perpetuar su raza”³¹

²⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “Estudio preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España”, en MARTÍN VALVERDE, A. et al, *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid (Congreso de los Diputados), XIX, 1987.

³⁰ MALTHUS, T. R., *An Essay on the Principle of Population* (1798), edición crítica por JAMES P., Cambridge University Press, 1989.

³¹ RICARDO, D., *On the principles of political economy and taxation* (1817), Cambridge University Press, 1951.

Con estas ideas imperantes en la época carecía de sentido cualquier tipo de regulación: el mercado lo resuelve “todo”, incluso aunque ello sea a costa de hambrunas y muerte.

En fin, en esta época se generan las condiciones sociales, ideológicas, políticas y económicas que dan como resultado un contexto propicio para el nacimiento del Derecho del Trabajo en su etapa inicial.

2. La disociación capital y trabajo: la tecnología.

Sólo a partir de la generalización del trabajo realizado voluntariamente en régimen de dependencia y ajenidad y en un concreto momento histórico como el de la revolución industrial es cuando es posible hablar del Derecho del trabajo como rama jurídica específica³².

Esa desvinculación de otras ramas jurídicas tuvo lugar históricamente a través de la conjunción de una serie de factores.

- i) En primer lugar, un factor sociológico que se identifica con las consecuencias económicas de la Revolución industrial;
- ii) en segundo lugar, un factor jurídico consistente en la aparición de una regulación insuficiente;
- iii) en tercer lugar, la reacción obrera frente a la situación de desigualdad social y de poder de negociación
- iv) por último, el intervencionismo estatal con la finalidad de integrar el conflicto social³³.

Durante la época considerada como la revolución industrial no solamente cambió la tecnología existente, y la organización de la producción, sino que dichos cambios vinieron acompañados de alteraciones en los postulados ideológicos –Ilustración- y condicionamientos de tipo político y económico que darían como resultado la conocida como sociedad de clases³⁴.

³² SALA FRANCO, T. & LÓPEZ GANDÍA, J., “El Derecho del Trabajo”, en ALBIOL MONTESINOS, I. et al, *Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

³³ SALA FRANCO, T. & LÓPEZ GANDÍA, J., “El Derecho del Trabajo”, *op. cit.*

³⁴ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, *op. cit.*

A pesar de ello, parece indiscutible que los múltiples avances técnicos industriales supusieron uno de los factores esenciales para el paso hacia esta nueva época. La mecanización del proceso productivo y la aparición de nuevas invenciones como la máquina de vapor de James Watt en 1765 o la lanzadera volante para la fabricación de tejidos de John Key en 1733 permitieron incrementar la productividad del trabajo, reduciendo los costes de producción por pieza y permitiendo la creación de una nueva demanda de bienes de consumo con especial incidencia en el sector textil y el siderúrgico.

Adicionalmente, la modernización de las técnicas en el campo –así como la liberalización del mercado laboral con la desaparición de la servidumbre– produjo un excedente de población rural que marchó a las ciudades con objeto de abastecer la creciente demanda de fuerza de trabajo en los nuevos centros de producción. Todo ello viene acompañado de un significativo descenso de la mortalidad, lo que supuso un incremento demográfico en todo el mundo a partir del año 1750, lo que, a su vez, trajo consigo un aumento en la demanda de los bienes de consumo.

Con la tecnificación de la industria y la producción en masa se produjo otro efecto: la disociación entre capital y trabajo³⁵. En la Edad Moderna ya se separa el trabajo de la comercialización de los productos disminuyendo con ello el poder de negociación del prestador de servicios –artesano-. Posteriormente, con la industrialización, el prestador de servicios, no solo se desconecta del mercado, sino también de los propios medios de producción necesarios para poder fabricar. Con anterioridad, el artesano era dueño del taller donde trabajaba, pero durante la industrialización el taller deja de ser suficiente: es necesaria la tecnología –maquinaria- para producir de forma eficiente. Adicionalmente, la producción en masa consigue economías de escala que reducen los precios, por tanto, los pequeños talleres, aunque tuvieran la tecnología, no producirían eficientemente, siendo necesario grandes infraestructuras que permitan desarrollar economías de escala.

En fin, el trabajador, tanto el artesano como el campesino, al ser incapaz de acumular el capital necesario para ser un productor competitivo, se vea obligado a vender su fuerza de trabajo a cambio de un salario a quién sí tiene capital (maquinaria e infraestructuras), es decir, se ve obligado a convertirse en un trabajador asalariado.

³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*, cuarta edición revisada, Tecnos, Madrid, 1989.

De esta forma, como se observa, lo que diferencia en sus orígenes a un trabajador autónomo –lo que antes era un artesano- y un trabajador asalariado, no es que el segundo se comprometa a cumplir órdenes del empresario, sino que este no posee los medios de producción necesarios para ser productivo y necesita, por ello, vender su fuerza de trabajo –ni tampoco tiene el acceso directo al mercado y depende económicamente de quién sí lo tiene-.

La tecnificación de la industria y la aparición de la maquinaria productiva provoca otro efecto: la fungibilidad de la mano de obra. Mientras los artesanos necesitaban años de aprendizaje para poder producir piezas y productos, con la aparición del obrero de fábrica el proceso de aprendizaje es mucho más rápido³⁶. Ello implica, una vez más, una reducción del poder de negociación del trabajador derivado de la alta sustituibilidad de un trabajador por otro. En efecto, el hecho de que no sea necesaria una formación costosa incrementó inmensamente el número de demandantes de empleo potenciales para cada puesto de trabajo disponible. Así, estando el trabajador “oculto” para el cliente final – dado que los comerciantes realizan esta función-, no siendo propietario de los medios de producción –que están en manos del capitalista- y no siendo necesaria una formación específica para ese tipo de trabajo, el trabajador carece de poder de negociación alguno para fijar, o negociar al menos, las condiciones de trabajo.

Adicionalmente a estos factores de tipo sociológico o económico, el nacimiento del Derecho del Trabajo viene acompañado de un momento político que, si bien favoreció la acumulación de capital y la inversión en la industrialización, finalmente acabaría por manifestar su disfuncionalidad social y la imposibilidad de mantenimiento en el tiempo.

En efecto, con la consolidación de la burguesía como clase dominante y su manifiesto rechazo a un estado absolutista y opresor del que venían, cobran fuerza las tesis del liberalismo político y económico. El sustrato ideológico del liberalismo encuentra entre sus manifestaciones más claras la defensa de las tesis abstencionistas por parte del Estado a la hora de regular las relaciones entre trabajo y capital. Podría decirse que la única intervención del Estado se limita en esta época a garantizar ese libre juego de la autonomía de la voluntad en la fijación de las condiciones en las que se ha de desarrollar la prestación de servicios. De hecho, las tesis liberales propugnan que

³⁶ STONE K., *From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge University Press, 2004.

cualquier interferencia o limitación al libre juego de la voluntad de las partes generaría efectos indeseados en el mercado de trabajo.

En esta época se consagra lo que Piketty³⁷ llama el “propietarismo”. Una ideología en la que el derecho de propiedad privada está consagrado por encima de otros derechos –incluido la vida-. De esta forma, el propietario del capital es protegido por el Estado y las leyes, así se garantiza la herencia, la libre disposición de los bienes, la compra-venta, etc. Pero no solo ello, puesto que estos son derechos todavía garantizados actualmente, sino que los parlamentos de la época protegen activamente la propiedad privada, y los derechos del propietario, como superior a otros derechos. Así, se impide en múltiples ocasiones la creación de un impuesto progresivo al patrimonio y a la renta generada por el capital. De la misma forma, se prohíbe el asociacionismo obrero al considerar que interfiere en la libertad del propietario reprimiéndose cualquier iniciativa sindical. De acuerdo con las propias tesis, el objeto de estas asociaciones no es otro que el de forzar al alza la negociación del salario y la mejora de las condiciones de trabajo para la clase trabajadora algo frente a lo que el propietario del capital merece protección. Así pues, en este contexto, no es de extrañar que activamente los parlamentos nacionales tipificaran como delito las distintas manifestaciones del asociacionismo obrero³⁸.

Con esta concepción liberal, las relaciones de trabajo comenzarán a regularse civilmente basándose en principios que se informan a través de la autonomía de la voluntad de las partes y el libre acuerdo a la hora de determinar el alcance y las obligaciones de cada una de ellas. En este sentido, el contrato civil de arrendamiento de servicios se instaura como tipo contractual cumpliendo su doble función constitutiva y reguladora, es decir, de un lado, la de la libre autonomía que se concreta en el hecho de que cualquier trabajador pueda obligarse contractualmente a ceder su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, libremente estipulada en el contrato con cualquier patrono que detentase una industria; de otro lado, la de su función reguladora, consistente en que

³⁷ PIKETTY, *Capital e Ideología*, Deusto, 2019.

³⁸ A modo de ejemplo, en nuestro país nota en los códigos penales de 1848 y 1870 consideraron delictivas las actividades sindicales. A pesar de que las constituciones de 1868 y 1876 reconocía el derecho de asociación, su legalización no se producirá hasta la entrada en vigor de la ley General de asociaciones de 30 de junio de 1887.

el contrato se erige como la única fuente de las obligaciones entre las partes sin intervención estatal ni tampoco ningún tipo de posibilidad de acuerdo colectivo³⁹.

Ahora bien, esta supuesta libre autonomía no era más que el reflejo de la sociedad en la que la parte propietaria del capital puede imponer su voluntad, y sus intereses, sobre los no propietarios. De aquí que los trabajadores solamente pudieran aceptar las condiciones ofrecidas o no trabajar. De la misma manera, esta falta de poder de negociación de los trabajadores no solamente se manifiesta por el hecho de que tengan que aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas por el capitalista, sino también que, durante la vigencia del contrato de trabajo, el empresario pudiera dar instrucciones, controlar y vigilar la prestación del servicio. Esto es, lo que hoy llamamos dependencia jurídica como requisito constitutivo de la existencia de un contrato de trabajo, en el inicio, es más bien una consecuencia de la prestación de servicios industrial -y de las condiciones socioeconómicas de los sujetos- y no un presupuesto.

Aquí se presenta una de las mayores contradicciones de las sociedades liberales. Tal y como señala Boltanski y Chiapello⁴⁰ el contrato de arrendamiento de servicios para la mano de obra industrial se planteó como un avance de las sociedades liberales, esto es, se abandonaba la servidumbre –la persona como perteneciente a al dueño de la tierra o del noble del lugar- lo que implicaba la liberación del individuo. Sin embargo, estas personas, que no tenían propiedades, ni capital, ni otra forma de ganarse la vida, tenían que trabajar para vivir, no teniendo más remedio que someterse “voluntariamente” al régimen impuesto por el patrón. Así, el contrato de arrendamiento de servicios, que se constituía como una forma de liberación del individuo, –ideal propio de las sociedades liberales- se acaba reconvirtiendo en una nueva forma de esclavitud.

En cualquier caso, a los efectos de lo que aquí interesa, la falta de poder de negociación y la regulación liberal acabó, en efecto, provocando perniciosos efectos sobre la clase trabajadora. Esto dio nacimiento al proletariado industrial y al movimiento obrero que se enfrentará a estas ideologías a fin de erradicar la situación de explotación y miseria

³⁹ LALAGUNA HOLZWARTH, E., *Programa razonado de Derecho del Trabajo* (no publicado), 2017.

⁴⁰ BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, 2002, pp. 39, 536, 538.

a la que se ven abocados los trabajadores indefensos ante las imposiciones del capitalismo dominante⁴¹.

Ante la incapacidad por parte de las ideologías imperantes en la época para dejar de poner los derechos de propiedad por encima de cualquier otro interés, la idea de una conciencia colectiva conformada por una clase trabajadora desfavorecida va calando en la sociedad a través de distintas propuestas de carácter asociativo que, a través de distintos postulados de corte revolucionario, plantean alternativas al sistema capitalista.

Si bien las primeras reacciones consisten en la prohibición y persecución de dichos movimientos asociativos⁴², la fuerza imparable del colectivo obrero –y sobre todo el éxito de los mismos en Rusia y el miedo a la expansión del modelo hacia otros territorios– obliga a un cambio en la mentalidad con objeto de calmar los movimientos revolucionarios y preservar la subsistencia y estabilidad del sistema.

La incipiente amenaza de la denominada “cuestión social” y la inminencia de una posible revolución de la clase proletaria obliga a adoptar, tanto al Estado, como a las clases dominantes burguesas una actitud consciente de las necesidades de cambio⁴³.

En efecto, desde el enfrentamiento y la prohibición se pasará una fase de tolerancia en relación con dichos movimientos asociativos de la clase obrera, hasta alcanzar finalmente una fase final de reconocimiento a través de las primeras iniciativas legislativas encaminadas a la protección de las condiciones de trabajo de la clase trabajadora⁴⁴.

De esta manera, comienza a desvincularse la prestación de servicios entre empresario y trabajador del arrendamiento de servicios del Código Civil. Con el nacimiento del “contrato de trabajo” como “centro de imputación de todo un nuevo bloque normativo”⁴⁵ y como instrumento jurídico de regulación de las condiciones de

⁴¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*, op. cit.

⁴² Ver en España los códigos penales de 1848 y 1870.

⁴³ MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1992.

⁴⁴ Así la *Trade Union Act* inglesa de 1871 y la Ley francesa *Waldeck-Rousseau* de 1884, y a efectos de negociación colectiva y huelga ver la Constitución alemana de Weimar en 1919.

⁴⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “El derecho del trabajo”, en CAMPS RUIZ L. M., & RAMÍREZ MARTÍNEZ J. M. (coords.), *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

trabajo se empieza a vislumbrar el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma.

Así también quedó establecido el Derecho del Trabajo como una disciplina legal independiente. En un artículo de 1910, Sinzheimer (padre del Derecho del Trabajo Alemán⁴⁶) justifica el Derecho del Trabajo como una disciplina legal independiente del Derecho Civil por una variedad de motivos, entre ellos, la importancia de la materia, la especial naturaleza del objeto de la disciplina incluyendo derecho público y derecho privado, el tratamiento especial que necesita el derecho del trabajo respecto al nivel interpretativo, la construcción dogmática y la políticas sociolaborales implicadas, la necesidad de una aproximación interdisciplinar –sociología, política social y organización empresarial- y por el objetivo inherente al derecho del trabajo que lo diferencia del resto de disciplinas jurídicas⁴⁷. Las características específicas del Derecho del trabajo según Sinzheimer eran cuatro: 1) El Derecho del trabajo no solo es creado por el estado sino también por agentes sociales; 2) el contrato de trabajo queda emancipado del derecho civil; 3) el contrato de trabajo descansa sobre la subordinación individual del trabajo; 4) la fuente de la subordinación del trabajador proviene de la propiedad del empresario de los medios de producción, esto es, el trabajador para poder vivir y trabajar necesita totalmente del empresario por ser este propietario de los medios de producción⁴⁸.

3. Evolución del Derecho del Trabajo

La vida del Derecho del Trabajo como disciplina puede dividirse en tres grandes periodos. Un primer periodo consistente en los inicios u orígenes del Derecho del trabajo en el cual se crearon los cimientos del mismo y se establecieron sus bases como disciplina jurídica independiente como se acaba de ver. Este periodo dura aproximadamente hasta la Segunda Guerra mundial. A partir de este convulso periodo emerge lo que se ha llamado la edad de oro del Derecho del Trabajo –al menos en Europa y también EEUU y

⁴⁶ Ver, KAHN-FREUND, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Blackwell, 1981, p 75.

⁴⁷ Así, Sinzheimer concibió el derecho del trabajo como el guardián de los seres humanos en la era de un casi descontrolado materialismo.

⁴⁸ Al respecto ver HEPPLER, B. (ed.), *The making of Labour Law in Europe: A comparison of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, 2010, p. 32 y DUKES, R., “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 59.

Canadá⁴⁹- donde, de la mano de la construcción del Estado del Bienestar y de unos sindicatos fuertes, se expanden las protecciones individuales y colectivas frente al propietario del capital. Esta expansión tiene una duración distinta dependiendo del país concreto, pero suele establecerse como punto final los años 70 y la crisis del petróleo. A partir de esta época viene un periodo de declive del Derecho del trabajo coincidente con un auge de las políticas económicas neo-clásicas y de un neoliberalismo político que propugna la reducción del estado del bienestar.

3.1 *Expansión del Derecho del Trabajo*

La expansión del Derecho del trabajo se fija principalmente en los años posteriores a la Segunda Guerra mundial, coincidentes en España con los primeros años del Franquismo. Una serie de condiciones económicas y políticas favorecieron dicha expansión: i) el desarrollo de un Estado fuerte y responsable de la protección de sus ciudadanos, incluido los trabajadores; ii) la construcción de una empresa integrada verticalmente y el desarrollo de las jerarquías; iii) la búsqueda de seguridad por parte de los trabajadores; iv) la relación de género entre el hombre trabajador y la mujer “ama de casa”, v) la fuerza de los sindicatos industriales muchos de ellos responsables parciales de la victoria contra la Alemania nazi en Europa y iv) los partidos socialdemócratas y sus alianzas con los sindicatos de clase.

A pesar de que, efectivamente, el fin de la Segunda Guerra mundial fuera el periodo de expansión mayor del Derecho del Trabajo para los países europeos y anglosajones, la realidad es que muchas de las piezas estuvieron dispuestas desde antes. Como señalan Boltanski y Chiapello⁵⁰, la desvalorización de la moneda durante el periodo entreguerras y la posterior crisis de la década de 1930 provocó una disminución del poder adquisitivo y de las rentas que empujó a parte de la burguesía, que vivía de sus pequeñas propiedades que perdieron su valor, hacía al trabajo asalariado. Esto es, ya no eran solamente los obreros de fábrica sin formación los que vivían asalariados, sino que gran parte de la pequeña burguesía buscaba ganarse la vida a través de su trabajo, pues también había perdido la posibilidad de vivir de sus propiedades y rentas. Esta gente

⁴⁹ HEPPLÉ & VENEZIANA, “Introducción” en HEPPLÉ & VENEZIANA (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, 2009; LASKIN, *A Selection of cases and materials on Labour Law*, Toronto, 1947.

⁵⁰ BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 26.

formada (ingenieros, profesionales, directivos y mandos intermedios) sufrió un descenso importante en su nivel de vida en época de entre guerras –y especialmente por la gran destrucción patrimonial sufrida por los bombardeos en la II Guerra Mundial- hasta que se puso en marcha, en los años de la postguerra, una nueva disposición de los recursos económicos a través del trabajo asalariado.

Estos colectivos exigieron –mediante sindicatos de clase, partidos políticos- un nuevo contrato social, por el cual pudieran “vivir como burgueses” dentro de una posición social de asalariado. Así, se establecieron dispositivos de seguridad como la jubilación, el desempleo, la posibilidad de desarrollar una carrera profesional dentro de una empresa verticalmente integrada, la revisión de los salarios conforme a la inflación, la seguridad en el trabajo mediante la indemnización por despido, etc. Todo ello, medidas e instituciones que buscaban dar seguridad a aquel que vivía de su trabajo –y no de rentas-, instituciones que beneficiaron conjuntamente a aquellos que nunca tuvieron capital o patrimonio del que vivir –la clase obrera-, pero también a aquellos que anteriormente disponían de unas rentas patrimoniales que le proporcionaban esa seguridad –la pequeña burguesía-, pero que posteriormente dejaron de tenerlas y buscaron refugio y seguridad en un conjunto de leyes protectoras, y de acuerdos colectivos, que les permitieran vivir de su trabajo con seguridad económica. Esto es, la pequeña burguesía se había convertido en clase trabajadora y, desde ese momento, los intereses de la “antigua” pequeña burguesía y la clase trabajadora convergieron.

Una de las narrativas más aceptadas sobre los éxitos del estado del bienestar, y del Derecho del trabajo como parte consustancial al mismo, es la construcción de la gran clase media. Una narrativa que, siendo cierta, probablemente oculte, en este relato heroico, el hecho de que las instituciones buscaron beneficiar en primer lugar, no a la clase baja, sino a esa escasa clase media que existía ya a principios de Siglo XX en forma de pequeña burguesía. Una pequeña burguesía o clase media que, derivado de la crisis económica y de la devastación de la guerra, se vio abocada a vivir enteramente de su trabajo. Una escasa pequeña burguesía que no estaba acostumbrada a la inseguridad económica –gracias a las rentas de las que disponían- y que tenía los contactos políticos suficientes para influir en la regulación de su nuevo modo de vida: el trabajo asalariado.

Así, un relato mucho más cínico podría revelar que, al menos parcialmente, la mejora de las condiciones sociales de la clase baja, que acabó -gracias al Estado del

bienestar y del Derecho del trabajo- convirtiéndose en verdadera clase media, solamente fue el efecto colateral de normas que buscaban proteger a una burguesía caída en desgracia.

De lo que existen menos dudas es de que, a pesar de que pudiera existir intereses diversos dentro de la clase trabajadora en esta época de expansión del Derecho del trabajo, el hecho de que la regulación no distinguiera entre estos intereses, y existiera una verdadera solidaridad de clase trabajadora, impulsó y facilitó la construcción y evolución en las instituciones protectoras. Esto es, este cinismo deja de ser tal, desde el momento en el que la regulación –fuera cual fuera su objetivo- no buscó dar seguridad económica solamente a puestos cualificados –ocupados por personal formado proveniente de la pequeña burguesía- sino a todos los que vivían de su trabajo incluyendo el personal no cualificado. Así, la solidaridad de la clase trabajadora, como una única clase compuesta por todos aquellos que viven de su trabajo al no disponer de patrimonio o capital que explotar, con independencia de sus orígenes u otras consideraciones, fue la que otorgó músculo político suficiente para los cambios normativos que se produjeron.

En definitiva, no es solamente que los intereses de la clase media y baja se habían unido al buscar ambos seguridad económica a través del trabajo asalariado, sino que en estos primeros momentos de expansión ambos grupos buscaron defender los puntos en común en sus reivindicaciones frente al capital y no centrarse en aquello que les diferenciaba.

Esta homogeneidad de clase, y de reivindicaciones en favor de todo el colectivo sin diferenciaciones, dio como resultado los años dorados del Derecho del trabajo. Bajo los principios de justicia social, igualdad y derechos humanos se buscó restringir la libertad de contratación y los poderes unilaterales del empresario. El objetivo principal del Derecho del trabajo en estos años fue contener la desigualdad de poder de negociación entre empresario y trabajador e implícitamente mejorar la redistribución de las rentas obtenidas en la empresa. Esto se realizó mediante dos técnicas: de un lado, mediante el establecimiento de procedimientos que permitieran la negociación colectiva –incluyendo el reconocimiento del derecho de huelga y técnicas de democracia industrial- y, de otro lado, con el establecimiento de condiciones de trabajo irrenunciables por parte de los

trabajadores (jornada máxima, salario mínimo, indemnización por despido, seguridad en el trabajo, etc...) ⁵¹.

Por supuesto, el Derecho del trabajo, incluso en su periodo dorado, estuvo preocupado por la productividad y no solo por la protección. Así, el Derecho del trabajo garantizó potestades y prerrogativas al empresario para que este estuviera legalmente subordinado al empresario y no solo subordinado de forma económica ⁵². Todo ello, en concordancia con el tipo de empresa que existía en el momento: empresa fuertemente jerarquizada e integrada verticalmente.

3.2 *Declive del Derecho del Trabajo*

3.2.1. *Cambios ideológicos y normativos...*

En cuanto el Derecho del trabajo se estableció como una disciplina independiente con fronteras, más o menos establecidas y con un objetivo determinado –redistribución y reequilibrio- empezó a ser cuestionado ⁵³. Así, a partir de la crisis del petróleo, desde posiciones neoliberales comenzaron a ignorar la necesidad de distribuir la renta de forma equitativa y reequilibrar la posición de negociación entre el binomio capital trabajo ⁵⁴. Se sostenía desde estas posiciones que el reparto de las rentas encauzada a través del Derecho del trabajo (pero también mediante impuestos) dificultaba la remuneración del capital y, con ello, se reducía la inversión ⁵⁵. La globalización ha hecho competir unos estados contra otros por captar la financiación cada vez más móvil e internacional. Por esa razón, un Derecho del trabajo que buscara un reparto más justo de la riqueza generada entre el capital y el trabajo es visto rápidamente como un impedimento a la atracción del capital

⁵¹ DAVIES, P. & FREEDLAND, M., *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens, 1983, p 6.

⁵² FUDGE, "Labour as a "Fictive Commodity", en DAVIDOV & LANGILLE, eds., *The Idea Of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p. 123.

⁵³ HEPPLER, B. (ed.), *The making of Labour Law in Europe: A comparison of Nine Countries up to 1945*, op. cit., p. 32.

⁵⁴ Es importante distinguir al menos en esta época de 1970 la diferencia entre conservadores y neoliberales. Mientras que los primeros otorgan un papel importante a el estado, a los sindicatos y a la protección de los trabajadores, el neoliberalismo sostiene que el estado no debe influir en la economía y sostiene que el poder de los mercados y la maximización de beneficios debe ser la principal guía de funcionamiento. Posición sostenida por HAYEK (*Law, Legislation and Liberty*, Routledge, 1980, pp. 89-90) que considera que el Derecho del trabajo son privilegios especiales que les protegen de funcionar conforme a las leyes del mercado

⁵⁵ JOBERT, B. & THÉRET, B. "France: la consécration républicaine du néo-libéralisme", en JOBERT, B. (ed.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, Le Harmattan, París, 1994.

internacional⁵⁶. Por supuesto, también la caída de la URSS y la desaparición del “miedo” a la revolución permitió a las élites económicas volver a imponer su visión del libre mercado.

Sumado a ello, la despolitización de los sindicatos y el debilitamiento de sus vínculos con los partidos comunistas, socialistas y conservadores redujo la influencia directa que disponían hasta el momento sobre la legislación laboral: vínculos que hasta el momento habían sido un factor crucial⁵⁷. De hecho, este fenómeno que ha acabado siendo universal se produjo en diferentes momentos históricos dependiendo del contexto sociopolítico de cada país. Así, mientras la pérdida de influencia de los sindicatos sobre la política laboral y económica en muchos países empezó en los años 70, en países como España, Portugal y Grecia, la contribución de los sindicatos en la lucha contra los dictadores y por la democracia fue recompensada con una amplia y moderna legislación que apoyó a los sindicatos, la negociación colectiva y el derecho a huelga⁵⁸. Así, en España ya en 1978 se incorporó a la Constitución estos derechos otorgándoles la máxima protección jurídica.

Siguiendo con las causas del declive de las normas laborales cabe señalar que incluso algunas reformas bien intencionadas acabaron con efectos imprevistos que debilitaron la función reequilibradora del Derecho del trabajo. Así, el pretendido reforzamiento de los sindicatos a través de la introducción de los mismos o de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa, que en un primer momento fue visto con pavor por parte de la patronal, acabó resultado en una oportunidad inmejorables para impulsar la negociación a nivel de empresa. Ello derivó con el efecto no deseado de romper con el, hasta entonces, centralizado sistema de relaciones laborales⁵⁹. De esta forma, de un lado, las empresas pudieron presionar más eficazmente a los sindicatos para que los trabajadores asumieran parte del riesgo inherente al negocio al tener capacidad de amenazar con cierres del centro de trabajo por tener pérdidas, etc... De otro lado, algunas

⁵⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., “La “deconstrucción” del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización ¿un devenir inevitable?”, *RL*, n. 2, 2004.

⁵⁷ HEPPLÉ & VENEZIANA, “Introducción” en HEPPLÉ & VENEZIANA (eds), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, 2009.

⁵⁸ HEPPLÉ, B. (ed.), *The making of Labour Law in Europe: A comparison of Nine Countries up to 1945*, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁹ Al respecto ver BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, *op. cit.*, p. 288; LÓPEZ TERRADA, E., & SALA FRANCO, T. (dir. tes.), *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y sus posibilidades de articulación*, 1999.

empresas comenzaron a aprovechar ventajas competitivas basadas, no en mejoras de productividad, sino en rebajas en derechos laborales que había conseguido obtener en negociaciones a escala empresarial, lo que acabó desencadenando una “carrera cuesta abajo” en los derechos de los trabajadores.

Así, en esta época se redujo el control administrativo en el empleo, en los despidos, etc... se redujeron estándares mínimos permitiendo mayor margen negocial en el ámbito del contrato de trabajo (especialmente en materia de tiempo de trabajo), se facilitó la revisión a la baja de los derechos individuales y colectivos, se facilitó los despidos, se potenció el trabajo temporal, a tiempo parcial, así como, se expulsó gran parte de los trabajadores del Derecho del trabajo a través de las “nuevas formas” organizativas⁶⁰.

3.2.2. ...provocaron la dualidad del mercado de trabajo.

A mediados de 1970, a pesar de la nueva ideología de libre mercado “imperante”, dismantelar *directamente* los derechos obtenidos en las décadas precedentes asociadas al contrato de trabajo hubiera sido muy conflictivo. Por esta razón, se adoptó una doble estrategia. De un lado se incrementó el número de tipos de contratos existentes—temporales, tiempo parcial— con menos derechos laborales que el contrato de trabajo estándar (fijo y a tiempo completo)⁶¹. De otro lado, se modificó las formas de relacionarse entre las propias empresas con objeto de gestionar la mano de obra. Así, aparecieron las agencias de contratación, ETT, subcontratas, multiservicios⁶², grupos de empresa⁶³ y

⁶⁰ BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 317.

⁶¹ STONE K., *From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace*, op cit.

⁶² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Empresas “multiservicios” y “dumping” social: Estado de la cuestión” *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos : Recursos Humanos*, n. 405, 2016, pp. 5–12; ESTEVE SEGARRA, M. A., “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de Derecho Social*, n. 77, 2017, pp. 215–238; LÓPEZ BALAGUER, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral*, n. 110, 2017, pp. 57–76; VICENTE PALACIO, M. A., “Empresas multiservicios y precarización del empleo”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, n. 29, 2017, pp. 275–310; PÉREZ DEL PRADO, D., “Empresas multiservicios y condiciones de trabajo: Salario, jornada y temporalidad”, *Revista de Información Laboral*, n. 5, 2018, pp. 229–241; MONEREO PÉREZ, J. L., “Las empresas multiservicios y los derechos de los trabajadores”, *Derecho de Las Relaciones Laborales*, n. 1, 2019, pp. 28–55.

⁶³ MONEREO PÉREZ, J. L., “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *Civitas. Revista Española de Derecho Del Trabajo*, n. 21, 1985, pp. 83–122; MONEREO PÉREZ, J. L., “Para una crítica del “economicismo” en la construcción de la teoría jurídico-laboral de los grupos de empresas”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, v. 45, n. 3, 1997; MOLINA NAVARRETE, C., & MONEREO PÉREZ, J. L., “La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas,

posteriormente también las plataformas digitales, todo ello con objeto de bordear la regulación laboral y poder imponer sobre el trabajador los riesgos inherentes al negocio.

A la vez, se potenció la negociación a nivel individual recuperando el papel central del contrato de trabajo como regulador de las condiciones laborales; papel que no había tenido con tal presencia desde finales del S. XIX⁶⁴. Esto también promovió la desaparición de la carrera profesional estructurada por la negociación colectiva (ascensos, primas por antigüedad, etc...), para dar paso a un sistema de recompensas individual basado en la discrecionalidad del empresario y, en el mejor de los casos, en un sistema basado en evaluaciones del desempeño y consecución individual de objetivos marcados por la empresa⁶⁵.

Un segundo efecto fue la juridificación del conflicto. Conforme la norma reducía el papel de la negociación colectiva como forma de gobierno de las relaciones laborales y se incrementó la perspectiva individual basada en derechos de la persona trabajadora, los directivos de recursos humanos y los sindicatos recurrieron cada vez más a los jueces⁶⁶.

En fin, el incremento de la flexibilidad como paradigma, los nuevos métodos de gestión empresarial, la ideología imperante y los cambios legislativos en materia de reestructuración de empresas han acabado por imponer la admisión de los despidos como

tendencias y perspectivas”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad*, 1999. ESTEVE SEGARRA, M. A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, *Quaderns de Ciències Socials*, n. 10, 2003, pp. 5–51; SEMPERE NAVARRO, A. V., & ARETA MARTÍNEZ, M., “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario”, *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 48, 2004, pp. 97–133; ALEMÁN PÁEZ, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, 2007, pp. 313–337; MORENO & GENÉ, J., “La participación de los trabajadores durante el proceso de formación de los grupos de empresa”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos : Recursos Humanos*, n. 285, 2006, pp. 41–82; KAHALE CARRILLO, D. T., “La doctrina jurisprudencial sobre el concepto de ‘grupo de empresas’”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos : Recursos Humanos*, n. 283, 2006, pp. 213–222; GINÈS FABRELLAS, A., “Despidos colectivos por causas económicas en grupos de empresas. Propuesta de “Lege Ferenda”: operaciones irregulares o tendentes a colocar a la empresa filial en “situación económica negativa.””, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, v. 6, n. 8, 2013, pp. 69–96; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Sobre el concepto de empresario”, en RAMOS QUINTANA, M. I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, Albacete, 2015.

⁶⁴ Incluso en materia de protecciones, se redujo el papel del convenio colectivo para dar mayor énfasis a los derechos individuales -derechos a la propia imagen, a la intimidad del trabajador, protección de datos, conciliación laboral y familiar, principio de igualdad, etc... (FUDGE, “Labour as a “Fictive Commodity”, *op. cit.*, p. 124).

⁶⁵ TODOLI SIGNES, A., *El bonus salarial*, Tirant lo Blanch, 2017.

⁶⁶ HEPPLER, B., “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 39.

actos de gestión empresarial “normales”⁶⁷ reduciendo la seguridad económica para la clase trabajadora alcanzada durante la época dorada del Derecho del trabajo.

No obstante, cabe decir que en los años 80 y 90 el declive del Derecho del trabajo no afectó a todos por igual. Precisamente, derivado de la estrategia seguida –creación de nuevos tipos de contratos e individualización de las condiciones de trabajo-, en un inicio, los cambios no afectaron significativamente a los trabajadores cualificados y a los ya integrados en el sistema laboral. Por el contrario, solamente perjudicó a los miembros más “endebles” de la clase trabajadora (mujeres, inmigrantes, jóvenes y personal no cualificado). Así, aquellos que se encontraban fuera del mercado de trabajo o eran expulsados del mismo, en el momento de su incorporación o reincorporación ya no volverían a encontrar las mismas protecciones que encontraron ellos mismos, o sus progenitores, en el pasado. Una dualidad del mercado de trabajo provocada por el propio sistema que posteriormente ha sido utilizada en infinidad de ocasiones para exigir una reducción de los derechos laborales de los “insiders”⁶⁸.

Sin duda esta cuestión fue parte del acervo intelectual de la época propugnado por las corrientes más neoliberales. La máxima “exclusivamente existe el individuo”, no solo facilitó la destrucción de los intereses colectivos y de clase en favor de una individualización de las condiciones de trabajo, sino que rompió toda solidaridad de clase. Se impuso el mito del “hombre” capaz de todo si se esforzaba⁶⁹ y, con ello, la responsabilidad individual del fracaso. Con esta forma de pensamiento, aquellos que no tienen éxito en la vida, o simplemente aquellos que no son capaces de mantener el puesto de trabajo, son los únicos responsables de ello, sin que se les deba tener ninguna “lastima” por su situación ni merezcan solidaridad alguna por parte de sus compañeros con mejor situación⁷⁰ o ayuda por parte del Estado.

Esta cuestión nos conduce a dos conclusiones. De un lado, se vislumbra que el declive del Derecho del trabajo va unido a la división en subgrupos de lo que ha sido llamado la clase trabajadora –entendida como todos aquellos que viven de su trabajo al no tener capital del que obtener rentas-. De la misma manera que la época dorada de las

⁶⁷ BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 114.

⁶⁸ Esto es, los sí protegidos por el Derecho del trabajo.

⁶⁹ RAND, *La rebelión de atlas*, edición Deusto, 2019.

⁷⁰ No diremos “compañeros con mejor fortuna” dado que, de acuerdo con estos postulados, nada depende de la fortuna sino de sus capacidades individuales. Esto consiguió, al menos a efecto del discurso, romper la solidaridad de clase.

protecciones laborales vino de la mano de la unión entre personal cualificado (pequeña burguesía) y no cualificado en unas mismas reivindicaciones que dieron lugar a un Derecho del trabajo único que protegía a ambos colectivos, el declive vino de la mano de la división de este colectivo. Así, que los trabajadores cualificados, diplomados, ingenieros, mandos intermedios, no se movilizaran dado que estos cambios en el Derecho del trabajo no les afectaban facilitó los cambios producidos. Lo que nos lleva a la segunda cuestión, que será desarrollada en el siguiente epígrafe, esto es, el Derecho del trabajo contemporáneo y cómo esas modificaciones que al inicio no afectaron a este colectivo, han acabado también repercutiendo negativamente y en las protecciones de *todos* aquellos que viven de su trabajo.

III. CAMBIOS EN EL MUNDO DEL TRABAJO: EL DERECHO DEL TRABAJO CONTEMPORANEO

1. El contexto ideológico-político

El Derecho del trabajo contemporáneo está moldeado por los mismos factores que en la época del declive, pero en una forma más extrema de los mismos.

Así, mientras que las cadenas mundiales de producción provocaron una competencia a la baja entre las normas laborales de los países por miedo a la desindustrialización, actualmente la tecnología – plataformas digitales, teletrabajo- ha mundializado, no solo el sector industrial, sino también el sector servicios (en general el trabajo intelectual). No es solamente que a través de internet sea relativamente sencillo encargar una traducción, una página web, el diseño de un logo o la creación de un programa informático a cualquier parte del mundo, es que hay empresas que basan su modelo de negocio en facilitar la contratación de trabajadores en cualquier parte del mundo. Empresas como *Freelancer* o Amazon Mechanical Turk disponen de millones de trabajadores de todo el mundo “apuntados” a la plataforma, esperando que un cliente esté donde esté les encargue un trabajo. Estas empresas facilitan esta provisión de servicios mediante la clasificación de los trabajadores en profesiones, idiomas, habilidades y, sobre todo, mediante la realización de rankings sobre la “calidad” de los servicios prestados por esos profesionales.

La mundialización del trabajo, sin que exista una respectiva mundialización del contexto político y normativo, provoca dos cuestiones: de un lado, una gran facilidad de eludir las normas (laborales, impositivas, regulatorias, etc.) por parte de las empresas buscando aquellos países con menor regulación protectora; y, de otro lado, un incremento de la competencia que obliga a las empresas a reducir sus costes incluso mediante el incumplimiento de la norma, porque si no otra empresa lo hará (incremento de la competencia en costes y reducción de la efectividad de la normativa laboral).

Adicionalmente, los países no solamente deben competir por atraer inversión para el sector productivo entre ellos, sino también frente a los propios mercados financieros que se han convertido en fuentes de altos rendimientos para el capital⁷¹. Unos mercados

⁷¹ Esta cuestión tampoco es casual, sino altamente relacionada con la ideología y política imperante en las últimas décadas. La desregulación de los mercados financieros acaecida en los años 90 –y que no tiene

que, muchas veces, sin aportar valor añadido a la sociedad en forma de bienes y servicios, acaparan actualmente una gran porción de la financiación alejándola de la inversión industrial y productiva⁷².

Mientras que, los contratos temporales y a tiempo parcial fueron las primeras vías de escape de la seguridad laboral, actualmente la subcontratación, las agencias de colocación, las Empresas de trabajo temporal y la contratación directa de autónomos permiten una mayor variedad de inaplicaciones de las protecciones laborales que cada vez son más usadas con objeto de competir.

También el declive en la afiliación sindical se ha agravado en las últimas décadas. De acuerdo con la OCDE⁷³, en 2015 solamente un 17% de los trabajadores eran miembros de un sindicato comparado con más del 30% en 1985. En el caso español la caída aún es superior pasando del 45% de afiliación sindical en 1978 a solamente el 13,6% en 2018⁷⁴. Lo que tiene consecuencias directas respecto a la cobertura por parte de la negociación colectiva. En 1985, el 45% de trabajadores de los estados miembros de la OCDE estaban cubiertos por un convenio colectivo mientras que en 2015 solamente lo estaba un 33%⁷⁵.

En efecto, el fin de las estructuras productivas fordistas y tayloristas ha atacado del modelo de negociación colectiva. Un modelo basado en la cercanía física como forma de generar solidaridad, de permitir seleccionar líderes en los que se confíe, de reflejar sus intereses comunes por encima de las diferencias y, por último, de responder colectivamente frente a injusticias compartidas⁷⁶. Así, la nueva empresa red, los grupos empresariales y las contratas mercantiles han permitido alejar no solo físicamente a los

parangón desde la crisis de 1929 donde los mercados financieros se regularon con objeto de evitar una crisis similar-, su liberalización, la desintermediación y la creación de nuevos productos financieros han multiplicado las posibilidades de obtener beneficios puramente especulativos mediante los cuales se incrementa el capital sin que sean necesaria la inversión en actividades productivas BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 20. Así, gran parte de las crisis económicas y de las “necesarias” reestructuraciones empresariales no son más que el efecto de la desinversión del capital en el sector industrial para poder invertir el mismo en el sector financiero donde se encuentra la rentabilidad más garantizada. Todo ello sin importar los efectos producidos en los trabajadores o en las regiones afectadas.

⁷² MAZZUCATO, M., *The Value of Everything: Making and Taking in the Global Economy*, ed. Publicaffairs, 2018.

⁷³ OECD, "Collective bargaining in a changing world of work", in *OECD Employment Outlook 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017.

⁷⁴ Datos extraídos de la OECD en su dataset: Trade Union Density.

⁷⁵ OECD, "Collective bargaining in a changing world of work", op cit.

⁷⁶ ARTHURS, H., "Labour Law After Labour", en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 22.

trabajadores sino también en el imaginario, creando una apariencia de que no comparten los mismos intereses ni tienen un mismo objetivo⁷⁷.

La creciente influencia de la patronal en la política económica, la aceptación prácticamente sin crítica del mercado como autoregulador perfecto, sin necesidad de intervención pública, el cambio de una política keynesiana hacia una abiertamente neoliberal ha supuesto una retracción del Estado y de la Administración pública como salvaguarda de la justicia, la equidad y la redistribución. Así, el papel del Estado pasa a ser secundario, circunscrito a un papel de facilitador de las transacciones del mercado o, en el mejor de los casos, como un ente que debe asegurarse que las correas de transmisión del mercado se encuentren *engrasadas*. En el mercado de trabajo esto ha venido a significar, en muchos casos, una socialización de los costes empresariales por parte del Estado. Así, el Estado pasa a ser responsable de la formación de los trabajadores. Una formación que se exige cada vez más especializada y que se aleja mucho del ideal educativo en el que el Estado forma *ciudadanos*. También el Estado debe hacerse cargo del trabajador cuando este ya no es necesario (desempleo, jubilación), pero no tanto como para que se desincentive el trabajo (envejecimiento activo, baja prestación por desempleo). O cuando se supone menos productivo (subvenciones para la contratación de trabajadores jóvenes o mayores de 55 años, prejubilaciones). E incluso el Estado se hace cargo del sostenimiento del trabajador, aunque la demanda disminuya por periodos cortos de tiempo, sin que tales compromisos contractuales deban ser soportados por la empresa (suspensiones de empleo durante el Covid19).

En fin, mientras en los primeros años del declive, la división de la clase trabajadora y la reducción de protecciones laborales se centró entre los cualificados (y altamente formados) y los no cualificados, actualmente los efectos se extienden también a los primeros.

Adicionalmente, han ganado relevancia otros subgrupos dentro de la clase trabajadora como identificadores o movilizadores del voto o de las reivindicaciones como la raza, el género, la religión o la región o nacionalidad de pertenencia⁷⁸. Así, mientras

⁷⁷ Al respecto ver, SOLÀ MONELLS & ESTEBAN LAGARRETA (Dir.), *La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, Comares, Granada, 2021.

⁷⁸ ARTHURS, H., "What immortal Hand or Eye?- Who will Redraw the Boundaries?", en DAVIDOV & LANGILLE eds., *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, 2006, p. 376.

que en los años 80 la despolitización de los sindicatos les hizo perder influencia en materia laboral, en los últimos años lo que ha perdido fuerza política es el propio concepto de trabajo. Como establece Trotman⁷⁹, los trabajadores votan partidos conservadores a pesar de que estos debiliten las protecciones laborales que les acabarán perjudicando, no por desconocimiento o por falta de conciencia de tales medidas, sino porque estos partidos conservadores cubren otros de sus intereses a los que les dan preferencia.

De esta forma, los partidos políticos, incluidos los socialdemócratas, tiene pocos incentivos para usar su capital político en medidas sociolaborales prefiriéndolo usar en otras medidas que les aseguren los votos. No obstante, a pesar de esta aparente conclusión cabe decir que no está claro cuál es la causa y cuál el efecto. Esto es, si bien es posible que las mejoras en materia de trabajo no sean un factor movilizador del voto actualmente, también es posible que los partidos progresistas no estén presentando de manera eficaz alternativas al discurso imperante actual que ilusione suficiente como para movilizar el voto en ese sentido⁸⁰.

En cualquier caso, a pesar de todas estas cuestiones, no se debería pasar por alto la existencia de otras de carácter menos político y más técnico (económico o de organización empresarial) que definen el mundo del trabajo en la actualidad y suponen un reto para el Derecho del trabajo contemporáneo.

2. Contexto empresarial

2.1. La reducción de la jerarquía y el control sobre los trabajadores

Es bien conocido que el fordismo y el taylorismo se basaban en empresas integradas verticalmente, y fuertemente jerarquizadas, donde existían multitud de mandos intermedios que se encargaban de controlar a los trabajadores y, con ello, la calidad y estandarización del producto o servicio producido para el mercado. Esto se realizaba por tres razones: i) El nivel cultural y formativo de los obreros era bajo y requerían gran

⁷⁹ TROTTMAN, M., “AFL-CIO Poll Shows Union Households boosted Brown”, *The Wall Street Journal*, 22 de enero de 2010.

⁸⁰ En efecto, como señala Boltanski y Chiapello (BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 290) los expertos de izquierdas próximos al poder político integraron en su cultura, de una manera significativamente rápida, las demandas patronales y, en particular, los imperativos de flexibilidad. Así, la falta de alternativas ambiciosas puede fácilmente abocar a los votantes a entregar su voto a aquellos que dan respuesta a su “segunda agenda”.

cantidad de instrucciones sobre cómo realizar su trabajo y controles de su cumplimiento; ii) Los costes de transmisión de información eran altos, por lo que era necesaria una gran estructura de mandos intermedios jerarquizada que asegurara la emisión de ordenes e instrucciones; iii) Había gran conflictividad sociaolaboral –“la parada obrera”, huelgas, etc...- que era contestado por la parte empresarial con mayor número de mandos y cuadros que vigilaban a los trabajadores.

Esta forma de funcionar de empresas industriales y de servicios representaba una forma muy ineficiente de desarrollar su actividad para las propias empresas y era muy criticada desde los sindicatos. Las grandes estructuras de control de trabajadores implicaban enormes costes operativos que no aportaban realmente productividad directamente. Además, la falta de autonomía de los trabajadores creaba desapego a la empresa, desmotivación y alienación obrera. De hecho, se estaba ante un ciclo vicioso: cuanto mayor control por parte de la empresa, mayor conflictividad obrera; a lo que la parte patronal respondía con un incremento de cuadros y mandos intermedios generando a su vez más conflictividad⁸¹.

Por esta razón, desde la literatura de gestión empresarial se inició una lucha para eliminar en gran medida el modelo de empresa forjado en el periodo anterior que implicó, de un lado, deslegitimar las empresas verticalmente integradas y, de otro lado, deslegitimar la jerarquía, la planificación, la autoridad, la vigilancia y el control ⁸². Cabe decir que otros dos factores han influido en la reducción de la jerarquía: de un lado, el aumento generalizado de la formación y cultura de los trabajadores –costeado por fondos públicos- provoca que no se requiera de tantas instrucciones ni control para realizar el trabajo –incluso en muchos casos, los conocimientos especializados de los trabajadores en su actividad superan los del empresario-. De otro lado, la tecnología de la información y la comunicación. Las nuevas tecnologías han permitido una disminución de los costes de transacción inimaginable hasta hace unas décadas. Actualmente, no se requiere grandes estructuras intermedias para transmitir información dentro –y fuera- de la organización.

⁸¹ CORIAT, *El taller y el cronómetro: ensayos sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa, SIGLO XXI de España*, edición de 2001, pp. 197-218.

⁸² BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 114.

Así, ante las críticas a la jerarquía empresarial y las demandas de autonomía por parte del personal, ahora más formado, las empresas no respondieron con mayor número de mandos intermedios, sino con la búsqueda de una mayor autonomía del trabajador, la búsqueda de la implicación a través de la satisfacción en el trabajo, el auge de conceptos como la confianza mutua, el autocontrol y el control por parte de los compañeros y por el mercado.

En efecto, se redujo la vigilancia física, inmediata y estricta por parte de los superiores jerárquicos, pero ello no significa, en ningún caso, que desapareciera el control por parte de la empresa del trabajo realizado, sino que, por el contrario, unas técnicas de control han sido sustituidas por otras que se entienden más modernas y adaptadas a las nuevas circunstancias (nuevo nivel cultural y formativos de los trabajadores y nuevas tecnologías existentes).

Con el aumento de la individualización de las relaciones laborales y las facilidades a los despidos empiezan a aparecer las evaluaciones de desempeño (bonus o despido), las revisiones anuales, los 360, etc. Se busca que el trabajador haga lo que tiene que hacer sin necesidad de ordenárselo. El control externo y empresarial se sustituye por el autocontrol. Así, el trabajador se vuelve su propio explotador sabiendo que de no hacerlo acabará despedido.

Los conceptos de responsabilidad individual y confianza se vuelven claves. Así, en esta nueva era de gestión empresarial impulsada por la facilidad de contratación y despido, las empresas dejan de controlar cómo se realiza el trabajo por parte del trabajador para pasar a buscar personal que sea “digno de confianza” y a alejar del negocio a aquellos que la traicionan. De hecho, en un mundo tan completo y especializado, con niveles formativos tan altos, muchas veces la empresa carece de conocimientos técnicos suficientes para dar instrucciones precisas. Así, la empresa, que carece de los conocimientos técnicos para controlar el trabajo realizado, debe confiar en el control de las actitudes –en vez de aptitudes- del trabajador frente al trabajo.

Los bonus por objetivos de carácter colectivo y la facilidad con la que ahora la normativa permite trasladar los riesgos inherentes del negocio a los trabajadores en forma de reducciones de salario y despidos –y el miedo al paro- provoca también un control por parte de los compañeros y equipo. La solidaridad obrera se rompe desde el momento en

el que las consecuencias negativas sufridas por la empresa son fácilmente repercutidas a los trabajadores, lo que convierte a los compañeros en los primeros interesados en controlar el trabajo y denunciar al personal improductivo⁸³.

También las nuevas tecnologías han permitido y facilitado que el cliente controle el servicio prestado por el trabajador concreto. Las formas tradicionales de vigilancia y control de la calidad de la prestación de servicios por parte de los trabajadores consistían en dar formación específica de la empresa al trabajar y dictar instrucciones concretas sobre cómo realizar el trabajo, unido a un sistema de vigilancia que aseguraba el cumplimiento de dichas instrucciones. Con los sistemas de reputación digital, las empresas confían en las evaluaciones de los clientes realizadas a través de las aplicaciones móviles o por correo electrónico para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios. De esta forma, las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando posteriormente dicha información para tomar decisiones sobre despidos⁸⁴.

En general, todas estas técnicas vienen a sustituir un control jerárquico por un control de tipo mercantil o de mercado en el que la subordinación jurídica deja de ser necesaria dado que existe una subordinación económica que cumple la misma función. Así, actualmente las empresas tratan a sus trabajadores como si cada uno fuera una empresa. Los trabajadores sometidos, sin protección suficiente, a la oferta y la demanda del mercado – y bajo la amenaza del desempleo- no tiene otra opción que autocontrolarse y conocer de antemano que espera la empresa y los clientes de ellos para adecuar su comportamiento a sus deseos –todo ello sin necesidad de instrucciones complejas ni extensas-.

Es decir, con el desmantelamiento del Derecho del trabajo, y las protecciones frente al despido, se incrementa la *subordinación económica* del trabajador. La premisa originaria del contrato de trabajo consistía en el aislamiento del trabajador de los riesgos del negocio. Esto es, a cambio de un salario fijo, y la promesa del mantenimiento del empleo, el trabajador renunciaba a los beneficios empresariales. Así, siendo el empresario

⁸³ BARKER, J. R., “Tightening the iron cage: concrete control in self-managing teams”, *Administrative science Quarterly*, n. 38, 1993, pp. 408-437.

⁸⁴ TODOLÍ, SIGNES, A., “The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union’s General Data Protection Regulation”, *International Labour Review*, v. 160, n. 1, 2020, pp. 65-83.

el que asumía el riesgo del negocio, este tenía incentivos para formar a los trabajadores para que hicieran un buen trabajo, planificar la mejor forma de producir, dar las instrucciones correctas y controlar la calidad del servicio. Sin embargo, desaparecida la seguridad en el empleo, sobre el trabajador recaerá el riesgo -y también la responsabilidad- del fracaso empresarial y de los ciclos económicos⁸⁵.

Esto provoca a su vez diversos efectos. En primer lugar, la flexibilidad o libertad de jornada y de horario, que puede ser vista como una fuente de libertad y autonomía –y en algunos casos lo es-, suele implicar que el trabajador debe ser responsable del cumplimiento de las tareas asignadas con independencia del tiempo necesario para ello. Una vez más, si el trabajador no cumple será despedido. Lo mismo ocurre respecto a la libertad de elección del lugar de trabajo y el teletrabajo. La empresa no tiene interés en controlar dónde –ni cómo- se realiza el trabajo, sino simplemente que esté terminado con la calidad esperada. Así, cualquier lugar o momento se convierte en idóneo para trabajar acabando con la separación entre el trabajo y la vida personal: uno de los objetivos primigenios del derecho del trabajo.

En segundo lugar, estas nuevas formas organizativas y de metodología del trabajo ha provocado un incremento en la intensidad del trabajo⁸⁶. El control por parte de los compañeros, el autocontrol y el miedo al desempleo han resultado factores muy efectivos para aumentar la cantidad de trabajo producido en el mismo tiempo. También es habitual responsabilizar al cliente de los elevados ritmos necesarios para satisfacer la demanda, eliminando así posibilidades de queja por parte de los trabajadores a la empresa⁸⁷. Estos métodos (y amenazas) consiguen que el trabajador se vea obligado, simplemente para conservar su puesto de trabajo, a poner en juego toda su inteligencia, observación, fuerza, rapidez y resistencia en favor de la empresa. Incluso a costa de su salud emocional o

⁸⁵ FERNANDEZ AVILÉS J.A., *Configuración jurídica del salario*, Comares, 2001.

⁸⁶ La intensificación del trabajo alude a un incremento en la intensidad del esfuerzo, y por tanto del desgaste en el trabajo, relacionado con el “tempo” del trabajo, con independencia de su duración. PÉREZ ZAPATA ET AL, “Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles”, 2019, p. 5, versión electrónica disponible en <https://www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001.pdf> consultado el 29/08/2019; BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 346.

⁸⁷ Y no se está haciendo referencia a responsabilizar solamente a un cliente en particular sino, en general, al mercado y a la forma de funcionar de la demanda. Así, la empresa puede fácilmente sugerir que si no se trabaja a ese ritmo o de esa manera, se perderán los clientes –porque otras empresas sí lo harán- teniendo que despedir a los trabajadores.

psicológica (estrés, ansiedad, depresión, burnout)⁸⁸. Así, aquellos que enferman o simplemente no soportan los nuevos ritmos de trabajo son expulsados de la empresa y, en última instancia, del mercado de trabajo.

En tercer lugar, la formación específica ya no depende de la empresa. El trabajador debe estar completamente formado si desea obtener un trabajo, sin poder esperar que la empresa le forme internamente en habilidades específicas –como sí se hacía en el pasado-. Esto provoca a su vez, que los ciudadanos/trabajadores reclamen al Estado que sufrague y proporcione cada vez una formación más especializada y preparada para la demanda del mercado de trabajo. Una formación distinta de la educación requerida como ciudadanos.

En definitiva, con el declive del Derecho del trabajo, el mercado de trabajo ha vuelto a su estado originario. Un momento en el que el empresario no necesitaba manifestar expresamente la dependencia jurídica (instrucciones, vigilancia y control...) otorgada por el contrato de trabajo para obtener el rendimiento deseado de sus empleados dado que la subordinación económica del trabajador ya cumple esa función.

Así, la empresa solamente ejercerá el control estricto de sus empleados (dependencia jurídica) cuando exista seguridad económica. Piénsese, por ejemplo, en el empleo público. La Administración, dado que los funcionarios tienen fuertes protecciones frente al despido, necesita poder dictar instrucciones y controlar el trabajo de sus empleados para garantizar los servicios públicos. Esas mismas instrucciones, en caso de no cumplirse, serán las que permitirán un despido justificado conforme a la normativa funcionarial. Sin embargo, cuando se carece de estas protecciones -o estas no son efectivas-, la empresa no necesitará formar a sus empleados, dictar instrucciones ni controlar el trabajo, pudiendo hacer recaer sobre el trabajador todas estas responsabilidades bajo pena de perder su trabajo. Las facilidades en el despido permiten

⁸⁸ La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en la encuesta sobre riesgos emergentes, establece que la principal fuente de estrés identificada por las personas trabajadoras son las horas y la carga de trabajo (EU-OSHA, *Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER-2). Overview Report: Managing Safety and Health at Work*, 2013, disponible en <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/second-european-survey-enterprises-new-and-emerging-risks-esener> (Consultado el 29/08/2019). En este sentido, algunos autores sugieren que la intensidad del trabajo se habría convertido actualmente en el riesgo más relevante (junto a los problemas ergonómicos) para la salud de las trabajadoras y trabajadores españoles (PÉREZ-ZAPATA, O., *Trabajo sin límites, salud insostenible: La intensificación del trabajo del conocimiento*, e-prints, Universidad Complutense de Madrid, 2015).

imponer al trabajador los riesgos del negocio a la vez que le obligan a autocontrolarse con objeto de poder mantener su empleo.

Por esta razón, el sentido del contrato de trabajo, como intercambio de dependencia jurídica a cambio de seguridad en el empleo, solamente se sostiene si existen fuertes protecciones contra el despido. Cuando estas se desmantelan, el empresario no necesitará, salvo contadas excepciones, ejercer directamente control alguno sobre el trabajador.

Por último, si las empresas, gracias al incremento del nivel formativo y a la reducción de los costes de transacción y la reducción de las protecciones frente al despido, pueden tratar a los trabajadores como si fueran una empresa ¿por qué no directamente contratar empresas? En efecto, como ahora pasaremos a ver, la externalización y subcontratación entre empresas –incluyendo la contratación de trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo- es una de las características más preminentes de la forma organizativa de las empresas actualmente⁸⁹.

2.2. *La externalización productiva y la subcontratación*

La externalización de procesos en una empresa, desde una perspectiva económica, tiene como objetivo incorporar conocimientos o habilidades que la empresa no tiene en un momento dado o que empresas externas pueden proporcionarlas de forma más eficiente que si la empresa lo hiciera de manera interna⁹⁰. Por esta razón, en un origen la subcontratación iba ligada irremediabilmente con tareas esporádicas y no permanentes de la empresa. Esto es, solamente tenía sentido externalizar algo que fuera a realizarse de forma puntual por la empresa, ya que en caso de ser algo recurrente sería más eficiente internalizarlo. Sin embargo, derivado los cambios de mentalidad y de las técnicas de gestión empresarial que incluye deseos de reducción del tamaño de las empresas, de reducción de los mandos intermedios, de adaptación rápida a las necesidades del mercado, de transmisión de los riesgos inherentes al negocio a un tercero y reducción de costes, las empresas comenzaron a externalizar todo aquello que no era parte del negocio principal

⁸⁹ VALDÉS DAL-RE, “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n. 168-169, 2002, pp. 71-88.

⁹⁰ CLICK, R.L. & DUENING, T.N., *Business Process Outsourcing: The Competitive Advantage*, Wiley, 2004.

de la empresa. Así, ahora la empresa externa no aporta eficiencia ni conocimientos que la principal no tiene, sino que, en la mayoría de casos, la empresa principal conscientemente decide dejar de realizar determinadas tareas –y despedir a los trabajadores indefinidos que las realizaban- para contratar mercantilmente a otra empresa.

La pandemia mundial ha permitido visualizar esta forma de funcionar y sus consecuencias: cojamos el caso de AIRBNB para ejemplificar. Esta empresa ofrece servicios de intermediación, a través de su página web, en materia de alojamiento turístico. De esta forma, su marca y su página web son las bases de su negocio. De esta forma, si un usuario/cliente -propietario o turista- no sabe usar su web o tiene problemas en su uso o dudas sobre cómo funciona, AIRBNB puede perder ingresos. A pesar de la importancia que tiene la atención al cliente para el crecimiento de toda empresa, esto no impidió que AIRBNB subcontratara esta función con otra empresa (*Call center*) que ofrecía servicios los servicios de atención al cliente en nombre de AIBNB. Llegada la pandemia, y con una reducción drástica de las posibilidades tener clientes, AIRBNB solamente tuvo que eliminar la contrata mercantil que tenía con la empresa que realizaba las funciones de *Call center*. Así, fue la empresa contratada la que tuvo que despedir, costear las indemnizaciones, a los mil trabajadores que prestaban servicio en España para AIRBNB⁹¹ con independencia de los beneficios que tenga AIRBNB o las necesidades estructurales de esos trabajadores que realmente tuviera la empresa principal.

El pretexto principal o la cobertura legitimadora de tales acciones consisten, una vez más, en las “necesidades del mercado” como leyes naturales inmutables. Se sostiene que, de esta manera, la empresa, al subcontratar, gana en agilidad y adaptabilidad para abandonar líneas de negocio ya que rescindir una contrata con otra empresa, cuando una parte del proceso productivo ya no resulta necesario, es mucho menos costoso que escindir o extinguir parte de la empresa propia. Sin embargo, otro presupuesto y, a la vez, efecto se observa: la creciente desigualdad entre las propias empresas.

La acumulación de capital y las fusiones permitidas entre las empresas ha provocado una situación de oligopolio en la mayoría de sectores dominados por unas

⁹¹ STSJ Cataluña 11/12/2020 (núm 66/2020). Sobre la subcontratación y la estabilidad en el empleo ver, SANGUINETI RAYMOND, W., “Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, n.75, 2021.

pocas empresas que controlan su mercado a través de una vasta red de empresas subcontratistas y subordinadas económicamente a estas primeras. Así, las empresas que aportan un alto valor añadido –con alto poder de negociación- ya no desean integrar todos los elementos del proceso productivo en su matriz, sino mantener exclusivamente el núcleo del negocio para descentralizar y subcontratar en otras empresas el resto del proceso. Ello les permite adaptar su estructura de costes a la necesidad del mercado con mucha facilidad.

De esta forma, la desigualdad existente entre las organizaciones ha fomentado un proceso de descentralización cuyo resultado es que existen empresas de “primera” –las que mantienen el valor productivo- y de “segunda” –servicios accesorios o que no aportan gran valor añadido-. En definitiva, la externalización permite a las empresas mejor posicionadas ejercer su poder de negociación superior sobre las otras empresas –las secundarias-, las cuales bajo una subordinación económica clara deben someterse a la voluntad de las primeras. Así, las primeras se desprenden de todo aquello que aporta poco valor, o que requiere asumir grandes riesgos, siendo las segundas las que debe aceptarlo.

Este movimiento generalizado de externalización explica parcialmente el crecimiento de los pequeños establecimientos y de las microempresas incluido el fuerte incremento de empresas sin asalariados –autónomos- formadas exclusivamente por el “dueño” que a la vez es quién realiza el trabajo, trasformando así asalariados en subcontratistas⁹².

Caso paradigmático de esta realidad es la empresa CEPSA que vende combustible a través de su red de gasolineras. La empresa, en un momento dado -causado por la crisis económica o no- decide que sus gasolineras menos rentables sean gestionadas por trabajadores autónomos. De esta forma, ofrece a los trabajadores de dichas gasolineras mantener su empleo si se dan de alta como autónomos y trabajan a cambio de la comisión de las ventas de la gasolinera que gestionan propiedad de CEPSA⁹³. Ejemplo que, lejos de ser anecdótico de España, representa una forma de hacer las cosas en todo el mundo.

⁹² POMMIER, “Le monde des entreprises”, *L’Entreprise*, 1992; CABEZA PEREIRO, J., “Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo (1)”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 71, 2020.

⁹³ TODOLÍ SIGNES, A., “Falsos autónomos en contrato de Agencia: Análisis a el acta de la Inspección de Trabajo de CEPSA (I)”, *Argumentos en Derecho Laboral*, 2020 (disponible en <https://adriantodoli.com/2020/03/11/falsos-autonomos-en-contrato-de-agencia-analisis-a-el-acta-de-la-inspeccion-de-trabajo-de-cepsa-i/>).

Así, en EEUU, en el Estado de California, la sentencia del Tribunal de Apelación de 26 de abril de 2018 tuvo que resolver sobre un caso idéntico de la empresa Shell que dispuso una gasolinera de su propiedad y bajo su membrete fuera gestionada por un trabajador *independiente*.

Por supuesto, sobre esta cuestión no se puede dejar de hacer mención a las plataformas digitales –la llamada *gig economy*-. Empresas que ofrecen sus servicios directamente al mercado, pero que son realizados totalmente por trabajadores independientes de la empresa. Así, la empresa de plataformas vende un producto o servicio que no va a realizar ella misma, sino que lo hará un tercero independiente –sin trabajadores a su cargo- con el que mantiene un contrato formalmente mercantil⁹⁴.

No obstante, incluso en aquellos casos que la empresa contratista es una organización real con trabajadores a su cargo, la subordinación económica de las empresas contratistas, complica enormemente las condiciones laborales de sus trabajadores, que se ven sujetos a las constricciones del mercado como si el Derecho del trabajo apenas existiera.

Así, si el Derecho del trabajo pretende dar seguridad a los trabajadores, la realidad es que, bajo la externalización, el empleo de los trabajadores está abocado a la temporalidad, terminando el mismo –despido justificado por causas objetivas- en cuanto la empresa principal rompa su contrato mercantil –y siendo el Estado el que asuma los ingresos de dichos trabajadores entre contratas mediante la prestación de desempleo-. Si la negociación colectiva pretende que los trabajadores no compitan entre sí en materia de bajos salarios, la realidad es que con la externalización las empresas competirán entre sí en costes directamente en el libre mercado, por lo que aquella empresa que consiga –mediante la ingeniería jurídica necesaria- pagar menos salarios obtendrá el contrato mercantil con la principal. En fin, si el contrato de trabajo parte de la premisa de aislar al trabajador de los riesgos inherentes al negocio, la externalización –y la subordinación económica entre empresas- permitirá volcar los riesgos económicos de la principal en la

⁹⁴ Al respecto ver TODOLÍ SIGNES A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017; ÁLVAREZ CUESTA, H., “La Lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “deliveroo””, *Iuslabor*, v. 2, n. 10, 2018; ÁLVAREZ MONTERO, A., “Yacimientos de falsos autónomos más allá de las plataformas digitales: ramificaciones de un arraigado problema”, *RTSS.CEF*, n. 424, 2018; TODOLÍ SIGNES, A., “Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la *gig economy*”, *op. cit.*

empresa contratista y, con ello, en los trabajadores: la externalización, en el fondo, supone alejar de los principios del Derecho laboral a esos trabajadores y someterlos a las leyes del mercado.

La externalización, adicionalmente, implica una menor afinidad entre los trabajadores. La desaparición de las grandes empresas integradas verticalmente dificulta la creación de lazos de solidaridad entre los trabajadores –incluso cuando trabajan en un mismo espacio físico– al tener diferente empresario como sujeto de conflicto⁹⁵.

La externalización productiva también obstaculiza las posibilidades de negociación con el empresario para la mejora de las condiciones laborales⁹⁶. En efecto, el pequeño empresario realmente puede verse incapaz económicamente de mejorar las condiciones de sus trabajadores al estar su economía igualmente constreñida por la subordinación económica a la que le somete la principal. Así, a falta de un verdadero enfrentamiento ante el empresario principal –que cuando se da puede ser rápidamente resuelto mediante la terminación del contrato mercantil⁹⁷–, los trabajadores no tienen opciones reales de mejorar sus condiciones.

3. El contexto tecnológico

3.1 Automatización y robots.

⁹⁵ Al respecto ver, SOLÀ MONELLS & ESTEBAN LAGARRETA (Dir.), *La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, op cit. También ALÓS, R., y JÓDAR, P., “Globalización económica, cambio en los modelos de empresa, segmentación del trabajo y relaciones laborales”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, núm. 2, 2002, pp. 135–160; CAMINO FRÍAS, J. J., “El trabajo falsamente autónomo como especie de trabajo no declarado. Tendencias actuales.”, *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 128, 2017, pp. 161–182; MOLINA NAVARRETE, C., “A la caza” de “falso autónomo”: mejora de la acción inspectora contra el fraude y el “estrés financiero” de la Seguridad Social”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 427, 2018, pp. 153–170; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., & ÁLVAREZ CUESTA, H., “Algunas manifestaciones del trabajo autónomo precario: principales carencias en materia de Seguridad Social”, *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 144, 2019, pp. 143–178.

⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, *Derecho de Las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2016, pp. 110–143; SANGUINETI RAYMOND, W. “Subcontratación y calidad del empleo en la negociación colectiva del sector del metal”. *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pp. 221–242; GARCÍA TORRES, A. “Derecho de huelga y subcontratación: a vueltas con el ‘esquirolaje externo’”. *Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo*, núm. 196, 2017, pp. 225–230.

⁹⁷ Así ha ocurrido en casos de huelgas de los trabajadores de la empresa subcontratista que han sido resueltos mediante la finalización de la contrata por parte de la principal y la búsqueda de otra empresa que le prestara los servicios sin conflictividad alguna, ver SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, *RDS*, núm. 74, 2016, pp. 11–36.

El origen del Derecho del trabajo es consustancial al cambio tecnológico. Los incrementos de la productividad estimulados por la tecnología, en la primera revolución industrial, provocaron que los artesanos –y pequeños agricultores sin capital- dejaran de ser competitivos y tuvieran que cerrar su pequeño comercio para ofrecer su trabajo a empresas que sí disponían de capital para invertir en la tecnología necesaria. Una vez contratados y prestando servicios en las industrias llegó la segunda revolución industrial, donde se temió que los incrementos de productividad acabaran en despidos masivos y desempleo. En parte por este miedo al desempleo, los sindicatos en la época exigieron seguridad en el trabajo y contratos de trabajo estables. Por su parte, la patronal también accedió a conceder dicha estabilidad con forma de reducir el conflicto social y que los trabajadores permitieran la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa.

Así, la importancia del contexto tecnológico nunca puede ser minusvalorado cuando se habla del mercado de trabajo y de su regulación y más en un momento como el actual en plena cuarta revolución industrial ()⁹⁸. En efecto, difícilmente puede analizarse el mercado de trabajo y su contexto sin hacer mención al imparable proceso de automatización y robotización de la industria y de los servicios⁹⁹.

De nuevo se teme que con el avance de la Inteligencia artificial y la robotización los trabajadores acaben remplazados por nuevas máquinas que sean capaces de ejecutar tareas u ocupaciones anteriormente realizadas por los humanos de forma más eficiente. De ser esto cierto, el avance tecnológico haría sobrantes millones de empleos principalmente los de carácter manual y repetitivo¹⁰⁰.

Sin duda, nos encontramos en un momento de cambio tecnológico¹⁰¹. De acuerdo con el centro europeo para el desarrollo de la formación profesional (CEDEFOP), el 43%

⁹⁸ SCHWAB, *The fourth industrial revolution*, World Economic Forum, Geneva, 2016.

⁹⁹ FREY C. & OSBORNE M., “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological Forecasting and Social Change*, n. 114, pp. 254-280, 2017; AUTOR, D., “Work of the Past, Work of the Future”, *NBER Working Paper*, n. ° 25588, 2019.

¹⁰⁰ FORD, M., *The Rise of robots*, Basic Books, NY, 2016; DAUTH, W., FINDEISEN, S., SÜDEKUM, J. & WÖSSNER, N., “German Robots – The impact of Industrial Robots on workers”, *IAB Discussion Paper*, n. 30, 2017, p. 5.

¹⁰¹ Existe un interesante debate en la literatura respecto si el cambio tecnológico es continuo y permanente o, por el contrario, ocurre en olas. A este respecto, aunque a ojos del usuario medio o ciudadano pueda parecer que el cambio es continuo, la doctrina más especializada suele decantarse por entender que el cambio tecnológico relevante viene en oleadas –de ahí que se hable de primera, segunda, tercera, cuarta revolución etc...-. La explicación principal consiste en que la inversión de capital en tecnología necesita ser amortizada antes de ser cambiada, de hecho, desde la perspectiva del empresario –dueño del capital- cada ola de automatización reduce el coste efectivo del trabajo, lo que desincentiva seguir automatizando

de los trabajadores de la UE han experimentado un cambio en las tecnologías usadas en su trabajo en los últimos 5 años¹⁰². A su vez, en vista del avance tecnológico actual se ha llegado a predecir que la mitad de los trabajos de la economía desarrollada son susceptibles de ser automatizados por robots y nuevas tecnologías¹⁰³.

Ahora bien, no existe novedad en este respecto. Este tipo de afirmaciones y predicciones ya se realizaron en el pasado, pero nunca se han convertido en realidad. Keynes (1930)¹⁰⁴ en su momento predijo que el crecimiento de la productividad crearía masivo desempleo derivado de la sustitución de los humanos por máquinas¹⁰⁵, sin que esto llegara a ocurrir.

Así, en la actualidad se está repitiendo el debate una vez más. Por un lado, parte de la literatura económica, sostiene que la tecnología esta vez es distinta a la anterior, por lo que no se reproducirá los incrementos de empleo, como ha ocurrido en otras ocasiones, dejando simplemente la población en el desempleo. Sus argumentos se basan en que el rápido avance de las tecnologías asociadas con el *machine learning*, la inteligencia artificial, el procesamiento del lenguaje por parte de las máquinas, la percepción visual y especial, entre otras, van posibilitar la sustitución humana a una velocidad que difícilmente permitirá la adaptación de la economía¹⁰⁶.

Por otro lado, se sitúan los que consideran que el progreso técnico está asociado con mejoras en el nivel de empleo¹⁰⁷. El principal argumento de aquellos que sostienen

—al menos durante un tiempo— (ACEMOGLU & RESTREPO, “Artificial Intelligence, Automation and work”, *NEBER Working Paper*, n° 24196, 2018, p. 1491). En efecto, los datos empíricos sostienen esta hipótesis. Mirando el nivel de inversión en tecnología realizado en Holanda, BESSEN (“How computer automation affects occupations: technology, jobs and skills”, *Boston University School of Law, Law and economics working paper*, 2016, pp. 15-49) concluye que en ciertos periodos se produce mucha inversión disminuyendo la misma en otros.

¹⁰² CEDEFOP, “People, machines, robots and skills”, Briefing note 9121, 2017; CEDEFOP, *Insights into skill shortages and skill mismatch: learning from CEDEFOP’s European skills and Jobs survey*. Luxembourg: Publication Office, 2018.

¹⁰³ FREY C. & OSBORNE M., “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, *op. cit.*

¹⁰⁴ KEYNES, J. M., “Economic possibilities for our grandchildren” en *Essays in persuasion*, Harcourt Brace, New York, 1932, pp. 358-373, disponible en https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/files/content/upload/Intro_and_Section_I.pdf.

¹⁰⁵ Estas predicciones se repitieron en 1965, 1983, ver ACEMOGLU & RESTREPO, “Artificial Intelligence, Automation and work”, *op. cit.*

¹⁰⁶ BRYNJOLFSSON & MCAFEE, *The second machine age: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*, WW Norton & Company, NY, 2014.

¹⁰⁷ VIVARELLI, “Innovation, employment and skills in advanced and developing countries: a survey of the literature”, *Journal of Economic Issues*, v. 48 n. 1, 2014, pp. 123-154; BESSEN, “How computer automation affects occupations: technology, jobs and skills”, *op. cit.*; AUTOR, “Why are there still so many jobs? The

que el avance de la robotización no destruirá empleo está basado en que se espera que nuevas ocupaciones y profesiones aparezcan. Esto es, estos autores no defienden que la robotización no destruya empleo, sino que estos empleos serán recolocados por nuevas profesiones que aparezcan, bien derivadas de esa tecnología (nuevas profesiones tecnológicas), bien por nuevas tipologías de servicios y consumos que aparezcan. En efecto, como defienden Acemoglu y Restrepo¹⁰⁸, con los robots industriales, la tecnología digital, las máquinas controladas por ordenador y la IA se destruye empleo, pero también aparecen nuevas ocupaciones como especialistas audiovisuales, administradores de datos, analistas e, incluso, otros no relacionadas con la tecnología como los trabajadores sociales.

Así, lo que parece claro es que, con independencia de si el resultado neto final para el empleo será positivo o negativo, los trabajadores afectados por la automatización de sus tareas se verán perjudicados (bien por pérdida del empleo y tener que buscar otro de otro tipo, bien por reducciones de salario¹⁰⁹). En este sentido, la OCDE (2019)¹¹⁰ señala que el cambio tecnológico provocará, en la UE, que un 14% de los trabajos desaparezcan y que un 32% probablemente cambien totalmente derivado a la automatización de gran parte de las tareas que conlleva esa ocupación. Paradójicamente (aunque no por ello menos esperable) dentro de la Unión Europea uno de los países con peor pronóstico es España. En el cual, a pesar de ser una de las mayores economías de la Unión, se prevé un 22% de puestos desaparecidos. Finalmente, este informe de la OCDE se une a los llamados “tecno-optimistas” y sugiere que estos puestos destruidos serán compensados con nuevos empleos derivados de la nueva demanda. Ahora bien, señala que este proceso puede ser traumático para los asalariados afectados y que muchos no disponen de las habilidades necesarias para integrarse en el mercado de trabajo resultante provocando con un deterioro en la vida de muchos trabajadores.

history and future of workplace automation”, *The journal of Economic Perspectives*, v. 29, n. 3, 2015, pp. 3-30).

¹⁰⁸ ACEMOGLU & RESTREPO, “The race between man and machine: Implications of technology for growth, Factor Sheres, and employment”, *American Economic Review*, v. 208, n. 6, 2018, p. 1489.

¹⁰⁹ DAUTH, W., FINDEISEN, S., SÜDEKUM, J. & WÖSSNER, N., “German Robots – The impact of Industrial Robots on workers”, *IAB Discussion Paper*, n. 30, 2017, pp. 5 y 41.

¹¹⁰ OCDE, *Employment Outlook*, Paris, 2019.

Los estudios señalan que los trabajadores poco formados y con falta de habilidades digitales y sin habilidades transversales serán los peor parados¹¹¹. Los efectos analizados hasta el momento son los siguientes:

En EEUU, Acemoglu y Restrepo¹¹² concluyeron que, cada robot industrial adicional, el empleo total se reduce entre 3 y 6 puestos, a la vez que reduce los salarios para los trabajadores que no son despedidos. La misma correlación se encontró para Alemania¹¹³ donde se concluyó que el 23% de la reducción del empleo en la industria fue causada por los robots, concretamente, la introducción de un robot adicional provocaba una reducción de dos puestos de trabajo. Este estudio también concluyó que la introducción de la tecnología se vinculaba con un aumento de las ganancias del capital y de la productividad laboral, pero con una disminución de los salarios. Estos autores asumen que la menor destrucción de empleo en comparación a EEUU probablemente venga derivada de los altos niveles de sindicación del sector industrial en Alemania en comparación a EEUU. Se argumenta que los sindicatos prefieren aceptar reducciones de salario colectivas, antes de permitir los despidos de unos pocos¹¹⁴. En fin, la nueva tecnología beneficia principalmente a los dueños del capital, pero no a los trabajadores implicados¹¹⁵.

Un resultado que no debería ser sorprendente dado que es coherente con lo visto hasta ahora en la historia del mercado de trabajo. La tecnología aumenta el valor del capital y reduce el del trabajador. Conforme la tecnología se vuelve cada vez más relevante para la producción –antes era la máquina de vapor y ahora los robots-, aquellos

¹¹¹ ACEMOGLU & RESTREPO, “Artificial Intelligence, Automation and work”, op cit; PÉREZ GARCÍA F., et al., *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital*, XXI Premio de Investigación del CES, 2019.

¹¹² ACEMOGLU & RESTREPO, “Robots and Jobs: Evidence from US Labour Markets”, *NBER Working Paper* 23285, 2017; ACEMOGLU & RESTREPO, “Secular stagnation? The effect of aging on economic growth in the age of automation, American Economic growth in the age of automation”, *American Economic Review Papers y Proceedings*, v. 107, n. 5, 2017, pp. 174-179.

¹¹³ DAUTH, W., FINDEISEN, S., SÜDEKUM, J. & WÖSSNER, N., “German Robots – The impact of Industrial Robots on workers”.

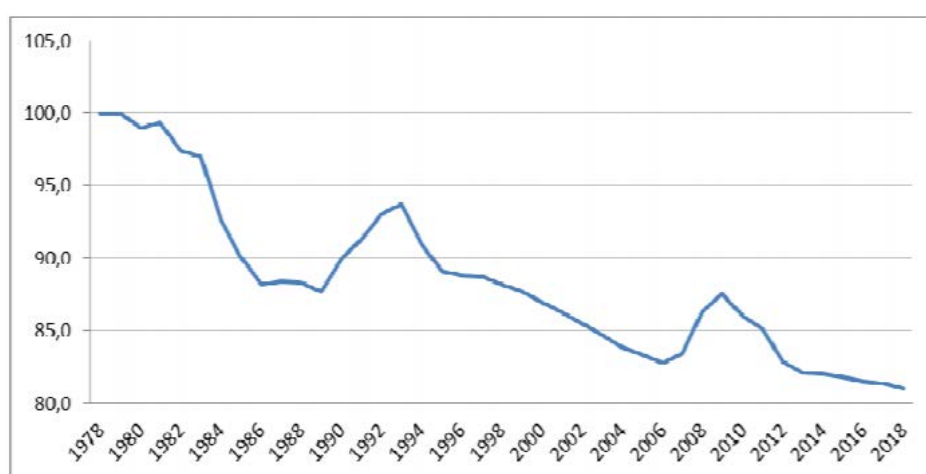
¹¹⁴ A su vez, estos autores señalan otra cuestión interesante. De acuerdo con los datos, la reducción de empleo en el sector industrial alemán derivado de la robotización, no provenía tanto de despidos directos, sino de que las empresas robotizadas creaban menos oportunidades de trabajo para los jóvenes que las empresas industriales menos robotizadas.

¹¹⁵ AUTOR et al, “The skill content of recent technological change: An empirical exploration”, *Quarterly Journal of Economics*, v. 118, n. 4, 2017, pp. 1279-1333; KEHRING & VINCENT, “Growing Productivity Without Growing Wages: The Micro-Level Anatomy of the Aggregate Labor Share Decline”, *Economic Research Initiatives at Duke (ERID)*, Working Paper n. 244, 2017, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2943059>.

que no tiene capital, y que solamente viven gracias a la venta de su trabajo, tienen menor poder de negociación. En un mercado sin regulación laboral que reequilibre esta situación, los salarios tenderán a cero¹¹⁶.

En efecto, un informe de la Fundación BBVA¹¹⁷ alertaba de una fuerte bajada en la participación de las rentas del trabajo en la economía nacional frente a un incremento de las rentas del capital. Lo anterior se traduce en una caída de la masa salarial percibida por los trabajadores españoles. Uno de los principales factores que explica esta reducción es la digitalización. Se argumenta, desde esta teoría, que las nuevas empresas digitales requieren una menor mano de obra en comparación con las empresas tradicionales, generando, incluso, mayores beneficios con un menor número de trabajadores. En efecto, algunos autores han puesto de relieve que la suma de los ingresos obtenidos por GM, Ford y Chrysler en los años 90 es prácticamente idéntica a la declarada por Google, Apple y Facebook, requiriendo estos tres últimos nueve veces menos trabajadores que los anteriores¹¹⁸. Así pues, pocas dudas caben de la importancia de la tecnología en la sustitución del trabajo y como forma de acaparar la mayor parte de los ingresos creados.

Gráfico: Participación ajustada de las rentas del trabajo en España 1978-2018



Fuente: Comisión Europea. Base de datos AMECO.

¹¹⁶ COON, J. S., "Collective Bargaining and Productivity", *The American Economic Review*, v. 19, nº 3, 1929.

¹¹⁷ BBVA, "La participación del trabajo en la renta nacional", disponible en <https://www.bbva.com/es/la-participacion-del-trabajo-en-la-renta-nacional/>, consultado 10 de abril de 2019).

¹¹⁸ TEGMARK, M., *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, 2017, p. 121.

3.2 Plataformas digitales

De hecho, esta situación no ocurre únicamente derivado de la robotización – reducción de empleo-, sino siempre que un elemento de capital –tecnológico o de otro tipo- se vuelve más necesario –o imprescindible para ser competitivo en el mercado-.

Así ocurre en las plataformas digitales. Como se ha demostrado en otros lugares¹¹⁹, las plataformas digitales no crean nuevos sectores productivos ni nuevas ocupaciones, sino que esencialmente se limitan a cambiar la forma de ofrecer servicios en el mercado y de organizar el trabajo de profesiones pre-existentes.

Así, la plataforma se vuelve un elemento esencial para contactar con los clientes del servicio y distribuir –mediante el algoritmo- las tareas entre los prestadores de servicios¹²⁰, sin que en este caso exista reducción del empleo –como sí ocurre con la robotización-. En cualquier caso, las consecuencias de la implantación de la nueva tecnología para los trabajadores del sector son las mismas que las vistas en el caso de la robotización: reducción de salarios y empeoramiento de las condiciones laborales.

En este sentido, un informe del Instituto JPMorgan Chase¹²¹, tras analizar los salarios de los conductores de Uber y de otras plataformas digitales del sector del transporte en 2018 y lo que estos mismos trabajadores percibían en otros empleos en 2013, concluyó que ingresaban significativamente menos en Uber que en sus trabajos previos. Concretamente, de media obtenían al mes un 53% menos que en sus antiguos empleos fuera de la economía de plataformas. Parece, pues, y a falta de más estudios, que el trabajo fuertemente mediado por tecnología repercute negativamente en los ingresos totales de los trabajadores por su empleo.

Cabe destacar, pues, que la inclusión de la tecnología, y la necesidad de ésta para acceder al mercado disminuye el poder de negociación de aquellos que viven de su trabajo sin ser titulares de la misma –igual que sucedió con los primeros telares industriales-. Esta reducción del poder de negociación incrementa la *subordinación económica* del

¹¹⁹ TODOLÍ SIGNES, A., “Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la gig economy”, *op. cit.*

¹²⁰ TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo blanch, 2017.

¹²¹ JP MORGAN CHASE INSTITUTE, *Uber drivers are earning 53% less than they did in 2013*, 2018 (disponible en <https://bigthink.com/technology-innovation/uber-drivers-earning-less>).

trabajador –que ha de adaptar su conducta en beneficio de la empresa o perderá la oportunidad de trabajar- a la vez que estrecha la porción de los ingresos totales que se dedican a retribuir el trabajo.

Algo que no ocurre solamente en el trabajo no cualificado, sino que se extiende al trabajo cualificado y a las profesiones liberales. Conforme la encuesta COLLEM¹²² elaborada por la Comisión Europea, la mayoría de trabajos realizados en plataformas corresponden a trabajos técnicos, profesionales –como informático o de traducción- y profesiones liberales. Así se concluye que los sectores afectados por el trabajo en plataformas son todos aquellos basados en la prestación de un servicio, independientemente de que éste requiera una alta o baja cualificación, y que la economía de plataformas no crea en sí misma un nuevo sector productivo, sino que modifica o transforma los preexistentes y que lo hace incrementando el poder del titular de la plataforma frente al trabajador que carece de ella.

En este contexto cabe la posibilidad de que profesiones liberales, que tradicionalmente funcionaban de manera autónoma y con capacidad de auto-protegerse sin necesidad de intervención del Derecho del trabajo pueden verse ahora sometidos a los mismos riesgos y a la misma –o parecida- subordinación respecto del propietario de la tecnología –y la marca¹²³- que los obreros de las fábricas. Imaginen un abogado que tenga su propio despacho individual y que tradicionalmente obtuviera sus clientes directamente del mercado, con su marca y su publicidad, fijando sus propios honorarios negociados con el cliente final, etc: lo que comúnmente se conoce como un profesional liberal. Sin embargo, si con el paso de tiempo los consumidores empiezan a habituarse a encontrar sus abogados a través de las plataformas digitales, este abogado perdería su capacidad de encontrar clientes sin estar inserto en una plataforma digital. Esto implicaría que, si desea seguir ejerciendo sus funciones tenga que: bien ser propietario de su propia plataforma digital; bien insertándose en una plataforma ajena que le proporcione los clientes (comercialice sus servicios). De esta forma, desde el momento en que dependa de un tercero para comercializar sus servicios -le proporcione una marca conocida por los

¹²² PESOLE, A., et al, “Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey”, *Publications Office of the European Union*, 2018.

¹²³ La plataforma además de un medio tecnológico consistente en portales web, aplicaciones móviles, algoritmos y recolección de datos para “alimentar los algoritmos” también son una “marca” en el sentido de un elemento distintivo conocido y reconocido por los consumidores necesario para poder acceder al mercado y proveer servicios.

consumidores- comenzará el proceso de subordinación económica -sobre todo si existe un número reducido de plataformas alternativas-. Adicionalmente, la plataforma digital, con objeto de proteger su marca y reputación tendrá incentivos en controlar la calidad de la prestación de servicio del abogado, reduciendo también su libertad.

En fin, si las predicciones se cumplen, y los consumidores incrementan la demanda de servicios -incluidas las ofrecidas por las profesiones liberales- a través de las plataformas digitales, estos profesionales liberales dejarán de poder prestar servicios en sus despachos particulares –como tradicionalmente venían haciendo- sin estar integrados en una plataforma. Estas plataformas –que además tienden al monopolio u oligopolio¹²⁴- ejercerán gran poder de negociación sobre los trabajadores que presten servicios con el uso de su tecnología y marca –igual como lo hicieron los dueños de las fábricas sobre los trabajadores que necesitaban de su maquinaria para poder producir bienes-. En fin, ello puede hacer que estos profesionales, que tradicionalmente prestaban sus servicios de manera realmente independiente, pasen a depender, de una forma u otra –económica o jurídicamente-, del propietario de la plataforma¹²⁵.

3.3. Digitalización y la formación continua

Al reto que se acaba de ver –la reducción del poder de negociación derivado de la tecnificación- se suma otro: la formación necesaria para el cambio. Frente al cambio tecnológico existen principalmente dos efectos: de un lado, la reducción del poder de negociación derivado de la sustitución de trabajadores por máquinas y de la conversión de la tecnología como un elemento imprescindible para poder prestar servicios; de otro lado, los cambios necesarios en las habilidades y aptitudes para poder recolocar a los trabajadores afectados por la tecnificación.

En efecto, mientras que algunos trabajadores pueden verse positivamente afectados por la tecnificación –trabajos cualificados como ingenieros, etc...- por el hecho de estar embarcados en nuevas ocupaciones con baja oferta de trabajadores preparados, otros muchos –trabajos manuales y rutinarios- pueden verse perjudicados. Esto ha sido

¹²⁴ Ver al respecto conclusiones del informe realizado por el IVIE, PÉREZ GARCÍA F., et al., *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital*, op cit.

¹²⁵ TODOLÍ SIGNES A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, op cit.

llamado “la Brecha digital”¹²⁶, esto es, el fenómeno por el cual la digitalización perjudica especialmente al personal poco formado –en competencias digitales, pero también transversales como la rapidez de aprendizaje, la adaptabilidad etc.-¹²⁷, a la vez que mejora la situación de los cualificados, incrementando con ello la desigualdad entre los propios trabajadores.

Téngase en cuenta que no todos los trabajos, que pueden ser automatizados, van a automatizarse realmente. Los bajos salarios de algunos de colectivos desincentivan su automatización. Así, lo que suele ocurrir es que, dentro de los posibles trabajos automatizables –los rutinarios-, principalmente se van a automatizar aquellos con salarios más cercanos a la media. Lo que provoca un incremento todavía mayor de la polarización salarial, esto es, la desaparición de los trabajos con salario medio, aumentando los trabajos con bajos salarios –los que no hay incentivos para automatizar- y los trabajos con altos salarios –los no automatizables¹²⁸.

En cualquier caso, no se debe caer en el “determinismo tecnológico”, dado que estos efectos –reducción y polarización de salarios- no dependen de la tecnología sino de las reglas y normas vigentes en la sociedad en las que se implementan. Así, estudios empíricos demuestran que la reducción de los salarios de los trabajos automatizables no ocurre en la misma medida en aquellas empresas cubiertas por negociación colectiva¹²⁹. También se revelan efectos positivos respecto a la polarización salarial y la desigualdad entre los propios trabajadores. En este sentido, existe un importante compendio de estudios empíricos que demuestran la capacidad de la negociación colectiva para reducir

¹²⁶ SMITH, C. W., *Digital corporate citizenship: the business response to the digital divide*. Indianapolis: The Center on Philanthropy at Indiana University, 2002; HILBERT, M., "The end justifies the definition: The manifold outlooks on the digital divide and their practical usefulness for policy-making". *Telecommunications Policy*, v. 35, n. 8, 2011, pp. 715–736.

¹²⁷ Así, la OECD (*Employment Outlook 2019*, p. 3, op cit) sostiene que con el avance de las nuevas tecnologías digitales “no todos serán capaces de beneficiarse de los nuevos empleos que emerjan, y muchos pueden quedar atrapados en trabajos precarios, con bajos salarios, sin seguridad social, sin jubilación y sin cobertura de la negociación colectiva”.

¹²⁸ BÖHM, M. J., "The Price of Polarization: Estimating Task Prices under Routine-Biased Technical Change", *IZA (Institute for the Study of Labor) Discussion Paper Series* (11220), 2017; ACEMOGLU, DARON & AUTOR, "Skills, Tasks and Technologies: Implications for Employment & Earnings", *Handbook of Labor Economics*, v. 4b, 2011; FIRPO, S., FORTIN, N. M. & LEMIEUX, T., "Occupational Tasks and Changes in the Wage Structure", *IZA (Institute for the Study of Labor) Discussion Paper Series* (5542), 2011.

¹²⁹ DENICE, P. & ROSENFELD, J., "Unions and Non-union Pay in the United States, 1977-2015", *Sociological Science*, n. 5, 2018, pp. 541-61.

la polarización salarial y mejorar la igualdad entre los propios trabajadores¹³⁰. En general, los estudios realizados revelan, aportando un importante soporte empírico, la capacidad de la negociación colectiva para conseguir un mejor equilibrio en el reparto de las rentas generadas entre el capital y el trabajo¹³¹.

En fin, antes de llegar a la desaparición total del trabajo, que actualmente no sobrepasa las barreras de la ciencia ficción, lo que sí cabe preguntarse es el papel de las normas laborales durante la progresiva disminución de la utilidad del trabajo (cuantas más cosas puedan hacer las máquinas, menos útil será el propietario del trabajo). Los análisis históricos y empíricos nos indican que la progresiva automatización y digitalización está provocando -y provocará- una correlativa disminución del poder de negociación de los que viven de su trabajo haciendo más relevante el papel de las normas laborales, si cabe, como forma instrumento de política económica.

¹³⁰ OECD, *Employment Outlook*, Paris, 2018; VISSER, JELLE & CHECCHI, D., "Inequality and the Labour Market: Unions.", *The Oxford Handbook of Economic Inequality*, 2011; WESTERN, B. & ROSENFELD, J. "Unions, Norms, and the Rise in U.S. Wage Inequality", *American Sociological Review*, v. 76, n. 4, 2011, pp. 513-37.

¹³¹ HIRSCH, B. T., "What Do Unions Do for Economic Performance?", *Journal of Labor Research*, n. 25, 2004; NICKELL, S. J. & M. ANDREWS, "Unions, Real Wages and Employment in Britain 1951-79", *Oxford Economic Papers*, n. 35, 1983, pp. 183-206; WESTERN, B. & ROSENFELD, J. "Unions, Norms, and the Rise in U.S. Wage Inequality", op cit; JAUMOTTE, F. & C. OSORIO BUITRON, C., "Inequality and labor Market Institutions". *IMF Staff Discussion Note*, July 2015; ABDIH, Y. & DANNINGER, S., "What Explains the Decline of the U.S. labor Share of Income? An Analysis of State and Industry Level Data". *IMF Working Paper* (WP/17/167), Washington DC., 2017; ÁLVAREZ ET AL, "Missing Links in the Inclusive Growth Debate: Functional Income Distribution and Labor Market Institutions", *IRL*, 2021; Los estudios empíricos establecen que para que los trabajadores se beneficien vía salarios de un aumento en los beneficios/productividad empresarial es necesario que exista un sindicato fuerte en la empresa, BULL CLIVE, "Business cycle and wage determination in the United States" en AAVV.,(Ed. NALBANTIAN HAIG R.), *Incentives, cooperation, and risk sharing: Economic and psychological perspectives on employment contracts*, Roman & Littlefield, Totowa, New Jersey, 1987.

La verdad no es otra cosa que la interpretación que tiene más éxito

El ciudadano ilustre

PARTE II: EL RELATO EN EL DERECHO DEL TRABAJO: JUSTIFICACIONES Y OBJETIVOS DE LAS NORMAS LABORALES

El relato tradicional, y ampliamente aceptado, para justificar la necesidad del Derecho del trabajo es la desigualdad en el poder de negociación. Así, esta disciplina jurídica se alza como una fuerza compensatoria del poder que ostentan los dueños de la empresa. Desequilibrio que proviene, de un lado, de la legislación civil, y la fuerte protección de los derechos de propiedad frente a otros derechos, de otro lado, de la situación económica débil de aquel que no tiene otra forma de vivir que vender su fuerza de trabajo¹³².

En este contexto de desequilibrio de poder de negociación, las teorías liberales del mercado, basados en la autonomía de la voluntad, resultan inaplicables. Se entiende que, dada la falta de opciones reales para los trabajadores, no existe libertad para contratar ni para negociar, esto es, los trabajadores carecen de una autonomía real cuando se trata de aceptar las condiciones laborales por parte de los trabajadores¹³³. Este desequilibrio en el poder de negociación parece ser la causa de todas las desventajas a las que están sometidos los trabajadores: salarios bajos, jornadas de trabajo excesivas,

¹³² DAVIES & FREEDLAND, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, op cit.

¹³³ VALDÉS DAL-RE, "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n. 168-169, 2002, p. 45.

impredecibilidad en los horarios, transferencia de los riesgos inherentes al negocio al trabajador, riesgos para la salud, etc.

De esta forma, no es justificable la aplicación del Derecho Civil, basado en la autonomía de la voluntad, si esta voluntad no es real. De aquí la necesidad de: i) establecer regulaciones estatales que se concreten en derechos mínimos; ii) un impulso al asociacionismo sindical que permita una verdadera negociación en igualdad de condiciones; iii) o ambos a la vez de forma complementaria. Desde esta perspectiva históricamente se ha sostenido que la regulación pública en forma de Derecho del trabajo resulta necesaria.

Ahora bien, los cambios políticos e ideológicos en las últimas décadas han puesto en duda esta justificación. Las teorías liberales y neoliberales entienden que la protección de la propiedad privada es la única intervención necesaria por parte del Estado. Para el resto, hay que dejar al mercado funcionar, sin interferencias públicas, puesto que este siempre acaba encontrando la solución de equilibrio¹³⁴.

Concretamente, se rechaza que la asimetría en el poder de negociación sea justificación suficiente para una intervención pública por dos motivos: de un lado, se argumenta que la desigualdad en el poder de negociación es un concepto poco preciso que no permite identificar específicamente qué individuos deberían estar dentro del ámbito de protección del Derecho del trabajo, a la vez, que tampoco permite justificar qué concretas instituciones laborales son admisibles para alcanzar el objetivo de reequilibrio¹³⁵. De otro lado, se sostiene que esta desigualdad no impide que exista una libre negociación¹³⁶. Esto es, se defiende que, aunque el desequilibrio en el poder de negociación puede poner en dificultades a la parte menos afortunada para obtener las condiciones deseadas eso no es equivalente a sostener que no existe una voluntad libre ni un consentimiento real.

En cualquier caso, y con independencia de la validez de estas argumentaciones (que serán debatidas más adelante), la realidad es que, con la falta de apoyo político, con

¹³⁴ HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, 1980.

¹³⁵ LANGILLE, B., "Labour law's theory of justice", en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-110.

¹³⁶ SPECTOR, "Philosophical foundations of labour law", *Florida State University Law Review*, n.33, 2006, p. 1133.

los sindicatos en manifiesto declive, con los cambios organizacionales a nivel empresarial, con la mundialización del trabajo resultado del cambio tecnológico, el Derecho del trabajo ha entrado en una crisis de identidad¹³⁷. De aquí que la doctrina laboralista a nivel internacional haya comenzado un intenso debate por redefinir el objeto y los fronteras del Derecho del trabajo¹³⁸.

Así, en esta parte del libro analizaré un conjunto de justificaciones que avalan la vigencia y necesidad del Derecho del trabajo en la actualidad a la vez que le asignan nuevas funciones –distintas a la de protección de la parte contractual débil- a la misma conforme al contexto político, empresarial y tecnológico actual¹³⁹.

Para tal objeto he dividido las funciones del Derecho del trabajo en tres grandes grupos: i) Eficiencia/productividad; ii) Redistribución entre capital-trabajo; iii) igualdad/redistribución entre los propios trabajadores.

¹³⁷ ARTHURS, H., “Labour Law After Labour”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford.

¹³⁸ SPECTOR, “Philosophical foundations of labour law”, *op. cit.*

¹³⁹ Lo que SCIARRA “National and European Public Policy: The Goals of Labour Law”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 258 llama “la división entre viejas lealtades y nuevas demandas”.

IV. LA BÚSQUEDA DE LA EFICIENCIA

1. Eficiencia, crecimiento económico y productividad

El Derecho del trabajo, desde sus inicios, ha estado preocupado por la producción. Por mucho que se sostenga que el objeto de las normas laborales es la protección de los trabajadores, la realidad es que el contrato de trabajo nunca ha descuidado la satisfacción de los intereses empresariales. Así, la concesión del poder de dirección a la empresa, la posibilidad de dictar instrucciones que completaran el objeto del contrato y la autorización jurídica de la vigilancia y el control sobre la actividad laboral de los trabajadores son disposiciones alejadas de una visión estrictamente civilista de la teoría de contratos, pero que se ha considerado necesaria para la consecución de unos fines legítimos como son el crecimiento económico, la competitividad y la eficiencia.

En los últimos años esta versión de la disciplina ha ganado adeptos conceptualizando el Derecho del trabajo como la “ley del mercado de trabajo”¹⁴⁰. Los precursores de esta escuela de pensamiento sostienen que la disciplina tiene como objetivo regular el mercado de trabajo para que funcione correctamente en beneficio de todos. Desde esta perspectiva teórica, el Derecho del trabajo promueve el crecimiento económico apoyando y facilitando las operaciones del mercado de trabajo. La justificación de la disciplina, por tanto, proviene de la necesidad de regular el mercado de trabajo, admitiendo que tiene fallos de mercado, para alcanzar la eficiencia¹⁴¹.

Si bien, estos autores abrazan la ideología de mercado en sus postulados¹⁴², la realidad es que todos ellos se alejan de las concepciones del modelo neoclásico del mercado de trabajo. Así, mientras los postulados neoclásicos abogan por la capacidad innata del mercado de trabajo de autorregularse, y de encontrar el equilibrio sin necesidad

¹⁴⁰ DEAKIN & WILKINSON, “Justifications and techniques of legal regulation of the employment relation”, en COLLINS, DAVIS & RIDEOUT (ed.), *Legal regulation of the employment relation*, Kluwer Law international, Collins, Londres, 2001; COLLINS, H. “Regulating the Employment relationship for competitiveness”, *Industrial Law Journal*, v. 30, 2001, pp. 17-48; ARUP, C., GAHAN, P., HOWE, J. B., JOHNSTONE, R. S., MITCHELL, R., & O'DONNELL, A., *Labour Law and Labour Market Regulation: Essays on the Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*. Federation Press, 2006; HYDE A., “What is Labour Law”, en DAVIDOV & LANGILLE eds., *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, 2006; DAVIES, P. & FREEDLAND, M., *Towards a flexible labour market: Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, OUP, 2007.

¹⁴¹ DAVIES, P. & FREEDLAND, M., *Towards a flexible labour market: Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, op cit.

¹⁴² CABRELLI & ZAHN, “Civil Republican Political Theory and Labour Law”, en *Philosophical foundations of labour law*, Oxford University press, Oxford, 2018, p. 107.

de intervención pública, apostado por una tendencia general a la desregulación; los autores que abogan por una “ley del mercado de trabajo”, rechazan estas capacidades “mágicas” atribuidas al mercado¹⁴³. Desde esta perspectiva, el Derecho del trabajo tiene su funcionalidad, precisamente, porque el mercado de trabajo tiene fallos y, por sí mismo, es incapaz de alcanzar los objetivos económicos y sociales deseados.

Tal y como sugiere Sollow¹⁴⁴, la teoría neoclásica que sostiene que el mercado de trabajo es capaz de ajustarse en precio –salario- y cantidad –nivel de empleo- hasta que no hay más operaciones eficientes que producirse –personal empleado-, no tiene base empírica suficiente. En la realidad material se comprueba que los bajos salarios y un nivel de desempleo involuntario persistente pueden ser el resultado de un mercado “desregulado”, por tanto, no existe una tendencia natural al pleno empleo en el libre mercado. Así pues, dado que el desempleo, desde la propia perspectiva de la ideología de mercado, es una opción ineficiente y un desperdicio de “recursos”, existe una oportunidad para la política económica –en forma de Derecho del trabajo- que mejore el estado de la economía.

El postulado por el que, cada uno actuando egoístamente, se obtiene el máximo beneficio para la sociedad gracias a la “mano invisible del mercado”¹⁴⁵ ya fue rebatido por el premio nobel en economía John Nash, el cual demostró, en su famoso “equilibrio de Nash”, que en muchos supuestos, si en vez de actuar de forma egoísta, los agentes consiguieran cooperar todos acabarían en una mejor posición¹⁴⁶. Sin embargo, como también sugirió este autor, en la mayoría de ocasiones los agentes económicos no tienen los incentivos suficientes para cooperar y colaborar siendo aconsejable una intervención externa –que bien puede ser una intervención pública- para conseguir obtener el máximo beneficio –la máxima utilidad- para todos los implicados.

Para exponer este problema Nash usa el conocido “dilema del prisionero”. Un problema de teoría de juegos en el que dos reos, que han cometido juntos un delito, se les ofrece, por separado, la oportunidad de confesar consiguiendo con ello que el primero

¹⁴³ HYDE A., “What is Labour Law”, en DAVIDOV & LANGILLE eds., *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, 2006, p. 54.

¹⁴⁴ SOLLOW, *The Labour Market as a Social Institution*, Blackwell, 1990, pp. 50 y 76.

¹⁴⁵ SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, 1776.

¹⁴⁶ Al respecto ver, HARDIN, “The tragedy of the commons”, *New Series*, v. 162, n. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

que lo haga tenga una reducción de la pena y el otro sea condenado. El problema plantea también que en caso de que ninguno de los dos confiese la policía no tendría pruebas para condenar a ninguno de los dos y debería liberarles. En este escenario, la mejor posición para los dos detenidos consiste en cooperar entre ellos y no confesar ninguno de los dos. Sin embargo, actuando egoístamente y, desconociendo que va a hacer el otro, existe un incentivo irresistible a confesar lo que dejará a los dos en peor situación que si hubieran cooperado entre ellos manteniendo la boca cerrada. De esta forma, el hecho de actuar racionalmente y egoístamente les conlleva a estar ambos en peor situación que si hubieran cooperado. Este supuesto en el que las partes actuando egoístamente acaban en peor situación que si cooperaran se produce en multitud de ocasiones en el ámbito económico -fallos de mercado.

Así las normas laborales vendrían justificadas a través de la identificación de estos problemas del mercado –fallos de mercado o situaciones en las que las partes actuando libremente no consiguen alcanzar el máximo de bienestar social- e intervenir mediante una regulación que permitiera obtener el óptimo de eficiencia o, al menos, mejorar la situación precedente –sin regulación-.

Antes de analizar la justificación de estos postulados es importante concretar el objetivo de esta propuesta “ley del mercado de trabajo”. Aquí se ha dicho que el objetivo sería el crecimiento económico, la competitividad y la eficiencia. Tres conceptos que, si bien pueden confundirse, responden a realidades bien distintas. En efecto, aunque los tres conceptos puedan parecer similares, en materia de valores perseguibles por la sociedad, la realidad es que tiene particularidades suficientemente diferenciadas como para que en este trabajo opte por resaltar la eficiencia sobre las otras dos.

Por un lado, “crecimiento económico” se basa en el aumento del producto generado por una economía sin contemplar los costes de dicho crecimiento –en materia de costes laborales, sociales, medioambientales, etc. Por otro lado, la competitividad hace referencia al rendimiento obtenido por la empresa –el capital- por cada unidad monetaria invertida para obtener ese rendimiento, por ello, cuando se habla de competitividad se hace referencia al interés de una parte –no de la sociedad en su conjunto- en obtener rendimiento de su inversión. Así, por ejemplo, se puede incrementar la competitividad simplemente reduciendo los salarios sin que ello reporte bienestar social (ej., si la

reducción de los salarios acaba provocando reducción de demanda y, con ello, menor crecimiento económico y desigualdad).

Por último, la productividad/eficiencia (en este trabajo se tratarán como conceptos intercambiables, aunque no sea así en todas las circunstancias como se tuvo la oportunidad de demostrar en el libro *Salario y productividad*¹⁴⁷) hace referencia a la cantidad de producto obtenido considerando los costes requeridos para su consecución. De esta forma, la productividad aumenta si, con los mismos recursos, una sociedad produce más, pero también si se produce lo mismo con menos recursos. Así, mientras que el crecimiento económico no tiene en cuenta los costes, ni contempla el ahorro de costes, la eficiencia sí lo hace¹⁴⁸.

2. Fallos de mercado

Con objeto de justificar las instituciones laborales, la doctrina¹⁴⁹ identifica una serie de fallos de mercado que avalarían la intervención legislativa. Serían los siguientes: a) información imperfecta; b) inelasticidad de la oferta de trabajo; c) problemas de conflicto colectivo; d) bajo nivel de confianza y colaboración; e) costes de transacción; f) externalidades negativas.

a) Información imperfecta

Una de las presunciones básicas que deben cumplirse para que los mercados funcionen correctamente es que todos los agentes implicados deben tener información perfecta. Esto significa conocer todas las posibilidades disponibles, los efectos de cada interacción a corto y a largo plazo, etc. Obviamente, en ningún caso este requisito se produce en el mercado de trabajo. Por el contrario, la empresa desconoce la productividad que un determinado trabajador le aportará ni si en el mercado existen otros trabajadores que se adaptarán mejor. Por su parte, el trabajador también desconoce si existen oportunidades mejores en el mercado para él o cuál es el valor añadido que obtiene la empresa con su trabajo. Toda esta información desconocida introduce costes si se quiere obtener (ej. piensen en los costes de buscar varios trabajos para el trabajador o varios

¹⁴⁷ TODOLÍ SIGNES, A., *Salario y productividad*, Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁴⁸ Así pues, estableciendo la eficiencia como objetivo del derecho del trabajo esta se hace compatible con formas de pensamiento como el “decrecimiento”, los cuales sin duda están interesados en reducir los costes –sociales, medioambientales- de determinadas formas de generación de producto.

¹⁴⁹ HYDE A., “What is Labour Law”, *op cit.*

trabajadores para un puesto de trabajo en el caso del empresario) y desconfianza entre las partes.

De esta forma, con objeto de reducir las asimetrías de información, se justifican las obligaciones de transparencia impuestas a la empresa, como las derivadas de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Y las obligaciones de información y consulta de los comités de empresa y sindicatos en procesos de negociación colectiva, despidos colectivos, etc.

Por parte de la empresa, para resolver los problemas derivados de la información imperfecta se justificarían las amplias posibilidades concedidas por el ordenamiento jurídico en materia de vigilancia y control de los trabajadores.

Uno de los mayores problemas que genera no tener información perfecta son los errores que cometen las personas a la hora de calcular los riesgos de que cierto evento perjudicial les ocurra. En un ambiente de incertidumbre es probable que los trabajadores no compren suficiente nivel de aseguramiento frente a contingencias perjudiciales para sus ingresos en caso de enfermedad, desempleo o jubilación, por una infravaloración de los riesgos y de las consecuencias –la llamada miopía económica-. Una cobertura que sí adquiriría un agente actuando racionalmente que tuviera información perfecta. La solución a esto proviene de las normas de Seguridad Social, las cuales obligan a los sujetos a comportarse racionalmente asegurándose frente a la pérdida de ingresos en determinadas circunstancias¹⁵⁰.

De hecho, estos sistemas de cobertura de riesgos son especialmente necesarios para aquellos que no tiene fuentes alternativas de ingresos –ej. capital, acciones, rentas mobiliarias o inmobiliarias-, los cuales son precisamente los que menos nivel de cobertura adquieren cuando no se le obliga a ello, debido precisamente a la necesidad de usar esos escasos ingresos para subsistir¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cabe decir que adicionalmente a solucionar este fallo de mercado, la protección social consigue mejorar el crecimiento económico, mediante la estabilización del nivel de consumo en épocas de crisis económica, permitiendo la formación en capital humano de los desempleados, etc., ver CSI, *Invertir en protección social y su impacto en el crecimiento económico*, CSI, 2021.

¹⁵¹ De ahí la existencia de un régimen no contributivo en materia de Seguridad Social, al respecto ver, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Delimitación jurídica del objeto de protección de la Seguridad Social española”, *Letras Jurídicas*, n. 20, 2009, pp. 59–77.

En cualquier caso, el funcionamiento del mercado exige que todos los agentes tengan las mismas obligaciones de adquirir cobertura –estar incorporados a la Seguridad Social al mismo nivel- para evitar que la posibilidad de excluirse de la cobertura se convierta en un elemento de competencia entre trabajadores. En efecto, en caso de que el trabajador pudiera optar por no estar cubierto por la Seguridad Social a costa de exponerse al riesgo, los empresarios contratarían estos trabajadores, por su menor coste, dejando desempleados a los otros. Lo que acabaría provocando una “competición a la baja” en la que todos los trabajadores tendrían que aceptar no tener cobertura para poder acceder a un empleo¹⁵². Un resultado contrario a la eficiencia.

Otras razones económicas justifican que el sistema de Seguridad Social sea público y universal. Así, un sistema privado –y sin regulación- aseguraría contra el desempleo solamente a trabajadores con bajo riesgo de perder el trabajo, dejando a los trabajadores más vulnerables sin cobertura. O estos trabajadores tendrían que recurrir a una cobertura pública: la cual resultaría mucho más costosa al no poder diversificar el riesgo con los trabajadores menos vulnerables¹⁵³. Lo que, por razones de eficiencia, también se justifica que la Seguridad Social sea pública –o al menos regulada- y universal.

b) Los costes de transacción y problemas colectivos

Negociar cada nuevo contrato individualmente es costoso. Si cada nueva transacción en el mercado de trabajo tuviera que venir con una estipulación individualizada de las funciones concretas a realizar (tareas, especificaciones, titulaciones etc...), del salario a percibir y de todas las demás contingencias que puedan ocurrir durante el periodo de duración del contrato –que se prevé largo o al menos indefinido- habría un amplio desperdicio de recursos para la empresa. Por su parte, los trabajadores también tendrían que incurrir en un arduo proceso de recolección de información –sobre el valor de mercado de su trabajo, lo que ofrece la competencia, etc...- que sería costoso e ineficiente. Por esta razón, se justifica la negociación colectiva y la estandarización de

¹⁵² PÉREZ GARCÍA F., et al., *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital*, op cit, p. 218; SUÁREZ, B., “The ‘Gig’ Economy and its Impact on Social Security: The Spanish example”. *European Journal of Social Security*, v. 19, nº 4, 2017, p. 307.

¹⁵³ DEAKIN, S., “The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 165.

categorías profesionales, con sus tareas, titulaciones, salarios y complementos salariales asignados a cada una¹⁵⁴.

Cabe decir que los costes de transacción, gracias a la tecnología, han disminuido mucho en los últimos años. Ejemplo de ello son las empresas de la economía de plataformas que usan aplicaciones para comunicarse con sus empleados. Sin embargo, ni siquiera estas empresas han abandonado la estandarización de la contratación laboral – todos los riders de una empresa tienen las mismas condiciones laborales-, por lo que parece que la negociación y representación colectiva sigue pudiendo ser justificadas como forma de reducir los costes de transacción para empresas y trabajadores¹⁵⁵.

En efecto, como señala Davidov¹⁵⁶, el Derecho civil no está preparado, ni regula de manera eficiente, los problemas colectivos. Iniciar negociaciones individuales, por cada trabajador, no es el único problema que se plantea en un contrato de trabajo. Imaginen renegociar uno por uno los contratos en caso de un traslado colectivo o de un cambio de producción que requiere cambio en las funciones desarrolladas por los trabajadores. Obviamente, esto no parece complicado en un mundo en el que el poder de negociación de los trabajadores es cero y estos son solamente contrato-aceptantes o meros adherentes a lo deseado por el empresario. Sin embargo, en una situación en la que los trabajadores poseen, aunque sea un residuo de poder, la negociación puede ser ardua y compleja.

Así pues, la realidad en que, con la cuestión colectiva y de poder de negociación, se está ante el problema que podría llamarse el “*poder de negociación de Schrödinger*”. Esto es, bien los trabajadores no tienen en absoluto poder de negociación y, en tal caso, la negociación colectiva vendría justificada por la falta de autonomía de la voluntad individual; bien los trabajadores tienen cierto poder de negociación y la negociación colectiva vendría justificada por los altos costes de transacción –y la ineficiencia- que implicaría negociar uno a uno. Lo que no parece posible es sostener la inadecuación de la

¹⁵⁴ HYDE A., “What is Labour Law”, *op cit.*, p. 57; ALBRECHT, J., “Search Theory: The 2010 Nobel Memorial Prize in Economic Sciences”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. v. 113, n. 2, 2011, p. 237.

¹⁵⁵ TODOLI SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁵⁶ DAVIDOV, G., *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford Monographs on Labour Law, 2016.

negociación colectiva defendiendo que ambos argumentos – los trabajadores tienen poder de negociación y a la vez no tienen- son válidos a la vez.

En la misma situación de ineficiencia se encuentra el Derecho civil para manejar los conflictos con los trabajadores. Así, interponer demandas individuales para un problema jurídico de ámbito colectivo – ej. supresión del comedor de empresa- carece de sentido desde muchas perspectivas entre ellas la eficientista. De esta manera, es necesario que el ordenamiento jurídico otorgue soluciones colectivas especiales a problemas de esta índole.

c) Bajo nivel de confianza, colaboración y conflicto

Uno de los principales problemas señalados por los economistas sobre el modelo neoclásico de funcionamiento del mercado de trabajo es que trata este como si de un mercado de compraventa se tratara (ej. mercado de melones). Las críticas de estos economistas no provienen por el hecho de que el modelo neoclásico trate a los trabajadores como una mercancía desde una perspectiva moral o ética, sino porque un “melón” y un trabajo son “mercancías” sustancialmente distintas. En este sentido, se afirma que mientras que un melón se compra para ser consumido al momento y no tiene opiniones o preferencias sobre lo que le vaya a ocurrir, el trabajador suele ser contratado para un largo periodo de tiempo y tiene autonomía propia.

Esta diferencia es señalada principalmente porque, mientras que el comprador de melones no necesita la colaboración del melón –los derechos de propiedad sobre el mismo pueden ejercerse plenamente-, no ocurre lo mismo con el trabajador¹⁵⁷. Así, para que la empresa funcione es necesaria la colaboración y cooperación del trabajador, incluso más allá de la letra de contrato¹⁵⁸ –y más allá de la buena fe contractual añadiría yo.

De esta forma, se ha sostenido que el comportamiento oportunista -o simplemente unilateral- del empresario puede provocar la desafección de los trabajadores a nivel macroeconómico –desempleo voluntario- y microeconómico –no cooperación con el empresario- resultando, ambos casos, en ineficiencias.

¹⁵⁷ MARGINSON, “Power and Efficiency in the Firm: Understanding the Employment Relationship” en PITELIS (ed.), *Transaction Costs, Markets and Hierarchies*, Oxford Blackwell, 1993.

¹⁵⁸ FOX, *Beyond contract: Trust, Power, and Work Relations*, Allen & Unwin, London, 1974.

Así, por ejemplo, en casos en los que los empresarios, derivado de un comportamiento monopolístico (monopsonio) o estratégico, tiene el poder para deprimir los salarios por debajo del salario de mercado. En estos casos, un salario “artificialmente bajo” puede provocar bajos incentivos a los trabajadores para ofrecer su trabajo a las empresas creando así desempleo –el mismo efecto se puede inducir cuando las empresas usan su poder de monopsonio para no remover condiciones laborales peligrosas o insalubres a falta de una regulación que les obligue-. En estos casos, el salario mínimo o la negociación colectiva pueden devolver el salario a su “óptimo” de mercado consiguiendo simultáneamente incrementar los salarios y el empleo. De esta forma, el exceso de beneficios que eran capaces de capturar los empresarios en virtud de su monopsonio –su poder de mercado- sería absorbido por los costes de emplear a trabajadores adicionales consiguiendo que la sociedad, en general, estuviera en mejor posición por una más eficiente distribución de los recursos¹⁵⁹.

En efecto, un informe de la OCDE¹⁶⁰ establece que el poder de monopsonio o oligopsonio en el mercado de trabajo, entendido como el poder del empleador para determinar los salarios, puede perjudicar la economía como lo haría un monopolio. En este sentido, se argumenta que la empresa que cuenta con este poder de negociación tiene incentivos para mantener los salarios por debajo de su nivel competitivo, para ello requiere reducir el número de empleados por debajo del óptimo -dado que contratar sucesivos empleados le obligaría a aumentar el salario de los anteriores- y, con ello, reducir el nivel de productos o servicios generados incrementando con ello los precios de sus productos puestos en el mercado. De esta forma, el poder de negociación de los empresarios sobre los trabajadores obtenido, bien mediante concentraciones de empresas, bien mediante la *desindicalización*¹⁶¹, bien mediante las “fricciones” del mercado laboral -miedo al desempleo, costes de movilidad de los trabajadores, costes de búsqueda de empleo-, daña la economía.

Esta es una situación –el monopsonio- que se aleja mucho de ser simplemente teórica. Así, en un estudio realizado en EEUU para analizar el índice de concentración de

¹⁵⁹ MANNING, *Monopsony in Motion: Imperfect competition in Labor Markets*, Princeton University Press, 2003, pp. 15-16.

¹⁶⁰ OECD, *Competition in Labour Markets*, OCDE, París, 2020.

¹⁶¹ BENMELCH, BERGMAN & KIM, “Strong employers and weak employees: How does employer concentration affect wages?”, *NBER Working Paper*, n. 24307, 2018.

las empresas en el mercado de trabajo¹⁶², encontraron un alto nivel de concentración de los mercados, llegando a la conclusión de que entre un 17% y un 33% de los empleos se encontraban en mercados altamente concentrados. A su vez, otros estudios empíricos que han analizado los efectos de la concentración empresarial en los salarios han concluido que esta reduce el nivel general de los salarios de los trabajadores de esas empresas¹⁶³. En efecto, como señala Philippon¹⁶⁴ existe un consenso en que la concentración empresarial está dañando a los trabajadores¹⁶⁵.

Esto ocurre incluso en el trabajo en plataformas digitales. Las plataformas digitales operan en un sistema en la que, derivado de los altos costes de entrada y las economías en red –cuantos más usuarios tenga una plataforma más atractiva se vuelve para el resto de los usuarios en comparación a la competencia-, se tiende a la concentración (modelo *winners takes all*¹⁶⁶). Lo que a su vez deja a los trabajadores con pocas posibilidades de elección reales de buscar trabajo en plataformas alternativas. Concretamente, Dube et al¹⁶⁷ analizaron el poder de mercado de *Amazon Mechanical Turk* –una de las plataformas digitales de trabajo más grandes a nivel mundial- concluyendo que la empresa sostenía una posición de monopsonio sobre los trabajadores que era aprovechada para capturar la mayor parte de las rentas generadas.

En general, exista o no monopsonio, la realidad es que los salarios bajos perjudican la eficiencia y la innovación. Estando en una posición en la que pueden rebajar los salarios de los trabajadores, las empresas pueden evitar otras medidas necesarias para ser competitivas como: reestructurar la producción, formar a los directivos de la empresa, cambiar la tecnología para ser más productivos¹⁶⁸. En efecto, cuando los salarios son bajos, los incentivos para innovar –mejora tecnológica, de procesos, de metodologías,

¹⁶² AZAR, J.A., MARINESCU, M., STEINBAUM & TASKA, B., “Concentration in US labor markets: Evidence from online vacancy data”, *NBER Working paper*, n. 24395, 2018.

¹⁶³ BENMELCH, BERGMAN & KIM, “Strong employers and weak employees: How does employer concentration affect wages?”, *op. cit*; BERGER, HERKENHOFF, MONGEY, “Labour market power”, *NBER Working Paper*, n. 25719, 2019.

¹⁶⁴ PHILIPPON, *The great reversal*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2019, p. 281.

¹⁶⁵ COUNTOURIS, DE STEFANO & LIANOS, “The EU, competition and worker’s Rights”, *Center for Law, Economics and Society*, 2021.

¹⁶⁶ TODOLI SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁶⁷ DUBE, A., JACOBS, NAIDU, SURI, “Monopsony in online labour markets”, *NBER Working Paper*, n. 24416, 2018.

¹⁶⁸ DEAKIN & WILKINSON, “Justifications and techniques of legal regulation of the employment relation”, *op. cit.*, p. 55.

etc.- son escasos. Así, empresas ineficientes pueden sobrevivir en el mercado a costa de los bajos salarios. Lo que a su vez reduce los incentivos para que otras empresas inviertan en innovación, ya que estas últimas no podrán sacar los réditos merecidos al tener que competir con empresas que pueden reducir los precios de sus productos -no por ser eficientes- sino por pagar poco a su mano de obra.

En el largo plazo el éxito de una economía depende de la productividad que deriva de la innovación, el desarrollo, el diseño y la calidad del producto, todo ello estrategias incompatibles con unos trabajadores infraremunerados¹⁶⁹. De aquí la importancia de que los estándares laborales –salario mínimo, negociación colectiva a nivel sectorial- afecten a todas las empresas del sector por igual, dado que la capacidad de una empresa de adoptar estrategias de alta productividad para mejorar su competitividad estará limitada si sus rivales pueden competir basándose en bajos costes y precariedad (de ahí la necesidad de la negociación colectiva a nivel sectorial para evitar la competencia basada en el empeoramiento de condiciones laborales).

De esta forma, una vez más, el salario mínimo y la negociación colectiva permite mejorar la eficiencia productiva, apremiando a las empresas a invertir en innovación para mantenerse competitivas.

Un ejemplo claro de las posibilidades de infrainnovación tecnológica son, de nuevo, las plataformas digitales. Mucha gente se sorprende de ver en ciudades del mundo “desarrollado” centenares de personas en bicicleta haciendo tareas de reparto. Las plataformas usan argumentos relacionados con el bienestar del medioambiente y las aficiones de los repartidores para justificar el uso de las bicicletas, en vez de otros vehículos a motor. Sin embargo, detrás se esconde una razón más prosaica y de índole económico.

Así, dado que la empresa paga a los riders por cada reparto ejecutado y no por hora de trabajo, no existen incentivos para tecnificar la industria del reparto en plataformas digitales. Por el contrario, si la empresa estuviera obligada a pagar por hora de trabajo, y conforme a un salario mínimo, la empresa tendría incentivos para asegurar una alta productividad de los trabajadores –el máximo número de repartos posibles por

¹⁶⁹ DEAKIN & WILKINSON, “Justifications and techniques of legal regulation of the employment relation”, *op. cit.*, p. 60.

hora trabajada con objeto de maximizar los rendimientos obtenidos por el dinero pagado al trabajador. Esto a su vez daría como resultado que la empresa tendría incentivos para comprar vehículos a motor para sus repartidores para que durante la jornada de trabajo hicieran el máximo número de repartos posibles. Sin embargo, sin salario mínimo y con una fuente infinita de trabajadores –desempleo–, la empresa no tiene incentivos para invertir en tecnología que haga al trabajador más productivo. Le basta con usar más trabajadores para alcanzar el nivel de producto requerido por sus clientes. Una solución altamente ineficiente para la economía en general que perjudica gravemente la productividad del país¹⁷⁰.

También los bajos salarios de los trabajadores impiden que exista capacidad de compra en la sociedad perpetuando una espiral negativa de decrecimiento y desempleo¹⁷¹. Por lo que, el salario mínimo –y la negociación colectiva ha sido considerada la respuesta legislativa necesaria que detiene esa espiral¹⁷².

Adicionalmente, el comportamiento oportunista del empresario también puede dar pie a falta de colaboración por parte de los trabajadores y, con ello, a ineficiencias¹⁷³. En términos generales se sostiene que, si bien la potestad de dirección y control sobre los trabajadores es necesaria para una eficiente producción, el abuso de la misma impide que se desarrollen unas relaciones de trabajo más eficientes basadas en la cooperación y el intercambio de información¹⁷⁴.

La inversión en capital humano y en formación es clave para la mejora de la productividad/eficiencia empresarial¹⁷⁵. Para ello, los trabajadores deben invertir su

¹⁷⁰ TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en plataformas digitales en la Comunidad Valenciana*, Cátedra de Economía Colaborativa, Universitat de Valencia, 2019, disponible en <https://www.uv.es/catedra-economia-collaborativa-transformacio-digital/ca/novetats-1286057015758/Novetat.html?id=1286110335920>

¹⁷¹ EDSFORTH, R., *The new deal: America's response to the great depression*, Oxford: Blackwell Publishers, 2000; BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 82.

¹⁷² CHERRY, M., "Working for (Virtually) Minimum Wage: Applying the Fair Labor Standards Act in Cyberspace", *Alabama Law Review*, v. 60, nº 5, 2009.

¹⁷³ Sobre los beneficios de la cooperación de los trabajadores en la empresa en materia de productividad ver ABLE, J. AND FITZROY, F. R., "Cooperation and Productivity: Some evidence from West German Experience", *Economic Analysis and Workers Management*, v. 14, n. 2, 1980, pp. 163–180.

¹⁷⁴ COLLINS H., "Justification and techniques of legal regulation of the employment relations", en COLLINS, H., DAVIES, P. & RIDEOUT, R. (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer International, 2000, pp. 7-11.

¹⁷⁵ ALBA RAMÍREZ, A., "Capital humano y competitividad en la economía española: una perspectiva internacional", *Papeles de economía española*, n. 56, 1993, pp. 131-143; Si bien, históricamente se ha criticado que los aumentos de la productividad provocados por la tecnología producen generalmente reducciones de empleo, HUERTAS ARRIBA E., Y LARRAZA KINTANA M.C., "Tecnologías de la

tiempo y su esfuerzo en obtener habilidades y conocimientos específicos de esa empresa. Los trabajadores solamente tendrán incentivos para hacerlo en caso de que sepan que van a amortizar esos conocimientos con una relación contractual larga con el empresario. Sin embargo, el trabajador desconoce si el empresario realmente tiene intención de mantener al trabajador en plantilla mucho o poco tiempo, por lo que, el temor a un comportamiento oportunista del empresario puede desincentivar la formación de los trabajadores acabando las dos partes en peor situación¹⁷⁶.

Tal y como demuestran los estudios empíricos, una alta rotación de trabajadores en la empresa puede desencadenar bajos niveles de productividad. En efecto, la doctrina económica defiende que, por las propias características del empleo temporal, los trabajadores sometidos a ella son menos productivos¹⁷⁷. Concretamente en un experimento observacional realizado por Autor¹⁷⁸ se constató que un aumento de los costes del despido tiene una correlación positiva con aumentos de la productividad laboral. En efecto, la formación invertida en los trabajadores temporales y con alto nivel de rotación, su experiencia en el puesto de trabajo, así como su motivación para esforzarse será menor que en los trabajadores indefinidos (con protección efectiva frente al despido). Así, el compromiso de un trabajador temporal con las tareas asignadas, solo puede ser tan grande como el compromiso que el empresario adquiere con él al hacerle un contrato temporal.

De esta forma, se justifica la preferencia legislativa por los contratos indefinidos, y en contra de la temporalidad, así como, las indemnizaciones frente a los despidos arbitrarios que protejan la estabilidad en el empleo de manera efectiva. Debiendo rechazarse, por tanto, “las nuevas formas organizativas” (subcontratación) actuales cuando su objetivo es permitir que la empresa haga recaer sobre el trabajador los riesgos empresariales y del ciclo económico, así como, las reducciones de las protecciones frente

información e innovación organizativa en la empresa española”, *Economía industrial*, n. 340, 2010, p. 57 y ss.

¹⁷⁶ DEAKIN, S., “The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development”, *op. cit.*, p. 160.

¹⁷⁷ RUESGA BENITO, S., “Reforma laboral, salarios y productividad en España”, *Comercio Exterior*, v. 55, n. 2, 2005, pp. 174, 176 y 178.

¹⁷⁸ AUTOR D. H., et al., “Does employment protection reduce productivity? Evidence from US States”, *The Economic Journal*, v. 117, n. 521, 2007, pp. F189-F217.

al despido por producir resultados ineficientes socialmente desde la perspectiva económica.

En este sentido, en muchas ocasiones, se ha considerado necesario que los trabajadores tengan su puesto de trabajo asegurado si se desea que estos colaboren en las mejoras de la productividad¹⁷⁹. Ningún trabajador estará dispuesto a dar muestras de espíritu cooperativo en la búsqueda de una mayor productividad, si no tiene una mínima estabilidad en la empresa y no existen garantías suficientes frente al despido¹⁸⁰. En este sentido, los trabajadores tendrán que tener confianza en que las mejoras de la productividad derivadas de su esfuerzo no van a provocar su propio despido. Piénsese que aquí se está haciendo referencia a seguridad en el puesto de trabajo y no seguridad en el empleo. La estrategia europea de “flexiseguridad” busca, en teoría, intercambiar seguridad en el puesto de trabajo, por seguridad en el empleo, algo que indirectamente puede provocar desmotivación de los trabajadores para colaborar en las mejoras de la productividad empresarial. En efecto, como se ha dicho, existen estudios que confirman que un aumento de los costes del despido tiene una correlación positiva con aumentos de la productividad laboral¹⁸¹. Lo que, como se viene sosteniendo, justificaría la regulación laboral que protege frente a despidos arbitrarios con objeto de promocionar la eficiencia empresarial.

En general, impedir el oportunismo y el “abuso” mejorará la colaboración de los trabajadores, pero sobre todo reducirá el conflicto social –huelgas, la parada obrera, etc. Uno de los mayores problemas para la productividad y la eficiencia en el pasado era precisamente la alta conflictividad entre el capital y el trabajo. Una situación compleja que además de provocar conflicto social, violencia y muertes, también reducía la eficiencia y la producción –número de horas de trabajo perdidas por huelgas, discusiones enfrentamientos, etc... Así, una vez más, el Estado como garante del bienestar social debe intervenir poniendo límites a los abusos, entre otras razones, por el bien de la eficiencia y el crecimiento.

¹⁷⁹ HUERTAS ARRIBA E., Y LARRAZA KINTANA M.C., “Tecnologías de la información e innovación organizativa en la empresa española”, *op. cit.*, p. 251.

¹⁸⁰ MONEREO PÉREZ JL., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica”, *TS*, nº87, 1998, p 22.

¹⁸¹ AUTOR D. H., et al., “Does employment protection reduce productivity? Evidence from US States”, *The Economic Journal*, v. 117, nº 521, 2007, pp F189-F217, esp. F212.

Como se está viendo hasta ahora, existen buenas razones para limitar el poder empresarial en beneficio, no solo de los trabajadores, sino del propio empresario y de la economía en general –productividad, competitividad del país y crecimiento económico. Así, con estas justificaciones económicas se rechazan las reformas laborales que presentan la libertad de empresa, el poder unilateral del empresario y la autonomía de la voluntad como la mejor forma de mejorar la economía. Bien al contrario, el poder unilateral del empresario puede acabar perjudicando a la economía del país –y llevándose su propia empresa por delante-. Difícilmente cabe tolerar que el derecho de propiedad privada del empresario propietario de su empresa se ejerza en un sentido que reduzca el crecimiento económico y el bienestar común. Por ello, es necesaria –y queda justificada– una intervención legislativa que limite las posibilidades del empresario de comportarse ineficientemente y que promueva la productividad empresarial en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Uno de los casos más notorios, porque a pesar de haber un consenso entre los economistas sobre sus beneficios para la economía muy pocos países han realizado regulaciones al respecto, es en materia de participación en los beneficios de los trabajadores¹⁸². En efecto, decenas de estudios teóricos¹⁸³ y empíricos¹⁸⁴ sostienen que la participación en los beneficios de la empresa por parte de los trabajadores mejora la

¹⁸² TODOLI SIGNES A., Salarios y productividad, Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁸³ WEITZMAN M., & KRUSE F., "Profit sharing and Productivity", en AAVV. (ed. BLINDER A.S.) *Paying for productivity: A look at the evidence*, The booking institution, Washington, D.C., 1990; DRAGO, R. & TURNBULL, G. K., "On the incidence of profit sharing", *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 31, 1996; ESTRIN, S., & WADHWANI, S., "Profit-sharing" en SAPFORD D., & ZAFIRIS T., (ed.), *Current Issues In Labor Economics*, MacMILLAN, NY, 1990.

¹⁸⁴ WEITZMAN, M. L., "Some Macroeconomic Implication of Alternative Compensation Systems" *Economic Journal*, n. 93, 1983, p. 763-783; WEITZMAN, M. L., *The share economy*, Harvard University Press, Cambridge, 1984; WEITZMAN, M. L., "Profit Sharing as Macroeconomic Policy", *American Economic Review*, n. 75, 1985, p. 41-45. En general, no solo la participación en beneficios mejora la productividad sino también otro tipo de salarios a resultado. LAEZAR E. P., ("Performance pay and productivity", *American Economic Review*, n. 90, v. 5, 2000, p. 1346-1461) en su estudio encuentra que el destajo provoca un aumento de la productividad del 40%. En un estudio anterior el mismo autor encontró un aumento del 36% (LAEZAR E. P., "Performance pay and productivity", op cit., p. 1). Por su parte, PAARSCH H. J. & SHEARER B. ("Pierce rates, fixed wages and incentive effects: statistical evidence from payroll records", *International Economic Review*, n. 41, v. 1, 2000, p. 59-92) encuentran un aumento del 23 % tras la implantación del sistema a rendimiento. Si bien es cierto que estos estudios han sido criticados por referirse a una única empresa y por tanto no ser representativos, GUIELEN A. C., KERKHOF M. J. & VAN OUTS J. C., "How performance related pay affects productivity and employment", *Journal of population economics*, v. 23, 2010, p. 293. En cualquier caso, otros estudios realizados en el sector de manufactureros también han proporcionado resultados positivos en la productividad tras la implantación de sistemas de rendimiento pero con mucha menor intensidad (aumentos de productividad entre el 2.8% y el 3.5%), KRUSE D. L., "Profit sharing and productivity: microeconomic evidence from the United States", *Economic Journal*, n. 102, 1992, p. 24-36. Para empresas no-manufactureras este autor encuentra un incremento de la productividad de entre el 2.5% y el 4.2%.

productividad de la empresa –derivado de una mejor cooperación entre la empresa y los trabajadores-, así como atenúa la severidad de los ciclos económicos –minorando el desempleo y el número de empresas que cierran en las crisis económicas-. De hecho, durante décadas, este tipo de participaciones financieras de los trabajadores han sido promocionadas por la Comisión europea para que fueran adoptadas por los Estados Miembros sin éxito¹⁸⁵. Así pues, existe una fuerte justificación económica para que los países implanten –o promocionen- este tipo de fórmulas retributivas, sin que ello haya llevado a establecer normas laborales en este sentido¹⁸⁶.

d) Inelasticidad de la oferta de trabajo

El equilibrio neoclásico se basa siempre en la posibilidad de aumentar o reducir demanda y oferta conforme a las necesidades y al precio de equilibrio. Sin embargo, las personas no pueden ver aumentado o disminuido su número conforme a las necesidades de mercado, esto es, mientras que una fábrica puede dejar de producir para así reducir la oferta de bienes y adaptarse al mercado, las personas no pueden “desactivarse” a la espera de mejores tiempos. Este es un tema que ha preocupado a los economistas desde el inicio del capitalismo –aunque con diferentes sensibilidades de las actuales.

Así, Thomas Malthus (1766-1834)¹⁸⁷, y David Ricardo (1772-1823)¹⁸⁸ observan como los “ajustes” en la mano de obra se realizan mediante la hambruna y la muerte. Es decir, cuando aumentaba la natalidad, y la demanda de trigo se incrementaba, los salarios reales disminuían. Esto provocaba, a su vez, la incapacidad para muchas familias de alimentarse lo que conducía a enfermedades y muerte, reajustando con ello el ciclo.

De esta forma, debiendo descartarse la muerte de las personas como una forma de ajustar el mercado de trabajo -dentro de un Estado de Derecho y Social-, la realidad es que donde un productor de trigo puede almacenar su producto para venderlo en otro momento, o un fabricante puede reducir su producción para adaptarse a la demanda de

¹⁸⁵ EUROPEAN COMISION, *Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results II*, 1996; EUROPEAN COMMISSION, *PEPPER II Report – Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*, 1997.

¹⁸⁶ Solamente unos pocos países obligan a que exista una participación en beneficios como Francia, República dominicana y Chile. Para conocer en profundidad estos sistemas y las razones que llevan a su rechazo ver Todolí, 2017.

¹⁸⁷ MALTHUS, T. R., *An Essay on the Principle of Population* (1798), *op. cit.*

¹⁸⁸ RICARDO, D., *On the principles of political economy and taxation* (1817), *op. cit.*

mercado, la fuerza de trabajo no puede guardarse y la necesidad de subsistencia de las personas –las que no tiene otra forma de ingresos- les impide restringir su oferta de trabajo. Así, obligados a vender su fuerza de trabajo para sobrevivir y sin posibilidad de restringir su oferta, el mercado de trabajo no puede “autocorregirse” como supone el modelo neoclásico, sino que los salarios siempre irán a la baja y habrá desempleo¹⁸⁹.

De esta manera, la desregulación del mercado de trabajo nunca puede llegar a “óptimos de equilibrio”, sino, por el contrario, el libre mercado sin ningún tipo de regulación conducirá necesariamente: bien a salarios por debajo del nivel de subsistencia, hambruna o muerte (modelo de países en vías de desarrollo), bien a conflicto social y violencia en rebeldía por esa situación (modelo de países desarrollados)¹⁹⁰.

e) Externalidades negativas

La externalidad negativa es aquella situación en la que los costes de producción de un bien o servicio no se reflejan en su precio de mercado. En otras palabras, son externalidades negativas aquellas actividades que afectan nocivamente a otros sin que los que se benefician de la actividad paguen por ellas. Así se dan externalidades negativas cuando los costes privados son inferiores a los costes sociales.

El caso típico del mercado de productos es el de una fábrica que en su proceso productivo vierte residuos contaminantes en un río. En este caso, la fábrica consigue vender su producto más barato dado que no internaliza los costes de limpieza o desecho de los residuos generados, sino que lo externaliza. Por supuesto, si existe un buen sistema de protección medioambiental, las acciones de la empresa no pasarán desapercibidas, sino que el Estado reclamará el coste de limpieza del río –y una sanción desincentivadora- a

¹⁸⁹ HYDE A., “What is Labour Law”, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹⁰ Cuestión distinta es que el Derecho del trabajo no sea la única solución para evitar que se produzca alguna de las soluciones indeseadas e ineficientes arriba nombradas. En efecto, en muchos casos se propone que no se regule el mercado de trabajo y que la solución a la inelasticidad de la oferta de trabajo provenga de una renta garantizada sufragada por impuestos COLLINS H., “Justification and techniques of legal regulation of the employment relations”, *op. cit.*, p. 22. Esto es, se propone que las personas tengan garantizado un mínimo de subsistencia por parte del Estado para que así no se vean obligados a entrar en el mercado de trabajo. De esta forma, con una renta garantizada los trabajadores podrían restringir su oferta de trabajo hasta que el salario fuera de equilibrio. No obstante, sin duda esta opción también tiene sus inconvenientes en materia de eficiencia y es que la renta básica universal puede ser –dependiendo como sea configurada- un subsidio para empresas ineficientes –que podrían contratar más barato gracias a que el resto del ingreso proviene del Estado- pagado por las empresas más eficientes.

la empresa, pero para eso se requiere regulación medioambiental adecuada –y no desregulación medioambiental.

En el mercado de trabajo, se da una situación muy similar: en materia de seguridad y salud en el trabajo. En efecto, el empresario podría verse beneficiado del hecho de obviar sus responsabilidades en caso de accidente, derivando los casos a la Seguridad Social –o haciendo que el trabajador sufra las consecuencias individualmente. Sin embargo, esto sería ineficiente por dos razones. De un lado, si la Seguridad Social cubriera los costes de los accidentes y las enfermedades profesionales se estaría externalizando –y socializando- un coste de producción. De otro lado, si el beneficiario de la prestación de servicios no paga los costes asociados al accidente existirían muy pocos incentivos para reducirlos –incrementando con ello el número de accidentes y enfermedades profesionales¹⁹¹.

En efecto, el sistema privado de responsabilidad por daños se demostró incapaz de reducir los accidentes¹⁹²; el coste de interponer demandas y el miedo a represalias acaba por desincentivar las reclamaciones judiciales por parte de trabajadores accidentados. Lo mismo ocurría previo al accidente. Los trabajadores podían aceptar condiciones de trabajo inseguras como única alternativa al desempleo lo que acababa provocando conflicto social y accidentes. Una formula muy poco eficiente desde la perspectiva social, pero que no perjudicaba al empresario dada la facilidad de sustitución del trabajador desde la perspectiva empresarial.

Así, con objeto de proteger la productividad nacional y evitar la imposición a la sociedad de costes privados, se instauró regulaciones públicas de protección de la seguridad y salud de los trabajadores que, para ser efectivas, no solo deben incluir responsabilidades cuasi-objetivas en caso de accidente en el lugar y horario de trabajo, sino también sanciones desincentivadoras.

De hecho, la cuestión de la necesidad de una regulación específica en materia de salud y seguridad en el trabajo, a pesar de que parece bastante bien asumida por todas las

¹⁹¹ De hecho, de acuerdo con la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012) de la Comisión Europea (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l10114&from=ES>), la propia “*salud y seguridad en el trabajo encarna elementos que contribuyen a incrementar la competitividad y la productividad de las empresas*”.

¹⁹² COLLINS H., “Justification and techniques of legal regulation of the employment relations”, *op. cit.*, p.19.

posiciones ideológicas, tiene menor alcance del que debería. Me estoy refiriendo a las enfermedades psicológicas provocadas por el trabajo. Así, mientras existe un sistema de prevención de riesgos laborales y un sistema de responsabilidades y controles más o menos exitoso en materia de riesgos físicos, cada vez existe más enfermedades psicológicas derivadas del trabajo que pasan desapercibidas –ansiedad, depresión, burnout-¹⁹³. Por lo que algo está fallando en la regulación actual.

Los despidos injustificados es otra de las regulaciones justificadas por la existencia de externalidades negativas. La premisa que defiende la libertad de despido se basa en el derecho de propiedad privada por el cual “la empresa es del empresario y puede hacer con ella lo que quiera”. Sin embargo, la realidad es que los despidos y el crecimiento del desempleo perjudica a la sociedad en general. Por un lado, porque tener personal desocupado es un desperdicio de recursos, por otro lado, porque los ingresos de una persona desempleada son sufragados por el Estado. De esta manera, para la economía en general es mejor una persona empleada que desempleada, lo que justifica una regulación que desincentive los despidos arbitrarios o injustificados.

Lo cierto es que desde la perspectiva de la propia empresa es mejor mantener al trabajador ocupado también. Se está de nuevo ante un “dilema del prisionero”. Así, si al inicio de una leve situación económica negativa todas las empresas actúan despidiendo a trabajadores, ello acabará provocando una reducción mucho mayor de la demanda de productos y servicios –los desempleados consumen menos-, lo que provocará a su vez una mayor recesión y la necesidad de despedir más trabajadores¹⁹⁴. Por tanto, está en beneficio del empresario individual que el resto de empresarios no despidan –para que los trabajadores puedan consumir sus productos.

Sin embargo, la empresa solamente actuará manteniendo empleo, si sabe que el resto actuará de la misma forma. De ahí la necesidad de una norma que dificulte los despidos a todas las empresas por igual. Por el contrario, una legislación que permite

¹⁹³ FERNANDEZ AVILÉS, J. A., “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 2, 2017, pp. 69-101.

¹⁹⁴ LEVINE, D. I., RICHARD, J. P., “Work organization, Employment security and Macroeconomic stability”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 24, n. 3, 1995, pp. 251-271; BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 82.

despedir a unas empresas y a otras no, sin suficiente justificación, podría provocar la ruptura del equilibrio y, de nuevo, una “carrera hacia el despido” en todas las empresas.

Esta teoría podría explicar lo que ocurrió en 2012 cuando se redujo la indemnización por despido improcedente, y se facilitó el despido por causas económicas, lo que acabó provocando un millón de despidos en España. En el 2012, ya habían pasado cuatro años de crisis, por lo que no había razones económicas suficientes para tal descalabro del desempleo que se produjo. Sin embargo, la reducción de la indemnización y los cambios legislativos se convirtió en una señal hacia el mercado para despedir. Las expectativas de todos los agentes económicos se redujeron y previeron –acertadamente– un gran número de despidos, lo que agravaría la crisis económica. Ante este panorama, y las perspectivas de contracción económica, la decisión racional de cualquier agente era sumarse a los despidos y comprimir la producción. En el resultado final, de manera autoprofética, se despidió más de un millón de trabajadores en menos de un año y la economía se contrajo, alargando con ello los efectos negativos de una crisis económica que ya había terminado en muchos otros países (ej. EEUU).

La misma conclusión se llega desde la perspectiva de la formación. Las empresas de un sector cuya tecnología ha cambiado necesita trabajadores formados en esas nuevas herramientas de trabajo. Para adquirir esas competencias la empresa puede usar al menos dos caminos: de un lado, puede formar a sus trabajadores, de otro lado, puede despedir a los trabajadores no formados y contratar nuevos trabajadores que tengan esas competencias.

Imagínense el caso de las empresas de marketing. Antes de las redes sociales, los expertos en marketing controlaban perfectamente los canales de publicidad –televisión, radio, periódicos, etc.–, sin embargo, la publicidad en RRSS –twitter, Facebook, Instagram– es muy distinta. Así, las empresas del sector del marketing han tenido que decidir cómo obtener esas competencias necesarias para seguir sirviendo a sus clientes.

En este caso, sin regulación alguna, la empresa decidirá despedir a los trabajadores (normalmente de avanzada edad) y contratar trabajadores ya formados (normalmente jóvenes) puesto que de esa forma los costes de formación repercutirán en la sociedad, o en el propio trabajador, pero en ningún caso tendrá que asumirlos la empresa. Sin embargo, desde una perspectiva social esto es ineficiente puesto que provoca una

externalizada negativa. Esto es, la empresa consigue externalizar un coste de la producción: la formación. Adicionalmente, desde la perspectiva social, el despido de personas de mediana edad con dificultades de reinserción laboral es más dañino.

Concretamente, muchos estudios demuestran que los trabajadores, de mediana edad, despedidos por razones económicas, técnicas o productivas no se recuperan del todo en términos económicos. Es decir, muchos no vuelven a encontrar trabajo y los que lo hacen, de media, encuentran ocupaciones peor retribuidas, menos estables o con menores coberturas sociales –ej., autoempleo-¹⁹⁵. De hecho, no se está hablando solamente de un empeoramiento económico sino también de salud. Un estudio descubrió que cuando un trabajador de edad avanzada y con mucha antigüedad en una empresa se le incluye en un despido colectivo, aumenta su probabilidad de morir en los años inmediatamente posteriores al despido, así como, aumenta la probabilidad de tener otros problemas de salud como alcoholismo, depresión, dolores y adicciones. En general, el estudio concluye que los trabajadores de mediana edad despedidos perdían entre un año y año y medio de esperanza de vida¹⁹⁶.

De nuevo, una de las fórmulas para establecer los correctos incentivos para evitar estas situaciones –y que la empresa internalice el coste social de sus acciones- consiste en penalizar el despido arbitrario o injustificado para evitar este tipo de situaciones.

¹⁹⁵ Por todos ver, DAVIS, S., & VON WACHTER T., “Recession and the costs of job loss”, *Brookings Papers on Economic Activity*, Brookings Institute, Washington, 2011.

¹⁹⁶ SULLIVAN & VON WACHTER T., “Job Displacement and Mortality: Un análisis usando datos administrativos”, *Quarterly Journal of economics*, v. 124 n. 3, 2009, pp. 1265-1306.

V. POLÍTICA ECONÓMICA

La aceptación del Derecho del trabajo, de la Seguridad Social y la normativa en materia de prevención de riesgos laborales como promotores de una mejor eficiencia en mercado de trabajo, y como facilitadores del crecimiento económico, permite superar la separación artificiosa entre lo “económico” y lo “social”. Las preferencias del modelo neoclásico y neoliberal por la desregulación han producido el lógico rechazo por parte de la doctrina laboralista de todo lo que provenga del mundo económico. Sin embargo, en el contexto ideológico actual (pro-mercado), esconder la cabeza bajo la arena para seguir defendiendo postulados alejados de las justificaciones económicas imperantes, puede haber sido una de las causas del declive del Derecho del trabajo.

Adicionalmente, admitir ciertas justificaciones económicas para la existencia del Derecho del trabajo, además de permitir devolver al Derecho del trabajo al centro del debate –y quizá incrementar la movilización intelectual y ciudadana-, puede proporcionar nuevos ámbitos de interés de la disciplina, así como la creación de nuevas instituciones laborales adecuadas para alcanzar dichos objetivos.

Actualmente, el Derecho del trabajo se ha interesado por el rol legal y político de la Seguridad Social, de las políticas de empleo, de la formación y educación, de la política salarial o de rentas, el desempleo e incluso de la inmigración en su vertiente laboral. No obstante, la política económica es mucho más amplia y, la forma en la que se desarrolle, tiene efectos directos en el mercado de trabajo.

1. Nuevos contenidos para la política económica.

Un ejemplo claro es la “política industrial” definida como una serie de políticas para estimular actividades económicas específicas y promover cambios estructurales¹⁹⁷. En efecto, el cambio ideológico de los últimos años en favor de una mayor “libertad” del mercado y una restricción del sector público no ha impedido que existan cientos de medidas y millones de euros invertidos en solucionar los fallos del mercado y en

¹⁹⁷ RODERIK, “Normalizing industrial Policy”, Working paper 3, *World Bank Commission on Growth and Development*, 2008, disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28009>

promocionar actitudes del mercado que se entienden beneficiosas (prestamos públicos a empresas, subvenciones, exenciones fiscales, etc...).

El mayor problema de estas políticas probablemente ha sido asumir que el crecimiento económico automáticamente mejorará la situación concretamente de los ciudadanos. Y más grave cuando se asume, adicionalmente, que este mejorará la situación de los ciudadanos más desfavorecidos. Algo que no ha ocurrido.

De esta forma, se abre un campo actuación y de nuevas instituciones del derecho laboral que aseguren que los beneficios de la política económica se distribuyan correctamente entre el capital y el trabajo y entre los diferentes tipos de trabajadores.

Cada vez existen más apoyos a la inversión pública en el capital de empresas privadas, a los créditos públicos a empresas, a las subvenciones públicas a fondo perdido, etc.¹⁹⁸, con objeto de mejorar la situación de las empresas y la economía del país. Sin embargo, muchas de estas políticas públicas –muy deseables por otro lado- suelen concederse bajo la presunción de un posterior reparto equitativo de los beneficios obtenidos entre toda la ciudadanía. No obstante, más veces que menos, esta colaboración público-privada no repercute en una correcta distribución de la riqueza entre la empresa y los trabajadores, sino en precariedad y polarización entre la fuerza de trabajo. Por ello, parecería más razonable que esta inversión pública viniera vinculada jurídicamente con obligaciones de carácter laboral: compromisos de mantenimiento del empleo, mejoras salariales, reducciones de jornada para repartir el empleo, etc...

En efecto, los recursos públicos no deberían usarse bajo la “esperanza” de que la empresa posteriormente “hará lo correcto” distribuyendo equitativamente los beneficios y mejorando la situación de los trabajadores. Muchos estudios económicos¹⁹⁹ han demostrado que las políticas económicas, que provocan crecimiento económico, no mejoran automáticamente la situación de los más desfavorecidos ni, en general, de los trabajadores. De esta forma, en la política económica de favorecimiento del crecimiento

¹⁹⁸ MAZZUCATO, M., *El estado emprendedor: mitos del sector público frente al privado*, RBA Libros, 2017.

¹⁹⁹ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 204.

se debe incluir obligaciones laborales que mejoren la eficiencia del mercado y permitan una correcta distribución.

Desde la perspectiva europea ya se está avanzando –con pequeños pasos- en este sentido. En primer lugar, varios países europeos –entre ellos España- vincularon las bonificaciones a la Seguridad Social derivadas de la pandemia COVID19 al mantenimiento del empleo. Esto es, el objetivo no es simplemente ofrecer ayudas para mantener empresas activas, sino que se exige que el éxito de esas empresas contribuya a mantener un empleo de calidad también.

En segundo lugar, un caso mucho más claro en este sentido, proviene de la nueva regulación europea sobre contratación pública. Tradicionalmente, la contratación pública valoraba únicamente el precio ofrecido para prestar el servicio. Así, las Administraciones públicas debían contratar a la empresa que prestara el servicio de forma más económica. Algo que impedía realizar ningún tipo de control sobre la situación laboral de los trabajadores que prestaban servicios públicos a través de empresas privadas. De hecho, la realidad es que con esta estructuración se premiaba la precariedad. Aquellas empresas que consiguieran ofrecer los servicios más baratos –incluyendo por pagar salarios más bajos o hacer trabajar más horas a sus empleados- sería la que conseguiría la contrata. De esta manera, se incentivaba exprimir al máximo a los trabajadores, puesto que de lo contrario no obtendrían la contrata.

Esta situación legal dejaba maniatada a la Administración, la cual nada podría hacer para usar la contratación pública como forma de mejorar la situación de los trabajadores. Un hecho nada irrisorio dado que en Europa el 19% del PIB depende de la contratación pública²⁰⁰. Esto ha sido modificado recientemente permitiendo a las Administraciones Públicas introducir cláusulas sociales –no solo laborales, sino también de ámbito medioambiental- dónde se valoren otros aspectos distintos al precio de la contrata. De esta forma, la Administración podrá asegurar que el dinero de la contrata se reparte de forma equitativa entre el capital y el trabajo o incluso entre los propios

²⁰⁰ Dato de la COMISIÓN EUROPEA, *Fichas temáticas del semestre europeo contratación pública*, Bruselas, Comisión Europea, 2017.

trabajadores –promocionando la contratación joven, de mujeres, de personas con diversidad funcional, etc.-²⁰¹.

Esto no solamente tendrá un efecto positivo entre los trabajadores afectados por la contrata²⁰², sino que puede ser usado como una poderosa arma para enviar mensajes al mercado respecto a las condiciones laborales. Igual como tradicionalmente se ha usado la contratación de personal por la propia Administración como forma de crear competencia en el mercado laboral –mejores condiciones en el Sector público empujarán al alza las demandas de mejores condiciones en el sector privado-, las cláusulas sociales en la contratación pública permitirán una mejor eficiencia y redistribución en el sector privado.

2. Nuevos objetivos para el Derecho del trabajo dentro de la política económica

La Globalización, la concentración de las empresas, la desindustrialización, la liberalización de los mercados de capitales, el tamaño medio de las empresas, son cuestiones centrales de la política económica que reducen la efectividad del Derecho del trabajo. Por ello, deberían ser también ámbitos de interés de la disciplina.

2.1 Acuerdos de libre comercio

Así, en los últimos años –y por mucho que pese probablemente “gracias” a Trump que colocó el tema en el centro del debate público- se ha puesto en duda los efectos positivos, para ciertos sectores de la población, de los acuerdos de libre comercio. En efecto, entre los economistas parecía un dogma sagrado e inmutable –desde los tiempos de David Ricardo- que el libre comercio mejora la situación de todos los países involucrados en él. De esta forma, el objetivo principal era reducir los aranceles y las barreras del comercio. Sin embargo, en los últimos años, más y más economistas empiezan a deslumbrar que, si bien la premisa del crecimiento económico sigue siendo cierta, los acuerdos de libre comercio no benefician igual a todos los implicados²⁰³. Por

²⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., & LÓPEZ INSUA, B. del M., “La descentralización productiva a través de la subcontratación en el Sector Público y vicisitudes subrogatorias”, *Revista de Derecho Social*, n. 85, 2019, pp. 13–30.

²⁰² También de esta forma, se consigue una mejor calidad del servicio público al reducir el nivel de conflictividad y aumentar la colaboración de los trabajadores acorde con las mejores condiciones laborales.

²⁰³ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit.

el contrario, parece que provoca –igual que hace la tecnología- un incremento de la polarización entre los trabajadores, esto es, un incremento de los salarios entre los trabajadores más formados y una reducción de las condiciones de los trabajadores menos formados.

El proceso por el que esto ocurre es relativamente sencillo. El libre comercio beneficia a todos los países involucrados dado que consigue que cada país se dedique a aquello en lo que tiene una ventaja comparativa²⁰⁴. Básicamente, los países se especializan en aquello que hacen mejor. Obviamente, ello significa que dejarán de hacer aquello que se les da peor. Así, el libre comercio provoca que en cada país unos sectores salgan favorecidos del intercambio y otras industrias desfavorecidas. De esta forma, aunque los resultados positivos superen los negativos y, con ello, el resultado neto sea de crecimiento económico del Estado, la realidad es que esta situación habrá incrementado la desigualdad.

Concretamente, respecto a la mano de obra, los países desarrollados difícilmente van a especializarse en tareas que requieran fuerza de trabajo de forma intensiva, dado que, en este factor, los países en vías de desarrollo tienen una ventaja comparativa (peores condiciones laborales). Por el contrario, los países desarrollados se especializarán en industrias y sectores que requieran intensamente capital –que es de lo que hay más y, por tanto, es más barato en estos países.

Resumidamente, esto significa que, en general, en los países desarrollados, el propietario del capital se verá beneficiado de libre comercio y el poseedor de mano de obra se verá perjudicado. Concretamente, dentro de la mano de obra que, en general, se verá perjudicada habrá también discrepancias: los trabajadores mejor formados, dado que serán requeridos para usar esa tecnología en esa industria intensiva en capital, saldrán menos perjudicados que los poco formados (polarización).

Similares efectos provocan el teletrabajo –y las plataformas digitales online-. Con la extensión del trabajo a distancia potenciado por la pandemia mundial, para todo el trabajo que pueda realizarse a través de internet, las empresas podrán encontrar fuentes baratas de mano de obra -especialmente en el trabajo cualificado- en los países donde

²⁰⁴ RICARDO, D., *On the principles of political economy and taxation* (1817), op. cit.

existan menos derechos laborales, reduciendo el empleo y presionando a la baja las condiciones laborales en países desarrollados. Lo que a su vez beneficiará a las empresas y poseedores de capital que podrán explotar sus empresas a menor coste y con todo el mundo como mercado laboral potencial. De nuevo, en los países desarrollados el perjuicio de los trabajadores no será el mismo para todos. Así, los trabajadores altamente formados, a pesar de verse también afectados –India es conocida por sus informáticos muy cualificados y con inglés como idioma materno-, se verán menos afectados al incrementar sus posibilidades de trabajar en todo el mundo sin tener que trasladarse. Por su parte, los trabajadores menos cualificados o menos especializados competirán directamente con una fuente inagotable de mano de obra: el mundo entero.

De esta manera, la liberalización del comercio, y el teletrabajo, tienen un efecto directo y doble en el mercado de trabajo de los países desarrollados: de un lado, reducción de las industrias intensivas en mano de obra; de otro lado, polarización e incremento de la desigualdad entre los propios trabajadores. Por esta razón, el Derecho del trabajo debería ser tendente a intervenir en este tipo de acuerdos de libre comercio. Las formas de participación pueden ser múltiples; i) cláusulas sociales que limiten la posibilidad de competir en costes laborales y que obligan a los países con peores condiciones laborales a mejorarlas; ii) acuerdos de redistribución de las riquezas generadas en los acuerdos; iii) planes de contingencia que limiten la polarización, entre otros.

En cualquier caso, a efectos de lo que aquí concierne, los fuertes efectos laborales que tiene este tipo de acuerdos justifican la inclusión de instituciones de protección social bien conocidas en el Derecho del trabajo.

2.2. Concentración de empresas

El Derecho de la competencia es una disciplina de Derecho público garante del buen funcionamiento de los mercados en beneficio de los consumidores cuyo objetivo principal ha sido, hasta el momento, evitar los acuerdos colusorios y la excesiva concentración del mercado que permita a ciertas empresas abusar de una posición dominante en el mercado. En las últimas décadas la relación entre Derecho de la competencia y mercado de trabajo ha sido cuanto menos “controvertida”. En los años 1990, a nivel Europeo, las reglas de competencia jugaron un importante rol obligando a los estados a permitir los servicios privados de empleo que hasta ese momento eran

prestados únicamente mediante servicios públicos en muchos estados miembros²⁰⁵. También el TJUE estableció que el Derecho de la competencia impedía que ciertas profesiones tuvieran límites para en el acceso a la misma, como por ejemplo en el caso de los estibadores²⁰⁶. En los últimos años es especialmente relevante la oposición, por parte del intérprete del Derecho de la competencia, a que los trabajadores autónomos puedan ejercer derechos de negociación colectiva. En este sentido, mientras que se entiende que los trabajadores no son empresas y, por tanto, están exentos de las reglas antitrust del Derecho de la competencia (STJUE Caso Albany)²⁰⁷, en el caso de los autónomos, aunque sean sin trabajadores a su cargo, se les entiende incluidos en las prohibiciones del art. 101 TFUE impidiéndoles negociar colectivamente (STJUE Caso FNV Kunsten²⁰⁸).

De esta forma, a pesar de que aparentemente los objetivos del Derecho del trabajo y del Derecho de la competencia discurren por caminos enfrentados, la realidad es bien distinta. En efecto, los acuerdos colusorios entre verdaderas empresas o una posición dominante de ciertas empresas –o grupos de empresas-, la situación de abuso en un monopolio u oligopolio, que el Derecho de la competencia pretende evitar, no solamente daña a los consumidores, sino que también perjudica a los trabajadores –o a otras empresas más pequeñas y finalmente a sus trabajadores-.

Un caso actual de esta situación es el de Amazon. La empresa es bien conocida por tratar de forma complaciente a sus consumidores. En muchas ocasiones, cuando un cliente que ha comprado un producto, a través de Amazon, quiere devolverlo, la plataforma web retorna el dinero del producto al cliente incluso sin que este efectivamente haya enviado de vuelta el producto. Una situación muy ventajosa para el cliente de Amazon, pero muy poca para la empresa que ha vendido el producto. Obviamente, esta situación viene impuesta por Amazon a aquellas empresas que quieran ofrecer productos en su página web. Lo mismo ocurre con las comisiones que exige Amazon a las empresas por cada venta, los tiempos máximos de envío al domicilio –vinculando con ello también a empresas de reparto-, etc. Por supuesto, en un sistema de libre mercado, las empresas

²⁰⁵ FREEDLAND, C., JACQUESON, C., KOUNTOURIS, N., *Public Employment Services and European Law*, OUP, 2007.

²⁰⁶ Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 1991 en el asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabriell*.

²⁰⁷ TJUE 21 de septiembre de 1999 En el asunto C-67/96.

²⁰⁸ STJUE 4 de diciembre de 2014 C- 413/2013

son libres de vender sus productos en otras webs. Sin embargo, si Amazon acapara una mayoría del pastel de las ventas online, las empresas pequeñas no tienen verdadera libertad para elegir dónde ofrecer sus productos.

Así, una posible medida será regular las comisiones y las condiciones –ej. tiempos máximos de reparto- que puede imponer Amazon a las empresas que ofrecen productos en su web –como si de salarios mínimos y jornadas máximas se tratara. No obstante, lo principal será evitar la situación monopolística -y el abuso de esa posición dominante- por parte de la la empresa principal.

Todo ello es extrapolable al mercado de trabajo. La desigualdad entre empresas, contratistas y subcontratistas, las concentraciones de empresas y los abusos de posición dominante de algunas empresas perjudicarán la eficiencia del mercado de trabajo y empeorarán las condiciones de trabajo, así como generarán conflicto social. De esta forma, la doctrina laboralista debe asegurarse de que las instituciones de Derecho de la competencia no solamente se preocupen de los consumidores, sino también de la desigualdad de poder entre empresas –contratistas y subcontratistas- y los efectos que ello provoca en el mercado de trabajo.

2.3 Tamaño de las empresas

Los economistas señalan que uno de los factores más correlacionados con la productividad y con la estabilidad de las empresas es el tamaño de la empresa²⁰⁹. En efecto, empresas medianas (entre 50 y 250 empleados) suelen tener unas economías de escala que les permiten invertir en nuevas tecnologías, profesionalizar a los directivos de la empresa, formar a los trabajadores, acceder al crédito con mayor facilidad, resistir mejor el impacto de las crisis económicas, etc. De esta forma, tanto la productividad laboral, la competitividad, las posibilidades de conciliación de los trabajadores, el salario

²⁰⁹ VAN ARK & MONNIKHOFF, “Size distribution of output and employment: A data set for manufacturing industries in five OECD countries, 1960-1990”, *OECD Economics department working paper*, n. 166, 1996; SNODGRASS & BIGGS, *Industrialization and small firms patterns and policies*, International Center for Economic Growth, San Francisco, 1995; VAN BIESEBROECK, “Firm size matters: Growth and productivity growth in African manufacturing”, *Economic Development and Cultural Change*, n. 53, 2005, pp. 546-583; BALDWIN, JARMIN & TANG, “The trend to smaller producers in manufacturing: A Canada/U.S. Comparison”, *Economic analysis Research paper series*, n. 3, 2002; LEE & TANG, “Multifactor productivity disparity between canadian and U.S. manufacturing firms”, *Journal of productivity analysis*, n.15, 2001, pp. 115-128; BALDWIN & GU, “Plant turn over and productivity growth in Canadian manufacturing”, *Analytical studies research paper series*, n. 193, 2003.

y los ajustes de empleo van a depender, en parte, de que se promoció el crecimiento de las empresas hacía un tamaño óptimo.

En este sentido, los estudios empíricos corroboran que las empresas de mayor tamaño tienen mejor nivel de productividad laboral tanto en los sectores industriales²¹⁰ como en el resto de sectores²¹¹. Concretamente, Van Ark y Monnikhof²¹² muestran que en empresas industriales de entre 0-9 trabajadores obtenían un 38% menos de producto por cada trabajador que la media de las empresas del sector. Por su parte, Baldwin, Jarmin y Tang²¹³ observan que el valor añadido creado por cada trabajador en empresas de menos de 100 trabajadores estaba un 31% por debajo del valor medio del sector. Lee y Tang²¹⁴ sostiene que las empresas entre 100 y 500 trabajadores son un 15% más productivas que aquellas que tienen menos de 100 trabajadores.

Existen varios factores que explican esta diferencia. En primer lugar, las dificultades para encontrar financiación. Las empresas de tamaño pequeño suelen verse como más inestables, y con inclinación a arriesgarse más, por parte de las entidades de crédito reduciendo su financiación y con ello su capacidad de invertir²¹⁵. En este sentido, la facilidad de acceso al mercado financiero está fuertemente correlacionado con la productividad empresarial²¹⁶. En el fondo esto está muy conectado con las dificultades que tienen las empresas pequeñas para innovar tecnológicamente y organizacionalmente. En general, la falta de acceso a los mercados de capitales les impide adquirir y usar la

²¹⁰ BALDWIN, “Were small producers the engines of growth in the Canadian manufacturing sector in the 1980s”, *Small Business economics*, n. 10, 1998, pp. 349-64.

²¹¹ BALDWIN, JARMIN & TANG, “The trend to smaller producers in manufacturing: A Canada/U.S. Comparison”, *op. cit.*

²¹² VAN ARK & MONNIKHOF, “Size distribution of output and employment: A data set for manufacturing industries in five OECD countries, 1960-1990”, *op. cit.*

²¹³ BALDWIN, JARMIN & TANG, “The trend to smaller producers in manufacturing: A Canada/U.S. Comparison”, *op. cit.*

²¹⁴ LEE & TANG, “Multifactor productivity disparity between Canadian and U.S. manufacturing firms”, *Journal of productivity analysis*, n.15, 2001, pp. 115-128.

²¹⁵ KOCHAR, A., “An Empirical Investigation of Rationing Constraints in Rural Credit Markets in India.” *Journal of Development Economics*, n. 53 (August), 1997, pp. 339–71.

²¹⁶ VAN BIESEBROECK, “Firm size matters: Growth and productivity growth in African manufacturing”, *Economic Development and Cultural Change*, n. 53, 2005, p. 546.

tecnología más eficiente, a la vez que les dificulta formar a su personal (directivo y no directivo) e invertir en metodologías de trabajo innovadoras²¹⁷.

En segundo lugar, el tamaño de la empresa está vinculado con las economías de escala. En efecto, a medida que la producción en una empresa crece, sus costes por unidad fabricada se reducen. Cuanto más se produce, menos cuesta elaborar cada unidad dado que los costes fijos de la empresa se reparten entre un mayor número de unidades o servicios puestos en el mercado. De esta forma, las empresas pequeñas sufren mayores costes²¹⁸. Además, un tamaño pequeño de la empresa impide la especialización de su personal, teniendo que realizar todas las funciones requeridas en la empresa por unos pocos trabajadores reduciendo las posibilidades de especialización y, con ello, la productividad de cada uno de los trabajadores²¹⁹. La división del trabajo enunciada por Adam Smith se basa precisamente en dividir las tareas de un proceso productivo para permitir la especialización de cada trabajador y así mejorar la productividad. Sin embargo, si la empresa no tiene suficiente tamaño la especialización será imposible y la productividad sufrirá.

En tercer lugar, las pequeñas y medianas empresas, salvo excepciones, no pueden acceder a los mercados internacionales²²⁰. De esta forma, todas las “ventajas” de la globalización, incluyendo los potenciales mercados internacionales, están vetados para aquellas empresas que no tengan un tamaño suficiente para realizar las inversiones necesarias o incluso teniendo la capacidad de realizar dichas inversiones lo harán si su tamaño no les permite acceder a suficiente cuota de mercado que les posibilite resarcirse a través de los ingresos obtenidos de la internacionalización.

Por supuesto, esto no significa que no exista límite en esta correlación entre tamaño de las empresas y productividad. Conforme han señalado algunos economistas el

²¹⁷ LUNDVALL, K. & BATTESSE, G. E., “Firm size, age y efficiency: Evidence from Keynesian manufacturing firms”, *The journal of productivity analysis*, v. 15, n. 2, 2000, pp. 115-28; VAN BIESEBROECK, “Firm size matters: Growth and productivity growth in African manufacturing”, *op. cit.*

²¹⁸ DHAWAN, “Firm size and productivity differential: theory and evidence from a panel of US firms”, *Journal of Economic Behavior and organization*, n. 44, 2001, pp. 169-293.

²¹⁹ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, *op. cit.*, p. 90.

²²⁰ SATPATHY, CHATTERJEE & MAHAKUD, “Firm characteristics and total factor productivity: Evidence from Indian manufacturing firms”, *The journal of applied economic research*, v. 11 n. 1, 2017, pp. 77-98.

incremento excesivo de tamaño puede aumentar la complejidad organizativa provocando problemas de productividad²²¹.

Los problemas de productividad de las empresas de tamaño inferior tienen efectos directos en la calidad del empleo disfrutada por los trabajadores de esas empresas más pequeñas. Así, conforme observa Baldwin²²², Brown, Hamilton y Medoff²²³ y Morissette²²⁴ las empresas pequeñas pagan de media peores salarios que sus contrapartes más grandes del mismo sector, así como tienen trabajos más inestables y con mayor nivel de temporalidad y rotación.

Cabe decir que en muchas ocasiones estas empresas de menor tamaño no son más que divisiones desprendidas de empresas más grandes a través de la subcontratación. En este sentido, estas peores condiciones laborales no son resultado del “mercado”, sino de una búsqueda intencionada de ejercer un mayor poder de negociación de las grandes empresas sobre las pequeñas. Lo que a su vez implica que existe un interés en que estas PYMES no alcancen mayor tamaño.

En fin, tal y como demuestra Snodgrass y Biggs²²⁵, existe una correlación positiva entre renta per cápita de un país y el número de trabajadores que prestan servicios en empresas grandes. Esto es, en países con altos niveles de renta per cápita hay más trabajadores concentrados en empresas grandes, mientras que en países con renta per cápita media o baja hay mayor concentración de trabajadores prestando servicios en empresas medianas y pequeñas. En este sentido, se ha afirmado que la prosperidad económica depende de la habilidad de un país de hacer crecer sus empresas²²⁶. Lo cual

²²¹ WILLIAMSON, “Hierarchical control and optimum firm size. *Journal of Political Economy*”, n. 75, 1967, pp. 123-138; DIAZ & SÁNCHEZ, “Firm size and productivity in Spain: A stochastic frontier analysis. *Small Business Economics*, v. 30, n. 3, 2008, pp. 315-23.

²²² BALDWIN, “Were small producers the engines of growth in the Canadian manufacturing sector in the 1980s”, *Small Business economics*, n. 10, 1998, pp. 349-64.

²²³ HAMILTON, J. T., BROWN, C. y MEDOFF, J., *Employers Large and Small*, Cambridge, Mass Harvard University Press, 1990.

²²⁴ MORISSETTE, “Canadian jobs and firm size: Small firm pay less?”, *Canadian journal of economics*, n. 26, 1993, pp. 159-74.

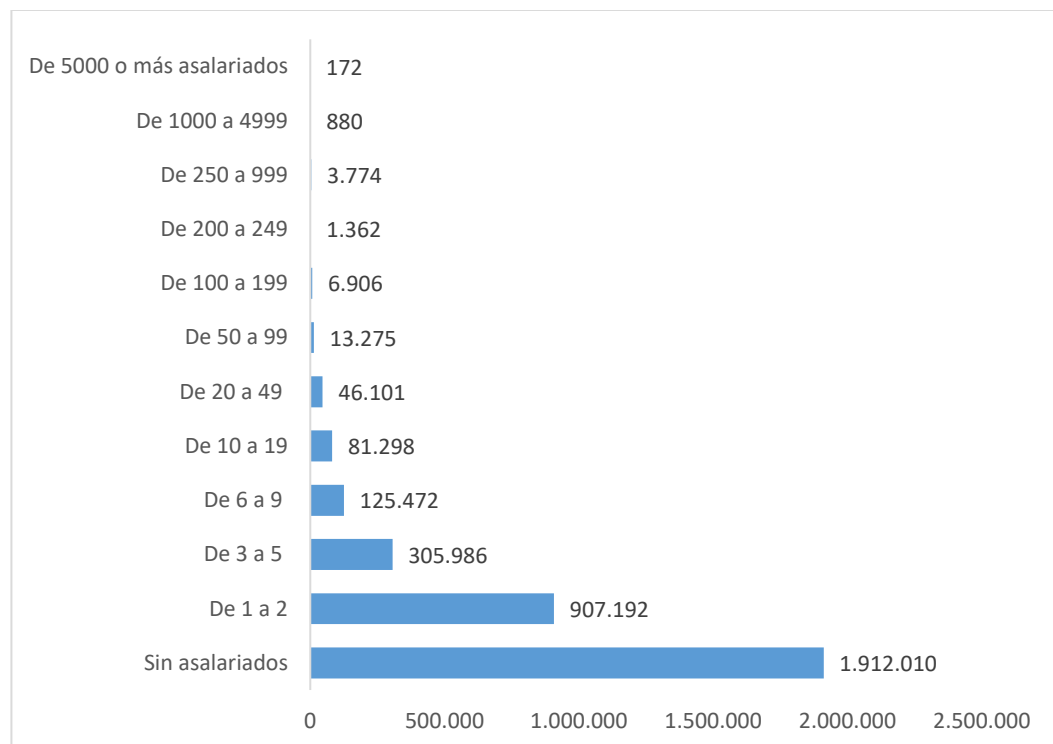
²²⁵ SNODGRASS & BIGGS, *Industrialization and small firms patterns and policies*, International Center for Economic Growth, San Francisco, 1995.

²²⁶ LEUNG, MEH & TERAJIMA, “Firm Size and Productivity”, *Bank of Canada Working paper*, n. 45, 2008.

convierte la cuestión del tamaño de las empresas de un país en crucial para su crecimiento, eficiencia y mejora de las condiciones laborales.

Con esto se puede ver cómo España tiene un “problema” respecto al tamaño de sus empresas. Como se ve en el gráfico, las empresas sin asalariados representan la gran mayoría de empresas en el país. Así, el 56% del total de empresas en España no tiene asalariados contratados. En 2020 las empresas de tamaño medio (de 50 a 250 trabajadores), recomendada por los expertos como el tamaño óptimo en materia de productividad, implican solamente 11% del total de empresas existentes.

Gráfico 2: Número de empresas según el número de asalariados que tienen



Esta relación presenta tres elementos de interés en materia jurídico-laboral. En primer lugar, dado lo perjudicial que puede ser para la economía un exceso de microempresas, el Derecho del trabajo debería asegurarse de no incentivar con su regulación su excesiva proliferación. Así, una regulación que reduzca los Derechos laborales de los trabajadores en las microempresas o que permita, en general, no aplicar la negociación colectiva en este tipo de empresas podría indirectamente promocionarlas, lo que acabaría dañando la economía.

En segundo lugar, la cuestión del tamaño de las empresas nos lleva a analizar la externalización productiva y la subcontratación. Una estrategia seguida por las empresas para reducir su tamaño y obligar a otras asumir riesgos económicos inherentes a su actividad económica es la externalización. La regulación laboral debería asegurar que la desintegración de la empresa (reducción de tamaño) no se hace con objetivo de ejercer poder de mercado de unas empresas sobre otras. Esto es, se deberían poner desincentivos para las empresas que se desprendan de parte de su actividad productiva con objeto de subcontratarla siempre que no existan verdaderas razones productivas u organizativas para ello. Esto es, la normativa debería asegurar que la subcontratación productiva no se realiza por razones de simple reducción de costes laborales ni de diferencia de poder de negociación entre la empresa principal y la contratista, sino que está sustentada en una verdadera especialización de la empresa subcontratada. Para conseguir este objetivo, varias instituciones laborales pueden ayudar:

i) De un lado, se debería establecer una obligación de igualdad en las condiciones laborales entre la principal y la contratista lo que aseguraría que la subcontratación no tiene como objetivo empeorar las condiciones laborales. De esta forma, la normativa debería garantizar la igualdad de condiciones de trabajo –salario, jornada, etc.-, entre los trabajadores de la principal y de la contratista, así como, garantizar que en caso de finalización de contrato la empresa principal asuma los costes de los despidos.

ii) De otro lado, en materia de representación colectiva la normativa debería permitir que los trabajadores de las empresas subcontratistas eligieran a representantes en la principal -en los comités de empresa, por ejemplo-. En caso de representación sindical la cosa sería incluso más sencilla, pues solamente se debería asegurar que los trabajadores de la empresa principal y contratista estuvieran contemplados en el mismo sector.

En tercer lugar, las evidencias en materia del tamaño de la empresa atacan en la línea de flotación de las políticas actuales que fomentan el autoempleo. En efecto, no hay empresa más pequeña que la consistente en un único trabajador autónomo –*freelancers*-. Esta figura de autoemprendedurismo ha sido muy promocionada en los últimos años como forma de “crear empleo”. Concretamente, en España las empresas sin asalariados son el mayor número de empresas existente situándose en los casi dos millones de

empresas²²⁷. De hecho, en la serie histórica (1999-2020) las empresas sin asalariados han crecido un 37% mientras que las empresas entre 10 y 49 trabajadores han aumentado solamente un 1%. Sin embargo, este tipo de estrategias, que promocionan convertir a cualquier persona en un empresario, dañan la productividad laboral y crean condiciones laborales precarias para los sujetos afectados. De ahí, entre otras razones, la importancia de aplicar correctamente el concepto de trabajador y la lucha contra los falsos autónomos.

De esta forma, la política económica debería facilitar el incremento de tamaño de las empresas para que alcancen el tamaño óptimo, bien mediante crecimiento interno, bien mediante la adquisición de otras empresas menos eficientes. De esta forma, los préstamos públicos, las ayudas, las inversiones en capital, las bonificaciones deberían centrarse en este tipo de empresas y con esta finalidad de promocionar la competitividad.

Parece especialmente importante no promover empresas ineficientes. No solo por el resultado negativo que las mismas puedan crear en la economía sino por el efecto arrastre. Sostener empresas ineficientes que acaparen cuota de mercado basándose en salarios bajos y condiciones precarias impedirá el crecimiento –y el incremento de cuota de mercado- de otras empresas eficientes. Por el contrario, la política económica y la legislación debería asegurarse que las empresas ineficientes desaparezcan del mercado o sean absorbida por otras que cuenten con mejor situación frente al mercado.

En definitiva, vistas las ventajas de la concentración empresarial hasta un tamaño óptimo, la regulación laboral y la política económica deberían incentivar esta estructura productiva, a la vez que remueve los obstáculos existentes para el crecimiento de las empresas.

2.4 Impuesto de sociedades dependiendo del número de trabajadores.

Uno de los efectos más claros, que hemos señalado, de nueva ola de automatización y la digitalización es la reducción de empleo en las empresas que lo implantan. La tecnología mejora la productividad lo que hace innecesario tener tantos trabajadores en esa empresa. De hecho, esto no solo ocurre en empresas ya existentes,

²²⁷ Fuente INE.

sino que en las últimas décadas están apareciendo gigantes tecnológicos que obtiene enormes porciones de la renta nacional con muy pocos trabajadores en proporción.

Ambos casos plantean un mismo reto para la sociedad. Hasta el momento el salario ha sido la mayor fuente de distribución de la riqueza existente. Esto es, las empresas ingresaban grandes cantidades de renta, pero no se lo quedaban en forma de beneficios, sino que era repartido entre los trabajadores que habían contribuido al éxito empresarial de forma más o menos equitativa. Es decir, estas grandes empresas tradicionales a través de la creación de empleo contribuían no solo a mejorar la situación de los consumidores con sus nuevos productos y servicios, sino también a redistribuir esos ingresos generados a través del salario de sus empleados. Sin embargo, conforme la tecnología avanza y los trabajadores son menos necesarios para producir bienes y servicios, el segundo efecto beneficioso para la sociedad -la distribución de la riqueza- desaparece.

El caso más extremo sería una sociedad en la que la IA de alcance general existe -la que se considera una inteligencia equivalente a la de un humano con las mismas capacidades²²⁸- y los robots pueden sustituir *todo* el trabajo humano. En ese caso, los dueños del capital podrían, teóricamente, seguir produciendo bienes y servicios -incluyendo más robots- sin necesidad de contar con trabajadores y, por ello, podrían quedarse toda la renta producida sin distribuirla entre los trabajadores. Esto dejaría a aquellos que no tienen capital, y que viven de su trabajo, sin posibilidad de obtener ingresos ni parte de la renta nacional.

De esta forma, se plantean el gran reto de cómo distribuir la riqueza en un mundo sin empleo o más bien en un mundo en el que el empleo progresivamente desaparece. Más adelante en este trabajo se debatirá sobre las ventajas y desventajas de una renta básica o un programa de empleo garantizado a estos efectos, sin embargo, el problema de la desigualdad va primero. En efecto, si toda la renta se la quedan los dueños del capital la desigualdad sería tan grande que difícilmente la democracia sería sostenible²²⁹. Por

²²⁸ CANTWELL SMITH, *The Promise of Artificial Intelligence: Reckoning and Judgment*, The MIT Press, 2019.

²²⁹ STIGLITZ, J. E., *The Price of Inequality*, W.W. Norton, New York, 2012; LEVIN-WALDMAN, "How Inequality Undermines Democracy", *E-International Relations*, 10 de diciembre de 2016, disponible en <https://www.e-ir.info/2016/12/10/how-inequality-undermines-democracy/> (consultado 2 de febrero de 2021).

ello, antes de llegar a ese punto parece necesario que, conforme aumenta la parte de la renta que se queda el capital y se reduce la de los trabajadores, se mejoren las fórmulas existentes de redistribución de la riqueza.

Así, un planteamiento no demasiado disruptivo sería establecer impuestos en las empresas que diferenciara dependiendo del número de trabajadores en la empresa. De esta forma, empresas que obtuvieran muchos ingresos con pocos trabajadores seguirían participando en la redistribución de la riqueza -y al bienestar social- aumentando su contribución al Estado. De esta forma, se tendría que establecer un porcentaje en impuestos que, no solamente dependiera progresivamente de la variable ingresos, sino también de la variable empleados. Este porcentaje aumentaría conforme aumentan los ingresos en comparación al número de trabajadores empleados.

Esta solución tendría dos efectos positivos adicionales (sumandos a una mejor distribución de la riqueza). En primer lugar, las empresas tendrían un desincentivo para reducir su tamaño por razones distintas a la eficiencia. En efecto, la descentralización productiva, desde los años 80, ha reducido el tamaño de muchas empresas que han pasado a subcontratar tareas auxiliares y principales de su modelo de negocio. Una descentralización que no se ha realizado, en muchos casos, por razones de eficiencia sino con el objetivo de eludir las normas laborales y de reducción de costes. Así pues, esta configuración impositiva podría mejorar el equilibrio de intereses existente a la hora de tomar una decisión en materia de descentralización productiva.

El segundo efecto positivo sería reequilibrar un código impositivo actualmente sesgado en favor de la sustitución de trabajadores por capital. Actualmente, la legislación impositiva establece mayores impuestos a la contratación de trabajadores que a la compra de tecnología. Como señala Banerjee y Duflo²³⁰, mientras que los salarios de los trabajadores cuentan con cotizaciones a la Seguridad Social, la IA no. Por su parte, la compra de tecnología puede ser amortizada permitiendo deducciones impositivas a las empresas. En definitiva, la legislación impositiva actual puede estar fijando incentivos a

²³⁰ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 233.

los empresarios para que automaticen tareas incluso en aquellos casos donde mantener al trabajador hubiera sido más eficiente²³¹.

Esto significa que una empresa, incluso aunque una tecnología no sea más productiva que un ser humano, puede decidir la sustitución basándose en el ahorro impositivo obtenido. Para evitar este perverso estímulo algunos economistas han planteado gravar impositivamente la introducción de robots en una empresa²³². Sin embargo, el problema es que la mayoría de la pérdida de puestos de trabajo no proviene de la sustitución de un trabajador por un robot físico, sino que provienen de la automatización mediante algoritmos, digitalización, IA y, en algunos casos, robots industriales. Es decir, parece que tiene poco sentido intentar identificar qué elemento tecnológico causa concretamente la pérdida del empleo si lo que se quiere desincentivar es esto último. Por ello, parece más sensato que, en vez de centrarnos en el elemento tecnológico, lo hagamos directamente en el efecto que queremos desincentivar: la amortización del empleo.

En definitiva, mediante un impuesto que grave las rentas empresariales dependiendo del número de trabajadores que lo han generado se conseguiría un mejor reparto de la riqueza generada en la empresa, bien a través de los salarios, bien a través del Estado. Adicionalmente, se desincentivaría, de un lado, la disminución del tamaño de las empresas no basadas en motivos de eficiencia, de otro lado, la automatización que se realiza por razones impositivas y no productivas.

3. Crítica al Derecho del trabajo como regulador del mercado de trabajo.

Asumir entre las justificaciones, y funciones del Derecho del trabajo, la gobernanza del mercado de trabajo para mejorar la eficiencia no es precisamente una cuestión incontrovertida. Por el contrario, puede encontrar críticos desde los dos polos ideológicos. Así, la derecha puede acusar de excesivo intervencionismo y paternalismo, mientras que la izquierda no vería con buenos ojos la aceptación del trabajo como

²³¹ ACEMOGLU & RESTREPO, “Artificial Intelligence, Automation and work”, *op. cit.*

²³² ABBOTT & BOGENSCHNEIDER, “Should Robots Pay taxes? Tax policy in the age of automation” *Harvard law and policy review*, n. 12, 2018. También se propuesto en el Parlamento Europeo en 2017 aunque finalmente se votó en contra. Y en Corea del Sur se ha establecido un plan que reduce subsidios impositivos a empresas que inviertan en automatización. Un plan que se combina con un impuesto a la externalización para evitar que em impuesto sobre los “robots” no derive en un incremento de la subcontratación

mercancía cuya eficiencia hay que potenciar. En efecto, mientras que la derecha suele apoyar la desregulación y la izquierda la prevalencia de ciertos valores sociales sobre la eficiencia, una justificación que busca una *regulación* para mejorar la *eficiencia* queda abierta a ser atacada por los dos lados.

a. El paternalismo

La búsqueda de la eficiencia históricamente se ha relacionado con postulados conservadores. Sin embargo, la desregulación y el *laizze affair* también. De esta forma, usar la regulación para mejorar la eficiencia pueden ser atacadas desde esta perspectiva al ser considerada una forma de paternalismo de Estado. Así, de la misma forma que está demostrado que el cinturón de seguridad o no beber al volante son medidas que reducen la mortalidad en los accidentes de tráfico y, a pesar de ello, se critica, desde ciertos sectores, que se restrinja la libertad de los individuos adultos para tomar decisiones, es posible, desde esa misma perspectiva, censurar una regulación que coarte la libertad de empresa, aunque sea, en beneficio de los propios empresarios.

Desde esta perspectiva, los empresarios y los trabajadores son adultos que deberían tener libertad para fijar sus condiciones contractuales de acuerdo a sus preferencias con independencia de que alcancen siempre la solución más eficiente. Con fundamento en el anti-paternalismo, siempre será mejor el resultado obtenido derivado de la “libertad” del individuo –aunque esté equivocado- que intentar imponer –o promocionar- una solución no deseada a escala individual.

La crítica al paternalismo del Estado está principalmente arraigada en países anglosajones, sin embargo, en los últimos años, acompañando a la ideología que sustenta el desmantelamiento del Estado del bienestar se ha asentado esta forma de pensamiento también en la Europa continental y en algunos países de Latinoamérica.

En este sentido, suele sostenerse que la validez de la justificación del intervencionismo del Estado con objeto de potenciar la eficiencia económica estará sujeta a las preferencias individuales y colectivas respecto al nivel aceptable de intervención del Estado. Una cuestión que suele ir conectada a la propia concepción que se tenga de la legitimidad del Estado para intervenir en la libertad individual en favor al bienestar social.

Sin embargo, esta afirmación deber rechazarse por partir de una premisa incorrecta. En efecto, el paternalismo critica la intervención del Estado en la Economía exigiendo la desregulación y la “no intervención”, pero la realidad es que la *no* intervención del Estado en la economía no existe. No es una opción. Lo que ocurre es que lo que se etiqueta como “no intervención en la economía” realmente responde a una intervención determinada que mejora la situación económica de determinados colectivos en mejor posición, defendiendo la desaparición de otras intervenciones en favor de los grupos menos desfavorecidos. Veamos tres ejemplos de política económica que deliberadamente optan por reducir el nivel total de empleo²³³.

1. *Política monetaria*: en la economía no existe un nivel natural o neutral en materia de creación de dinero. Los economistas de manera prácticamente unánime aceptan que los bancos centrales cuando determinan el nivel de dinero en una economía tienen que elegir entre; bien crear inflación, bien incrementar el nivel de empleo²³⁴. De acuerdo con la curva de Philips conforme se reduce la inflación, el desempleo aumentará, por el contrario, conforme el desempleo disminuye la inflación aumentará. De esta forma, cuando los bancos centrales deciden deliberadamente mantener baja la inflación están, a su vez, optando por un nivel mayor de desempleo de forma automática. Así, los que defienden mantener altos los tipos de interés por parte de los bancos centrales, o apoyan reducir la masa monetaria, están voluntariamente protegiendo a los que tienen capital -la inflación devalúa el valor del capital- sobre los que viven de su trabajo -el desempleo reduce el valor del trabajo-.

Incluso si alguien quisiera defender la “no intervención de la economía” con el argumento reduccionista de “la vuelta al patrón oro” -donde los bancos centrales no pueden crear dinero más allá de las reservas de oro de un país- seguiríamos tomando una decisión intervencionista de la economía, consistente en dejar la creación de dinero de un país en manos de los eventos aleatorios consistentes en el “descubrimiento” de nuevas minas de oro en el mundo: con las catastróficas consecuencias que ello tendría para la economía.

²³³ BAKER, *Rigged: How globalization and the rules of the modern economy were structured to make the Rich richer*, Center for Economic and Policy Research, Washington, 2016.

²³⁴ PHILIPS, “La relación entre el desempleo y la tasa de variación de los salarios monetarios en el Reino Unido, 1861-1957”, *Economica*, 1958.

De esta manera, sin entrar en el acierto o error de este posicionamiento, se puede defender, desde posiciones monetaristas, que los bancos centrales deben seguir optando por baja la inflación sobre el desempleo derivado de las negativas consecuencias que puede llegar a tener la alta inflación para la economía: lo que no se parece que se pueda sostener es que esto sea el resultado de la “no intervención” en la economía (intervención siempre hay).

2. *Política de tipos de interés y déficit comercial:* De nuevo, los bancos centrales deciden, indirectamente, el valor de la moneda del país a través de los tipos de interés. Una moneda fuerte -con mucho valor- hará más barato comprar bienes y servicios en el extranjero y más caro a los países extranjeros comprar los nacionales. Por ello, de nuevo, con la decisión de mantener alto el valor de una moneda se incentiva, de un lado, comprar fuera en vez de comprar en el país y, de otro lado, que las empresas nacionales produzcan fuera de aquellos países que tiene una moneda fuerte -porque se produce más barato-. Esto es, se incentiva la creación de cadenas mundiales de producción en perjuicio de los trabajadores nacionales que quedarán en el desempleo. En fin, estamos ante una decisión que tiene resultados en la economía que, de nuevo, producirá reducción de la demanda interna y reducción del empleo, específicamente del empleo manufacturero.

3. *Política fiscal.* De la misma manera, no existe un nivel de gasto público natural o neutral. Insistir en mantener una política fiscal “balanceada” implica una decisión de intervención en la política económica que, de nuevo, tiene como objetivo reducir la inflación, lo que desembocará en desempleo. Sin duda, desde posiciones no keynesianas se puede argumentar que el gasto público no balanceado podría acabar provocando más perjuicios sobre los trabajadores, pero lo que, difícilmente, se puede argumentar es que mantener el gasto público bajo es una decisión de “*laissez faire*” en la economía.

Cabe apuntar que, precisamente, los que defienden mantener los tipos de interés altos, la no impresión de nueva moneda, que se reduzca el gasto público, etc., lo hacen fundamentándose en que lo contrario perjudicaría la economía y la eficiencia, así pues, parece poco coherente sostener que este tipo de intervenciones en la economía son legítimas por el bien de la eficiencia, a la vez, que se sostiene la “no intervención” en el mercado de trabajo, cuando la intervención en el mercado laboral se hace por el bien de esa misma eficiencia.

En fin, como se puede ver, sin intervención estatal, no existe la economía (o sería una economía similar a la existente en la edad media). Cualquier argumentación en favor de “reducir la intervención del Estado en la economía”, no es más que una forma, por otro lado legítima, de proteger intereses particulares. Del mismo modo “evitar el paternalismo” del Estado no es una opción, dado que todas las decisiones -incluso las “aparentemente” neutras- tienen consecuencias en la economía. La cuestión será a quién benefician esas decisiones.

De hecho, dado que el pleno empleo mejoraría la situación principalmente a los trabajadores de la clase media y baja, mientras que el incremento de la inflación perjudica mayoritariamente a los dueños del capital, se puede sostener que las decisiones de política económica que se rubrican como “no intromisión” son intervenciones que tienen por objetivo proteger al capital sobre el trabajador.

Como se argumentará en el capítulo siguiente, el factor que más reduce el poder de negociación de los trabajadores frente al empresario es el nivel de desempleo de un país -cuanto más desempleo más fácil resulta sustituir a un trabajador. Por esta razón, viendo la cantidad de *decisiones* de política económica que tienen como resultado la reducción del nivel de empleo, parece que tiene sentido que, parte de la política económica, y concretamente las normas laborales, se dediquen a compensar este desequilibrio creado por las decisiones del propio Estado.

b. El trabajo no es una mercancía

Históricamente se ha considerado que el objetivo del Derecho del trabajo ha sido evitar la mercantilización del trabajo, esto es, sacar el trabajo del juego de la oferta y de la demanda²³⁵ y que el mercado de trabajo funcione en base a otros principios –decididos democráticamente- alejados de lo que determine la “mano invisible”. De esta forma, no es de extrañar que las voces que apoyan un uso del Derecho del trabajo para optimizar el

²³⁵ DAVIES, P. & FREEDLAND, M., *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens, 1983.

mercado de trabajo hayan sido objeto de múltiples críticas (especialmente ver Dukes²³⁶ y Fudge²³⁷).

En este sentido, la justificación y función del Derecho del trabajo como engranaje del mercado de trabajo ha sido criticada en base a dos razones principalmente: de un lado, porque la regulación del mercado de trabajo vista hasta ahora parte de la asunción de que los fallos de mercado son puntuales y no problema sistémico del modelo económico²³⁸, de otro lado, justificar el Derecho del trabajo a través de su utilidad para mejorar la eficiencia olvida la necesidad de que el Estado garantice ciertos derechos a sus ciudadanos *con independencia* de si ello genera o no eficiencia²³⁹.

Que el objetivo, o uno de los objetivos, del Derecho del trabajo sea solventar los fallos de mercado requiere aceptar la validez del modelo neoclásico que explica el funcionamiento del mercado de trabajo. En efecto, los fallos de mercado nacen, desde la perspectiva liberal, como aberraciones puntuales en el funcionamiento del mercado. Sin embargo, parte de la literatura sostiene que los fallos de mercado no son puntuales sino sistémicos²⁴⁰. En este sentido, se puede sostener que el modelo de oferta y demanda está tan alejado de la realidad que usar la regulación laboral con objeto de intentar poner solución, de un lado, legitimaría el modelo y, de otro, sería un desperdicio de recursos ya que no se puede “mejorar” lo que está fundamentalmente equivocado.

Sin embargo, sin entrar a valorar qué modelo teórico es correcto ni quitar mérito a la crítica, la realidad es que la intervención estatal sí puede mejorar la eficiencia. Si estos autores tienen razón y los fallos de mercado son sistémicos, probablemente el Derecho del trabajo como potenciador de la eficiencia no pueda solucionarlos totalmente. Ahora bien, los estudios empíricos demuestran que hay margen de mejora, de esta forma,

²³⁶ DUKES, R., “Constitutionalizing employment relations: Sinzheimer, Kahn-Freund and the Role of Labour Law”, *Journal of Law and Society*, n. 35; DUKES, R., “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

²³⁷ FUDGE, “Labour as a “Fictive Commodity”, en DAVIDOV & LANGILLE, eds., *The Idea Of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 120-135.

²³⁸ FUDGE, “Labour as a “Fictive Commodity”, *op. cit.*, pp. 125 y 131.

²³⁹ DUKES, R., “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, *op. cit.*

²⁴⁰ MAZZUCATO, M., *Mission Economy*, Penguin Books, 2021, p. 172; FUDGE, “Labour as a “Fictive Commodity”, en DAVIDOV & LANGILLE, eds., *The Idea Of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, *op. cit.*, pp. 125 y 131.

sin pretender ser una solución absoluta, sí parece posible mejorar la eficiencia y la productividad y, con ello, la situación económica. Como establece Deakin²⁴¹, probablemente la intervención del Derecho del trabajo no aporte una solución perfecta al problema del mercado de trabajo, pero puede mejorar la situación en comparación al resultado obtenido derivado de la “desregulación” laboral.

Mayor mérito merece la crítica desde la perspectiva de los valores socialmente aceptables. Precisamente, como se verá más adelante, una de las justificaciones clásicas del Derecho del trabajo es que el mercado de trabajo alcanza equilibrios socialmente inaceptables sin regulación (ej, trabajo infantil, salarios por debajo del nivel de subsistencia, muertes en accidentes de trabajo) para una sociedad democrática²⁴². De este modo, el Estado tiene el derecho y la obligación de intervenir para corregir los resultados inadmisibles socialmente.

Así, desde esta perspectiva, sostener que la razón por la que se debe prohibir el trabajo infantil es que es ineficiente que los niños trabajen porque impedirles estudiar implicará trabajadores menos formados en el futuro y menor productividad para el país, es olvidar los verdaderos valores democráticos. Por ello, se rechazan las justificaciones “eficientistas” y se recuerda que, en un Estado constitucional, no todo debe quedar en el ámbito del mercado. Esto es, el Estado está legitimado para garantizar ciertos derechos legal o constitucionalmente reconocidos cuya justificación proviene directamente de las preferencias sociales manifestadas a través de los procedimientos regulados para ello²⁴³.

De esta suerte, el salario mínimo vendría justificado por el valor de las personas por el simple hecho de ser personas, con independencia de que ello aportara eficiencia o no a la economía. Lo mismo valdría para el resto de derechos laborales, los cuales serían el resultado de la expresión democráticamente emitida de las preferencias sociales con legitimidad propia al margen de su funcionalidad económica.

²⁴¹ DEAKIN, S., “The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development”, *op. cit.*, p. 161.

²⁴² PROSSER (“Regulation and Social Society”, *Journal of Law and Society*, v. 33, n. 3, pp. 364-387, 2006) desarrolla la idea de que las condiciones laborales de los trabajadores no deben ser decididas por el mercado, sino que han de ser el resultado de un proceso deliberativo democrático. Este autor defiende la existencia de una serie de valores en la sociedad que pueden desvirtuarse si las condiciones de trabajo se dejan al libre mercado y que, por ello, se justifica la existencia de regulaciones laborales

²⁴³ DUKES, R., “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, *op. cit.*, p. 65.

Sin duda, la crítica basada en los valores es sólida. Difícilmente, es sostenible que la prohibición del trabajo infantil provenga únicamente del hecho de que es ineficiente tener niños trabajando. Sin embargo, la exclusividad de las justificaciones no es requerida. De esta forma, parece razonable, e incluso positivo, que exista más de un tipo de justificación que avale una regulación laboral concreta. Por lo que, la justificación basada en valores sociales y democráticos –o en Derechos constitucionales vigentes- no excluye que se evidencien otras.

De hecho, la realidad es que los valores sociales son un constructo social (valga la redundancia). En este sentido, la sociedad, para poder establecer sus preferencias correctamente, requiere de la máxima información disponible. Por ello, la justificación eficientista será, al final, un argumento más, de entre todos los disponibles para el establecimiento de derechos –legales o constitucionales- en el proceso de deliberación democrática. Ahora bien, una vez establecido este derecho en el ordenamiento jurídico, la legitimidad del mismo, no provendrá del valor que pretende proteger –la eficiencia o la persona como ser humano-, sino del “imperio de la ley”.

En fin, la justificación del Derecho del trabajo basada en la promoción de la eficiencia no es incompatible con el resto de valores que las normas laborales pretenden preservar. Solamente es una razón más que justifica su existencia. En caso de que existieran, hipotéticamente, valores contrapuestos, es el proceso democrático el que dirime estas cuestiones y decide cuál debe imponerse.

En definitiva, no veo por qué razón el valor de la eficiencia como argumento de legitimidad social de las normas laborales debería ser monopolizado por los que apoyan la desregulación de los mercados laborales, cuando en muchas ocasiones, la realidad es la contraria: la búsqueda de la eficiencia requiere de una regulación laboral fuerte.

4. Pocos argumentos para la desregulación

Desde los años ochenta, la política económica y laboral ha sido copada por el llamado “Consenso de Washington”²⁴⁴. A partir de este momento, los países

²⁴⁴ Este término fue acuñado por el economista Williamson, John. El objetivo era describir un conjunto de fórmulas relativamente específicas, las cuales consideró que constituían el paquete de reformas para los

desarrollados, y también en vías de desarrollo, se han centrado en la liberalización de los mercados y la desregulación del mercado de trabajo. Así, los países han adoptado una política de libre mercado y de *laissez-faire* en política industrial y laboral con un incremento del poder unilateral del empresario para tomar decisiones, con una correspondiente reducción de los costes de contratar y despedir trabajadores –la mal llamada flexibilidad externa- e incluso para reducir salarios y ampliar horas de trabajo –flexibilidad interna²⁴⁵- como única forma de alcanzar el crecimiento económico y la eficiencia. Todo ello, cuando no se ha acusado directamente a la legislación laboral de perjudicar a aquellos que pretende proteger²⁴⁶.

Se ha planteado así un *trade off* entre eficiencia económica y regulación laboral²⁴⁷. Un enfrentamiento artificial entre lo económico y lo social que ha perjudicado especialmente a la segunda parte. Así, planteando en el imaginario colectivo que la única manera de crecer es reduciendo las protecciones laborales y sacrificando la redistribución de la riqueza y la igualdad, se ha puesto al votante –y a muchos responsables políticos- ante una difícil decisión. Un artificial conflicto que “obliga” a todo aquél que toma por valido el postulado a decantarse por el crecimiento. Así, muy al pesar de la gente, parecía que la única forma de conseguir la eficiencia económica, la productividad deseada y el crecimiento económico era apostando por medidas desregulatorias del mercado laboral. Un sentimiento que además servía para liberar conciencias atormentadas. Aquellos sujetos que sienten “lástima” por la situación precaria de muchos trabajadores, pueden recurrir al sentimiento liberador de que “no hay otra manera” de alcanzar el necesario crecimiento. Esto ha permitido con relativa sencillez que se impongan las medidas desreguladoras como único camino hacia el crecimiento.

De hecho, esta aparente incompatibilidad entre crecimiento económico y beneficios sociales también ha sido usado como argumento para defender posiciones en el extremo opuesto. Así, ante las formas actuales de crecimiento que producen trabajos

países en desarrollo azotados por la crisis, de acuerdo con las instituciones bajo la órbita de EEUU, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial. WILLIAMSON, J., “What Washington Means by Policy Reform”, *op. cit.*

²⁴⁵ HOWE, J., “The Broad Idea of Labour Law: Industrial Policy, Labour Market Regulation, and Decent Work”, *op. cit.*

²⁴⁶ CARD & KRUEGER, *Myth and measurement: The New Economics of the Minimum Wage*, *op. cit.*

²⁴⁷ OKUN, *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*, *op. cit.*

precarios y destruyen el medio ambiente se plantea como única alternativa para mejorar la calidad de vida y medioambiental el decrecimiento²⁴⁸.

Sin embargo, los postulados económicos más actuales y los estudios empíricos difieren mucho de esta contraposición. En efecto, no existe tal *trade off* ni conflicto entre eficiencia y protecciones sociales. Muy al contrario, la regulación laboral es necesaria para alcanzar un buen funcionamiento del mercado de trabajo y de la deseada eficiencia.

Debe recordarse que el propio concepto de desregulación laboral es falaz: siempre existe regulación. Así, lo que se pretende con la llamada “desregulación” es devolver el contrato de trabajo a la regulación privada basada en el derecho de propiedad a través del Derecho civil. Una regulación desequilibrada que hiperprotege al dueño del capital frente a aquel que no lo tiene. Una regulación que, además, se ha visto incapaz –en el pasado y actualmente- de solucionar los fallos de mercado y de alcanzar la eficiencia en el mercado de trabajo. Así como tampoco está preparado para regular una relación eminentemente de carácter colectivo ni reducir los conflictos sociales que surgen en el mercado de trabajo (“las personas no son melones”).

Tampoco la teoría económica promueve, *per se*, la individualización de las relaciones de trabajo. Muy al contrario, las teorías económicas y los estudios empíricos analizados, apoyan una solución colectiva sobre la individual –por ser más eficiente: menores costes. Especialmente, los estudios económicos están preocupados por una estandarización de las reglas aplicables. Así, los convenios colectivos de sector y la estandarización de las protecciones permitirán que las empresas compitan en calidad de sus productos y servicios y no en bajos costes laborales –que desincentivan la formación, la inversión en tecnología y la propia eficiencia. De la misma forma, parece necesario que la regulación haga recaer los riesgos sobre quién tiene más incentivos -y está mejor preparado- para reducirlos. De esta forma, sin regulación que lo impida, a la empresa le convendrá hacer recaer el riesgo sobre el trabajador, el cual no tiene posibilidades de mejorar su productividad ya que no tiene capital para mejorar tecnológicamente su proceso productivo, ni para formarse, ni para prevenir accidentes de trabajo, ni para cubrirse frente a las posibles contingencias del mercado...

²⁴⁸ COSTA MORATA, *Por el decrecimiento*, Libros de economía y empresa, n. 1, 2010, pp. 24-27.

La misma conclusión se alcanza con el incremento del poder unilateral del empresario. Muchas de las reformas laborales de los últimos años han abogado por un incremento de la “flexibilidad”. Una flexibilidad que no venía a significar otra cosa que aumento del poder unilateral del empresario para despedir, para contratar, para reducir salarios, para modificar condiciones labores de forma unilateral. Una solución legislativa distinta a la apoyada por los estudios económicos vistos en este capítulo. El aumento del poder unilateral del empresario no garantiza la eficiencia, solamente se presume. Se entiende que el empresario, como persona racional, buscará maximizar sus beneficios y para ello actuará –si la norma no se lo impide- maximizando la eficiencia. Pero la realidad es que las personas no son siempre racionales y muchas veces se da preferencia al corto plazo sobre el largo plazo, a la vez que los intereses individuales no siempre corresponden con los sociales. Así cuando los estudios empíricos revelan que el comportamiento de los empresarios no conduce a un óptimo eficiente existen razones para que esta conducta sea impuesta a los empresarios, por el bien de la economía. En este sentido se debe afirmar que la “desregulación” laboral daña al empresario.

Así, por mucho que los empresarios tengan preferencia por el contrato temporal, este debe ser desincentivado por la legislación al arrojar peores resultados en materia de productividad que su hermano mayor el contrato indefinido. La participación en beneficios de los trabajadores debería ser impuesta –o suficientemente incentivada- con objeto de reducir el conflicto laboral, mejorar la productividad y mejorar la resistencia de las empresas ante los ciclos económicos negativos, entre otras cuestiones vistas.

La necesaria intervención pública en el mercado de trabajo habilita una importante justificación para la propia existencia del Derecho del trabajo, así como un campo de oportunidades para nuevas funciones de las normas laborales que compatibilicen las viejas funciones puramente protectoras con otras que defiendan a los trabajadores a la vez que engrasen el mercado de trabajo –eso sí, asegurando una posterior correcta distribución de las rentas generadas entre aquellos que las produjeron.

Mejorar la productividad y la competitividad en este mundo globalizado es esencial para que las empresas puedan subsistir en el mercado, lo que supone un papel fundamental para que los trabajadores mantengan sus puestos de trabajo. Y, obviamente, en el sistema económico que vivimos el Estado requiere de empresas competitivas y de trabajadores ocupados para mantener el Estado de bienestar. Por tanto, no es una materia

en la que el Estado pueda abstenerse, sino que el incremento de la productividad se ha convertido en una cuestión de orden público, que obliga al legislador a tomar cartas en el asunto, sin que la desregulación y la mera promoción puedan ser aceptables²⁴⁹.

En fin, como se ha pretendido demostrar, la teoría económica no es necesariamente hostil a la regulación laboral ni busca la desregulación. Esto significa que se debería abandonar el estéril enfrentamiento entre “lo económico” y “lo social” alcanzando la armonización entre, lo que realmente son, ambas caras de la misma moneda.

²⁴⁹ TODOLÍ SIGNES, A., "Los falsos autónomos en el contrato de franquicia: La importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo.", *RDS*, n. 75, 2016.

VI. LOS VALORES: EL DESEQUILIBRIO DEL PODER DE NEGOCIACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA

1. No todo es crecimiento

En el ADN del Derecho del trabajo está, y siempre estará, el desequilibrio del poder de negociación entre empresario y trabajador. Este desequilibrio, que el Derecho del trabajo pretende solventar con sus instituciones, tiene efectos tanto a nivel de empresa –condiciones laborales- como a nivel de economía en general –distribución de las rentas generadas.

Si bien, esta justificación para la existencia del Derecho del trabajo es clásica y proviene del propio origen de la disciplina, la realidad es que también, en lo últimos años, ha ganado adeptos entre los más inesperados compañeros de viaje. En efecto, instituciones tradicionales de corte conservador están cada vez más preocupados por la redistribución de la riqueza. Así, el Fondo Monetario Internacional, bastión de la ideología de mercado y del “crecimiento primero”, ahora reconoce que el crecimiento a cualquier precio es una mala política. Sacrificar a los más desfavorecidos con el objetivo de obtener crecimiento económico aboca a los países a conflictos inestables. En efecto, la desigualdad económica “extrema” es insostenible en una democracia. De esta forma, bien la democracia consigue revertir la desigualdad, bien la democracia es sustituida por una dictadura militar controlada por las élites para mantener la desigualdad. Con objeto de evitar esta situación el Fondo Monetario Internacional ahora requiere que, a la hora de guiar la política económica de un país a cambio de ayuda financiera, se incluyan orientaciones que permitan reducir los niveles de desigualdad –y no solo “consejos” para el crecimiento económico²⁵⁰.

No se debería olvidar que el objetivo final de toda política económica debería ser mejorar la calidad de vida del ciudadano medio y especialmente de los más desafortunados²⁵¹. De esta forma, dado que el crecimiento económico *per se* no asegura una distribución equitativa de lo generado, parece necesario normas que no busquen la eficiencia –o el crecimiento-, sino asegurar dicha distribución entre los implicados. De hecho, cabe señalar que la mejora del bienestar no se consigue solamente con mayores

²⁵⁰ FMI, *Guidance note for surveillance under article IV consultation*, FMI, 2015.

²⁵¹ RAWLS J., *A theory of Justice*, Harvard University Press, 1971; BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, *op. cit.*, p. 205.

cuotas de consumo, sino también garantizando la dignidad humana, la libertad de expresión y el derecho a la participación en los asuntos que a uno le afectan, entre otros principios. Todos estos valores son objetivos perseguidos por el Derecho del trabajo, como se verá a continuación

2. El reequilibrio del poder de negociación

La historia reciente –desde los orígenes del capitalismo- del mundo del trabajo viene determinada por una progresiva e ininterrumpida pérdida del poder de negociación del dueño de su trabajo frente al dueño del capital. Partiendo de una situación en la que el pequeño artesano o agricultor tenía integrado en su haber todos los elementos necesarios para intervenir en el mercado, con el paso del tiempo y atendiendo a la sacrosanta “división del trabajo”, los fue perdiendo. Primero, quedó privado del contacto con el cliente final a través de los comerciantes o mercaderes que les compraban la mercancía para venderla en el mercado. Segundo, con la aparición de la tecnología, perdió la batalla de la productividad frente a las grandes fábricas que le impidieron seguir siendo competitivo con su pequeño taller. De esta forma, sin maquinaria que le permitiera labrar sus tierras o crear sus propios productos manufactureros de forma competitiva no tuvo más remedio que vender su fuerza de trabajo. En efecto, uno de los elementos identificativos de la debilidad del poder de negociación es precisamente no tener otra *forma alternativa de obtener rentas* que no consistan en vender su fuerza de trabajo.

Esta situación se narra de forma excelente en la novela de John Steinbeck, “Las uvas de la ira” (adaptada al cine con el mismo título por el director de cine John Ford). En esta historia se relata el ejemplo de una de las miles de familias de origen agrícola que ante la presión de la mecanización pierden sus tierras de labranza viéndose obligados a trasladarse a California para encontrar un trabajo que les permita seguir viviendo. Un propósito imitado por decenas de miles de familias en la misma situación de necesidad al verse privados de sus formas de subsistencia basadas en la explotación de la tierra. Este masivo éxodo provocará desempleo en las ciudades empujando los salarios por debajo del mínimo de subsistencia. No es de extrañar que en su novela Steinbeck lo presente todo como parte del mismo “plan”: primero te privan de tu forma de subsistencia creando artificialmente un exceso de oferta de trabajo que hunde los salarios de los que ya no tienen alternativa más allá que aceptar esas precarias condiciones laborales.

Lo mismo ocurrió con la pequeña burguesía, la cual tras la crisis del 1929 perdieron esas rentas del capital –agrícolas, mobiliarias o inmobiliarias- que les permitían vivir cómodamente con seguridad económica. Ello no significa que esta pequeña burguesía de la ciudad no trabajara previo a la pérdida de esas rentas, pero si lo hacía era cómodamente como complemento. Así, fotógrafos, periodistas, abogados, médicos trabajaban, sin ser esta su primera fuente de ingresos. De esta forma, teniendo rentas alternativas que provenían de su capital, el trabajo no les era impuesto, sino que prestaban servicios como forma de integrarse en la sociedad. Lo cual también implicaba que la pérdida del trabajo no iba a suponer ningún trauma económico financiero dado que tenían la seguridad económica garantizada.

La desaparición de estas fuentes de seguridad económica derivado de la crisis del 1929 y de la guerra mundial cambió el paradigma obligando a estos pequeños burgueses a verse forzados a trabajar y a aceptar las condiciones laborales impuestas como única forma de subsistencia.

En realidad, no es necesario viajar al pasado para exponer la “necesidad económica” como origen y razón de la oferta de trabajo. Algunos estudios observacionales realizados en países con condiciones de trabajo precarias advierten que los jóvenes rechazan, o retrasan, incorporarse al mercado laboral hasta que no pueden seguir dependiendo de sus padres o desean formar una familia y necesitan los recursos²⁵². Se está hablando de jóvenes con carreras universitarias y bien formados que no aceptan puestos de trabajo ofrecidos o los abandona poco después de empezar a trabajar. Analizando las razones que exponen los jóvenes para este comportamiento, la mayoría coinciden en que el trabajo era precario: demasiado trabajo, demasiadas horas de trabajo, salarios bajos, etc. Obviamente, las posibilidades de rechazar este tipo de trabajos –y tener un mínimo de poder de negociación- proviene solamente de la capacidad de los padres de mantenerlos (y probablemente también de la disminución de las expectativas de estos jóvenes de tener una vida independiente). Esto es, aquellos que no tengan fuentes alternativas de ingresos –padres sin recursos suficientes, herencias sustanciales, rentas

²⁵² ABHIJIT & GAURAV, “How important are matching fictions in the labor market? Experimental and Non-experimental evidence from a large Indian firm”, *Working paper*, 2018, citado en BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 197.

alternativas, etc.- tendrán que aceptar este tipo de empleos que otros en mejor posición rechazan. En general, siempre que una empresa use el desequilibrio en el poder de negociación para intentar imponer salarios por debajo de lo que los trabajadores están dispuestos a aceptar (salario de reserva) se generará desempleo²⁵³.

Así, la razón principal de la desigualdad del poder de negociación, y de la inexistencia de autonomía de voluntad real, que exige la intervención del Derecho del trabajo, proviene de la carencia de fuentes alternativas de subsistencia –no tener capital– más allá de la venta de la fuerza del trabajo: esto es, vivir del trabajo.

Esta cuestión también explicaría, a la inversa, el debilitamiento del Derecho del trabajo. Los años dorados de crecimiento económico mejoraron sustancialmente las posiciones de muchos de los trabajadores. Los buenos salarios, y la seguridad económica, permitió la adquisición de propiedades para arrendar, la inversión en participaciones societarias en bolsa, en fondos de inversión o en pequeñas empresas que liberaron a muchos ciudadanos de la necesidad de trabajar como fuente única de ingreso. De esta forma, parte de los trabajadores –la parte “alta” de la clase trabajadora– puede ver innecesaria la existencia del Derecho del trabajo ya que esas fuentes alternativas de ingresos les otorgan ahora la seguridad económica que previamente les concedía el Estado del bienestar y el Derecho del trabajo. Estaríamos ante una especie de “muerte” por éxito del Derecho del trabajo, el cual tuvo su explosión gracias a la “caída” en desgracia de la pequeña burguesía. De esta forma, la recuperación del estatus económico de esta parte de la sociedad, gracias precisamente al Derecho del trabajo, puede haber procurado que actualmente esta regulación pierda su apoyo.

Esto vendría en línea con lo visto anteriormente respecto al voto de los ciudadanos. Muchos de los votantes conocedores de que las políticas conservadoras pueden dañar a su posición, y derechos, como trabajadores les votan igualmente dado que estos partidos protegen su “otra” agenda. Así, el desinterés de los votantes por la regulación laboral como fuente determinante de su voto y la consecuente indiferencia de los partidos políticos –incluido progresistas– puede que provenga del auge de fuentes

²⁵³ OECD, *Competition in Labour Markets*, OCDE, París, 2020.

alternativas de ingreso que los votantes desean proteger (rentas mobiliarias o inmobiliarias, herencias sin impuestos, etc.).

Este efecto es el resultado de un elaborado plan de acción. En este sentido, en 1976, en pleno enfrentamiento ideológico con la URSS, se presentó ante el Congreso de EEUU un informe, confeccionado por el propio comité de economía del Congreso, que defendía la conveniencia de promocionar que la mayoría de ciudadanos de EEUU se convirtieran en propietarios de parte del capital empresarial como forma de integración de los ciudadanos en el sistema capitalista²⁵⁴. De esta forma, el incremento en el número de “propietarios” se vio como muro de contención del comunismo. Con independencia del éxito o fracaso de este objetivo, menos dudas presenta el hecho de que el ciudadano que es trabajador, pero a la vez propietario –de acciones, de inmuebles- verá sus intereses divididos mientras “lo económico” y lo “social” se vean como antagonistas.

De esta forma, parece plausible que esta parte “alta” de la clase trabajadora –con mayores contactos en política que el resto de la clase trabajadora- teniendo garantizada la seguridad económica mediante otros medios decida reivindicar políticamente intereses distintos a los del grueso de trabajadores.

En cualquier caso, existen otras causas que debilitan, en todo caso, la posición negocial del trabajador frente al dueño del capital. Como se ha señalado por la doctrina en multitud de ocasiones²⁵⁵ el capital es más líquido y móvil, lo que permite a los dueños del mismo un mejor control sobre la demanda de trabajo. Por el contrario, un trabajador no puede acumular su trabajo, ni guardarlo para un momento en el que el mercado sea más propicio. El trabajo se ejecuta o se pierde. Así, la premura por “vender” el trabajo, dado que de lo contrario se desperdicia y no se recupera, debilita la posición negociadora de todo trabajador –incluso de aquellos que hipotéticamente tuvieran fuentes alternativas de ingresos.

²⁵⁴ U.S. CONGRESS, JOINT ECONOMIC COMMITTEE, 1976 *Joint Economic Report*, S rpt. 94-960 Congress 2^o session, Government Printing Office, Washington, 1976, p. 100.

²⁵⁵ DEAKIN & WILKINSON, “Justifications and techniques of legal regulation of the employment relation”, en COLLINS, DAVIS & RIDEOUT (ed.), *Legal regulation of the employment relation*, Kluwer Law international, Collins, Londres, 2001, p. 42; BLAIR, R. D. & HARRISON, J. L., *Monopsony in Law and Economics*, Cambridge University Press, 2010, p. 81; MUNDLAK, G., “The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 318.

Aun así, estas dos razones vistas hasta ahora no son las únicas que desencadenan la existencia de una desigualdad de negociación, falta un tercero factor. En efecto, pensemos por un momento en el caso de un jugador de fútbol de élite como Messi. Es un trabajador que no tiene fuentes alternativas de ingresos y cuyo trabajo es más peregrino que ningún otro al verse forzado a retirarse antes de los cuarenta años. Así, Messi sabe que lo que no obtenga por su prestación de servicios como futbolista durante su juventud no lo va a percibir nunca. Una situación que le debería colocar en una situación de alta debilidad negociadora. Sin embargo, si por algo es conocido este jugador es por su astronómica retribución, lo que significa que sí tiene poder de negociación. El tercer factor que elimina toda posibilidad de equilibrio en el poder de negociación entre capital y trabajo es precisamente que los trabajadores no son Messi: la fungibilidad de los trabajadores. Así, mientras que Messi es un jugador único, uno en el mundo, la mayoría de trabajadores (el 99%) pueden ser relevados por otro. Cuanto más fácil sea reemplazar un trabajador por otro equivalente menor poder de negociación tendrá.

La fungibilidad del trabajador es otro de los hechos propiciados por los cambios económicos y tecnológicos. En primer lugar, la alta sustituibilidad proviene del anonimato del trabajador frente al mercado. De esta forma, cuando el cliente final de un producto o servicio no valora la identidad del trabajador que realizó la función – probablemente porque ni siquiera sabe quién es- el empresario tendrá grandes facilidades para relevarlo en caso de desearlo. Así, desde el momento en que los comerciantes y distribuidores comenzaron a ejercer la función de venta se inició el declive del poder de negociación de los trabajadores. Situación deteriorada actualmente dada la relevancia que actualmente tienen las marcas para los consumidores²⁵⁶.

La evolución del mercado tiende cada vez más a la utilización de una marca o signos distintivos comunes descentralizando todo lo demás –incluyendo la prestación del servicio concreto objeto de la marca-. En el mundo globalizado, tan competitivo como el actual, sin duda el activo -el capital- más importante de toda empresa es la clientela. Incluso los pequeños empresarios que luchan por hacerse un hueco en el mercado, se ven incapaces de conseguirlo cuando compiten contra grandes marcas de reconocido prestigio que utilizan economías de escala en publicidad y marketing.

²⁵⁶ TODOLÍ SIGNES, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicia”, *RDS*, 2017, p. 84.

En este contexto, el pequeño empresario se ve obligado a trabajar bajo el membrete de otra empresa para poder continuar en el mercado; su supervivencia depende de que los clientes, los cuales prefieren una marca conocida –y una determinada forma estandarizada de hacer las cosas-, les elijan sobre otras empresas. El pequeño empresario podrá mantenerse en este mundo globalizado a costa de pagar un precio muy grande: su anonimato en el mercado. Lo que les acerca, cada vez más, a la situación de desigualdad en el poder de negociación tradicional de los trabajadores. En efecto, los trabajadores son “anónimos” para el cliente final. El cliente confía en una marca –para eso existe el márketing-, siendo el trabajador sustituible desde la perspectiva del cliente.

En segundo lugar, la tecnología también incrementa las posibilidades de sustituir a los trabajadores. Mientras que los artesanos eran personal altamente formado con carreras de aprendizaje largas que dificultaba su sustitución, los operarios de maquinaria suelen necesitar menos de dos semanas de formación para poder realizar sus funciones. Ello implica que, desde la perspectiva del empresario, cualquier persona es un potencial sustituto aumentando, con ello, su poder de negociación para imponer las condiciones contractuales al trabajador que quiera –necesite- mantener su trabajo.

Por último, el alto nivel de sustituibilidad viene facilitado por otro factor: el desempleo estructural. Tal y como Marx expone en su obra “El capital”, un nivel permanente de desempleo –ejército industrial de reserva- permite hacer creíble la amenaza de despido frente a cualquier objeción o queja del trabajador para su posterior sustitución. Pero no solamente eso, sino que la simple existencia de niveles altos de desempleo es un recuerdo permanente de las dificultades de encontrar un nuevo puesto y de la necesidad de conservar el que se tiene. Una situación que reduce el poder de negociación²⁵⁷. Por el contrario, el pleno empleo permite la situación contraria; el trabajador sabe que encontrará fácilmente un nuevo empleo, mientras que el empresario temerá no poder encontrar un sustituto. Esta cuestión del desempleo no es menor, puesto que siendo el nivel de desempleo un factor que afecta al poder de negociación individual de los trabajadores, la justificación del Derecho del trabajo –y la necesidad del mismo- dependerá precisamente del nivel de desempleo del país concreto. Aquellos territorios con desempleo inexistente el trabajador tendrá mayores niveles de poder de negociación,

²⁵⁷ BAKER, *Rigged: How globalization and the rules of the modern economy were structured to make the Rich richer*, op. cit, p. 33.

haciendo las protecciones laborales menos necesarias que en aquellos otros con altos niveles de desempleo.

La desigualdad creada por los factores que se acaban de ver, ausencia de alternativas para obtener recursos, la imposibilidad de almacenar el trabajo para el futuro y la facilidad de sustitución del trabajador, (junto a otras como la aversión al riesgo de los trabajadores -miedo al desempleo-, costes de búsqueda de empleos alternativos, falta de oportunidades laborales en el mercado) provoca la inexistencia de una verdadera negociación entre las partes. El trabajador se encuentra *subordinado económicamente* hasta el punto de no poder considerar el consentimiento prestado a las condiciones laborales como libre: pilar básico de cualquier relación contractual²⁵⁸. Desde la perspectiva económica estas “fricciones”²⁵⁹ en el mercado de trabajo han sido consideradas como factores que provocan la existencia de un poder de monopsonio -o poder de negociación- del empresario que conduce a ineficiencias: i) Reducción nivel de empleo total; ii) reducción de producto; iii) Mayores precios en el mercado de productos²⁶⁰.

Desde la perspectiva jurídica, esta subordinación económica concede al empresario un poder discrecional para fijar las horas de trabajo, el salario, las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, etc., sin que el trabajador pueda negarse por miedo a perder su trabajo. Si esto no fuera suficiente, la subordinación económica pone en riesgo el resto de derechos que el trabajador pueda tener como ciudadano incluido los reconocidos en la Constitución. De esta forma, la dignidad, la libertad de expresión, de asociación, de pensamiento, la intimidad, pueden verse afectados en la relación laboral salvo que se ponga límites. Valores liberales inherentes a la persona que desaparecerían si la relación laboral se dejara en manos de la oferta y la demanda.

Así las cosas, restringir y regular este poder unilateral del empresario se vuelve un objetivo principal del Derecho del trabajo como forma de reducir el desequilibrio de

²⁵⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, op cit., p 45.

²⁵⁹ BASU, P., “Understanding Labour Market Frictions: An Asset Pricing Approach”, *Bulletin of Economics Research*, v. 61, n.4, 2009, pp. 305-324.

²⁶⁰ NAIDU, S., POSNER E. A. & WEYL G., “Antitrust Remedies for Labor Market Power”, *Harvard Law Review*, v. 132, disponible en https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf, 2018, p. 554; MANNING, *Monoposony in Motion: Imperfect competition in Labor Markets*, op. cit, p. 4; OECD, *Competition in Labour Markets*, op. cit.

poder de negociación. Siendo inviable dar por válido el consentimiento del trabajador derivado de la desigualdad en el poder de negociación, se hace necesario buscar alternativas jurídicas que legitimen la relación contractual. De esta forma, el Derecho del trabajo busca reequilibrar el poder de negociación con objeto de proveer de un resultado más balanceado²⁶¹ y que reduzca el poder de monopsonio -poder de negociación- del empresario. De hecho, la propia OCDE²⁶² contempla que es oportuno establecer regulaciones que corrijan las distorsiones creadas por la acumulación de poder en manos de los empleadores. Concretamente, establece que la negociación colectiva y los salarios mínimos pueden representar una solución.

3. Crítica al desequilibrio en el poder de negociación como justificante del Derecho del trabajo

Desde parte de la doctrina económica se ha censurado el uso de la desigualdad en el poder de negociación como justificante de la regulación laboral²⁶³. Se argumenta, de un lado, que en todo intercambio existe distinta utilidad –interés- en acceder al mismo, esto es, siempre hay una parte más interesada que otra, pero ello no impide *per se* que el intercambio beneficie a ambas. De otro lado, y en esta misma línea, se sostiene que en el mercado de trabajo nadie “fuerza” a un empleado a aceptar las condiciones ofrecidas y que si el empresario ofrece condiciones no satisfactorias el trabajador simplemente puede buscar otro trabajo.

Esta crítica cae en el error de equiparar la aptitud formal de prestar consentimiento con una verdadera autonomía de la voluntad. Una cuestión es poder rechazar formalmente un trabajo, o incluso dimitir para buscar otro mejor, y la otra que esta oportunidad exista realmente para un trabajador que vive de su trabajo. En primer lugar, este posicionamiento presupone que se dan alternativas de empleo reales y que encontrar estas tiene pocos costes para el trabajador. Sin embargo, en economías con altos niveles de desempleo o informalidad las posibilidades reales de encontrar empleo para ciertos perfiles –poco formados- son bajas y, en cualquier caso, muy costosas –tiempo de búsqueda de empleo, pérdida de ingresos mientras se busca, etc...-.

²⁶¹ DAVIES, P. & FREEDLAND, M., *Kahn-Freund's Labour and the Law*, op. cit., p. 8.

²⁶² OECD, *Competition in Labour Markets*, op. cit., p. 47.

²⁶³ ALCHIAN & ALLEN, *University Economics*, 3 ed., 1972, p. 427.

Adicionalmente, esta teoría se basa en la información perfecta y racionalidad de la persona, es decir, presupone que el trabajador *sabe* que puede encontrar otro trabajo con mejores condiciones y que lo abandonará para hacerlo. Como ya hemos dicho, la primera objeción es que es posible que ese hipotético puesto no exista o sea muy costoso de encontrar. No obstante, incluso si no fuera así, también es posible que un trabajador en una situación precaria no quiera jugar a la ruleta con la alimentación propia y de su familia prefiriendo aceptar unas condiciones indeseadas que arriesgarse a acabar en una situación peor. De esta forma, el miedo –aunque sea irracional-, o la aversión al riesgo característica de los trabajadores, puede impedirles que accedan a mejores condiciones laborales. Concretamente, el estudio de Cardoso et al²⁶⁴ muestra como las percepciones erróneas sobre el nivel de desempleo y el estado del mercado de trabajo afectan a la voluntad de los trabajadores de aceptar menores salarios.

En general, los estudios empíricos apoyan la baja movilidad de los trabajadores para obtener el salario “merecido” -salario equivalente a la productividad marginal-. Así, varios estudios han demostrado que los trabajadores no responden a las disminuciones de salario buscando otros empleos -como debería ser si el mercado funcionara de forma eficiente-²⁶⁵. Las principales razones dadas son; las preferencias de los trabajadores, los costes de la movilidad, la falta de información sobre las oportunidades laborales y la aversión al riesgo de los trabajadores.

En definitiva, la diferencia de poder de negociación, basada en el alto nivel de sustituibilidad -nivel de desempleo y el anonimato en el mercado - y la inexistencia de forma alternativa de obtener ingresos -no tener capital- justifica la existencia de protecciones laborales, de estándares mínimos imperativos decididos por el legislador²⁶⁶ y de reglas que promuevan la negociación colectiva como forma de equilibrar la

²⁶⁴ CARDOSO ET AL, “Firms and Labor Market Inequality: Evidence and Some Theory”, *NBER*, Working paper 22850, 2016, p. 17.

²⁶⁵ SOKOLOVA, A. & SORENSEN, T., “Monopsony in Labor Markets: A Meta-Analysis”, *IZA Institute of Labor Economics*, Discussion Paper Series n. 11966, 2018, disponible en <http://ftp.iza.org/dp11966.pdf>; HIRSCH, B., T. SCHANK & SCHNABEL, C., “Differences in Labour Supply to Monopsonistic Firms and the Gender Pay Gap: An Empirical Analysis Using Linked Employer-Employee Data from Germany”, *Journal of Labor Economics*, v. 28, n. 2, 2010, pp. 291-330; WEBBER, D. A., “Firm Market Power and the Earnings Distribution”, *US Census Bureau Center for Economic Studies*, Paper n. CES-WP- 11-41, 2011, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1969785>; OECD, *Employment Outlook*, op. cit., disponible en <https://doi.org/10.1787/9ee00155-en>.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ NIETO, L. A., “Los derechos irrenunciables en el ámbito laboral. Validez de la renuncia individual de derechos colectivos”, *Diario La Ley*, n. 9211, 2018, pp. 0–1.

situación. Lo que no parece posible, por el contrario, es justificar, unas condiciones laborales precarias basándose en la posibilidad, más formal que real, de que el trabajador pudiera hipotéticamente encontrar otro empleo mejor.

VII. LA (PRE)DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA

1. *El incremento de la desigualdad en el reparto de la riqueza generada*

1.1 *El incremento de la desigualdad*

La desigualdad en el poder de negociación entre el empresario y el trabajador no solamente provoca condiciones laborales abusivas, degradantes, peligrosas y, en definitiva, alejadas de toda noción de prestación de consentimiento real por parte del trabajador al no tener más remedio que aceptarlas, sino que también desencadena desequilibrios a nivel macroeconómico: desigualdad social.

Los salarios son el mayor instrumento de distribución de la riqueza generada en una economía. De esta forma, una disminución del poder de negociación de los trabajadores provocará un incremento de la desigualdad social polarizando la sociedad entre los que tienen capital y los que carecen de él.

Este es un efecto que se ha visto en los últimos años. Correlacionado con el declive del Derecho del trabajo en las economías occidentales ha aparecido una constante y permanente reducción de la proporción que obtienen los asalariados de la renta generada en la economía –o en una empresa concreta. En el caso de EEUU en el periodo 1970 a 2019 la participación de los trabajadores en la renta nacional disminuyó un 6%, lo mismo ocurre en España, que pasa del 62% al 55% e Italia que pasa del 59 al 52%. En otros países como Alemania y Francia aunque ha habido igualmente reducción esta ha sido menor pasando del 66% al 64% en el primer caso y del 65% al 62% en el segundo²⁶⁷.

La explicación de esta reducción de la renta percibida por los asalariados en los últimos cuarenta años puede responder a múltiples factores²⁶⁸. A efectos de lo que aquí interesa se expondrán dos: de un lado, el Derecho del trabajo como normativa efectiva para la redistribución, de otro lado, el incremento de la automatización y globalización

²⁶⁷ Todos datos extraídos de Federal Reserve Bank de Saint Louis <https://www.stlouisfed.org/>

²⁶⁸ Para ver un resumen de los factores que explican el incremento en la desigualdad salarial consultar STONE K., *From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace*, op. cit, pp. 261 y ss.

como factores que reducen aún más el poder de negociación de los trabajadores incrementando con ello el desequilibrio.

1.2 El Derecho del trabajo como redistribuidor de la renta.

En el conflicto capital-trabajo, esto es, en la división entre los que viven de las rentas del capital y aquellos que, carentes del capital, deben vender su fuerza de trabajo, el salario es la forma mayoritaria de reparto de la renta²⁶⁹. De esta forma, el salario deja de ser una simple “condición salarial”, para ser una forma de redistribución de la riqueza generada en un país. Una redistribución que, lejos de ser puramente meritocrática, responderá al poder de negociación de cada una de las partes involucradas²⁷⁰.

Tal y como expuse en *Salario y productividad*, aunque la teoría económica ortodoxa sostiene que el salario que los empresarios pagan es igual al producto del valor marginal de la productividad del trabajador²⁷¹, la realidad funciona de manera muy distinta.

De acuerdo con esta teoría, el empresario pagará conforme al rendimiento exacto que cada trabajador le produce a ese empresario. En un mercado competitivo donde la empresa debe minimizar los costes para mantenerse en el negocio, los empleadores solo concederán aumentos de salario cuando la productividad de éste haya aumentado²⁷². Según esta teoría económica, si algún empresario pagara más que la productividad marginal de ese trabajador, la empresa quedaría fuera del mercado puesto que sus productos tendrían un sobre coste que incrementaría los precios haciendo que los consumidores los rechazaran. Por su parte, esta teoría también predice que, si un empresario pagara menos del valor marginal de la productividad del trabajador²⁷³, estos

²⁶⁹ Aunque existen otras como las subvenciones, rentas de inclusión, etc. Esto es, el Estado mediante los impuestos al capital puede, posteriormente, redistribuir la renta generada mediante transferencias a los carentes de capital.

²⁷⁰ Sobre cómo se determinan los salarios en la economía o en una empresa ver TODOLÍ SIGNES, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicia”, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

²⁷¹ CLARK, J.B., “The possibility of a scientific law of wages”, *Publications of the American Economic Association*, n. 4, 1889, p. 39-69. Para ver un estudio detallado de esta teoría ver TOBIN, J., “Neoclassical theory in America: J.B. Clark and Fisher”, *American Economic Review*, n. 75 (6), 1985, p. 28-38.

²⁷² HENEMAN R. L., & WERNER J. M., *Merit pay; Linking pay to performance in a changing world*, Information Age Publishing (2º ed), Greenwich, Connecticut, 2005, p. 34.

²⁷³ La productividad marginal del trabajador hace referencia a cuanto aumenta el producto obtenido por el trabajador añadiendo una hora de trabajo más.

dejarían su trabajo y se marcharían a otra empresa que les pagara su valor marginal (productividad marginal).

Sin embargo, esta teoría no responde a la realidad²⁷⁴. Como ya se ha señalado anteriormente, existen muchas razones por las que un trabajador no “se marcharía a otra empresa” que le pagara el completo valor que aporta con trabajo. La primera razón es que puede no existir otras oportunidades laborales mejores. En segundo lugar, el trabajador puede no conocer el verdadero valor que aporta su trabajo en la organización. En tercer lugar, el miedo al desempleo puede impedir que el trabajador pida en la empresa lo que le corresponde.

Así lo muestran los estudios empíricos. Por poner un ejemplo, de acuerdo con un análisis realizado por la OIT²⁷⁵, durante el periodo 1999-2013, el incremento de productividad laboral media fue el doble que el incremento de los salarios medios. También la OCDE corrobora estos datos estableciendo que el salario real medio en los países desarrollados entre 1995 y 2013 creció anualmente de media un 0,8% mientras que la productividad laboral aumentó un 1,5%²⁷⁶. Esto es, mientras que el valor que aporta un trabajador a la empresa se duplicó los salarios continuaron igual quedándose todo el beneficio de esos incrementos de la productividad laboral la parte propietaria del capital. En definitiva, la realidad es que el salario del trabajador dependerá de una negociación – y no de ningún hecho objetivo- y del poder que ostente cada una de las partes en la negociación.

Por ello, y partiendo de que, como se ha visto, existe un desequilibrio entre el poder de negociación del empresario y del trabajador, habitualmente, este último obtendrá mucho menos del valor que aporta a la empresa y a la economía. De aquí que el debilitamiento de las instituciones laborales en los últimos cuarenta años hayan sido un

²⁷⁴ MANNING, “The elusive employment effect of the minimum wage”, *Journal of Economic Perspectives*, 2020, disponible en <http://eprints.lse.ac.uk/107415/>

²⁷⁵ OIT, *Informe mundial sobre salarios 2012/2013*, Ginebra, 2013, p. 48-49, grafico 36. Para el caso de España los datos arrojan los mismos resultados, CRUCES AGUILERA J., *Los salarios en España 2005/2010. Moderación salarial, pérdida de peso en la distribución de la renta y desigualdades salariales*, Estudios de la Fundación 1º de mayo, 2010, p 22-25.

²⁷⁶ OCDE, “Decoupling of wages from productivity: What implications for public policy?”, *OCDE Economic Outlook*, v. 20, n. 2, 2018, p. 51-65.

factor clave, tanto para la reducción de la renta del trabajo percibida, como para la polarización de la misma.

En efecto, diversos estudios empíricos confirman los impactos positivos del salario mínimo y de la cobertura de la negociación colectiva como instituciones efectivas que mejoran el poder de negociación de los trabajadores²⁷⁷.

Concretamente, una amplia mayoría de los estudios empíricos demuestran que la elevación del salario mínimo a través de la legislación conduce a mejoras reales del salario percibido por los trabajadores²⁷⁸. Este aumento era criticado por la doctrina económica ortodoxa alegando que también conducía a un incremento del desempleo. Esta crítica es coherente con los principios de la oferta y la demanda neoclásica. Esto es, si aumentas artificialmente –mediante la ley o el convenio colectivo– el precio de una cosa, la gente comprará menos de ese producto generando excedente. Basándose en esta teoría clásica, los economistas²⁷⁹ de los años ochenta y noventa recomendaban la eliminación de las leyes de salario mínimo. También las instituciones económicas de mayor prestigio como la OCDE ²⁸⁰, en un informe sobre las políticas más deseables para el mercado de trabajo, recomendaba a los países “reducir el rol del salario mínimo como instrumento de redistribución”. Sin embargo, pasados los años, y con un aumento notable en los estudios que han fracasado en el intento de demostrar la validez de la teoría neoclásica, actualmente, hay un interés creciente en el uso de los salarios mínimos como forma de redistribuir el poder de negociación en todos los países.

²⁷⁷ DENICE, P. & ROSENFELD, J., "Unions and Non-union Pay in the United States, 1977-2015", *op. cit.*; WESTERN, B. & ROSENFELD, J. "Unions, Norms, and the Rise in U.S. Wage Inequality", *op. cit.*; HIRSCH, B. T., "What Do Unions Do for Economic Performance?", *op. cit.*; CARD & KRUEGER, *Myth and measurement: The New Economics of the Minimum Wage*, *op. cit.*; NICKELL, S. J. & M. ANDREWS, "Unions, Real Wages and Employment in Britain 1951-79", *op. cit.*; JAUMOTTE, F. & C. OSORIO BUITRON, C., "Inequality and labor Market Institutions", *op. cit.*; ABDIH, Y. & DANNINGER, S., "What Explains the Decline of the U.S. labor Share of Income? An Analysis of State and Industry Level Data", *op. cit.*; ÁLVAREZ ET AL., "Missing Links in the Inclusive Growth Debate: Functional Income Distribution and Labor Market Institutions", *op. cit.*

²⁷⁸ MANNING, "The elusive employment effect of the minimum wage", *op. cit.*, y todos los allí citados.

²⁷⁹ BROWN, "Minimum wage laws: are they over-rated?", *Journal of economic perspective*, n. 2, 1988, pp. 133-145.

²⁸⁰ OECD, *Jobs study*, París, 1994.

Un informe conjunto del FMI, el banco Mundial, la OCDE y la OIT²⁸¹ estableció que el salario mínimo fijado a un nivel apropiado puede aumentar la participación de los trabajadores en la renta sin afectar a la demanda de empleo especialmente para los trabajadores con peores condiciones de trabajo²⁸². También la OCDE parece haber adoptado una visión mucho más positiva del potencial del salario mínimo de la que tenía. Concretamente, en un informe de este organismo internacional²⁸³ sostiene que el salario mínimo puede ayudar a asegurar una justa recompensa por el trabajo, así como, si es moderado y está bien diseñado, evitar reducciones de empleo.

En los últimos años, y derivado de una gran cantidad de estudios empíricos que demuestran que el incremento del salario mínimo no destruye empleo²⁸⁴, ha habido un gran cambio en la aproximación al salario mínimo, pasando de exigir su eliminación a debatir sobre cuál es el salario mínimo apropiado. Efectivamente, la clave parece estar en una cuestión del nivel del salario mínimo. Cuando los salarios están excesivamente bajos, porque las empresas pueden extraer gran parte del beneficio gracias a su poder de negociación, un aumento del salario mínimo permitirá una mejor redistribución, a la vez que no tendrá efectos negativos sobre el empleo puesto que las empresas seguirán obteniendo suficientes beneficios por cada trabajador. De esta manera, como señalan los informes citados, el salario mínimo permitirá una mejor distribución de los beneficios generados en la empresa sin que ello ocasione desempleo.

En este sentido parece apuntar la UE que desea establecer una directiva sobre salario mínimo para garantizar o incentivar que los países cuenten con un salario mínimo obligatorio. De acuerdo con la propia Comisión Europea esta normativa viene justificada porque en los últimos años los salarios bajos no han seguido el ritmo de aumento del resto

²⁸¹ ILO, OECD, IMF & WORLD BANK, *Boosting Jobs and living standards in G20 countries*, p. 12 disponible en http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_183705.pdf

²⁸² Traducción propia del original en inglés “statutory minimum wage set at an appropriate level may raise labour force participation at the margin, without adversely affecting demand, thus having a net positive impact especially for workers weakly attached to the labour market”

²⁸³ OECD, *Employment Outlook*, Paris, 2018, P. 72.

²⁸⁴ MANNING, “The elusive employment effect of the minimum wage”, *op. cit.*; REICH, M., JACOBS, K., BERNHARDT, A. & PERRY, I., “The Proposed Minimum Wage Law for Los Angeles: Economic Impacts and Policy Options”, *UC Berkeley ILRE*, March 2015; CHLETOS, M. & GIOTIS, G. P., “The employment effect of minimum wage using 77 international studies since 1992: A meta-analysis”, *MPRA*, Paper n. 61321, University of Munich, 2015; CARD & KRUEGER, *Myth and measurement: The New Economics of the Minimum Wage*, *op. cit.*

de salarios superiores. Esto es, derivado de un incremento de la polarización salarial²⁸⁵. De hecho, se indica de forma clara que esta regulación, a través del salario mínimo, viene a ser necesaria porque la negociación colectiva, hasta el momento garante de la igualdad salarial, ha quedado debilitada en muchos países de la Unión. De esta forma, a falta de negociación colectiva fuerte, la ley debe tomar cartas en el asunto a través de un salario mínimo. Lo más interesante es que estos informes de la UE apuntan a que el salario mínimo óptimo sería el 60% del salario mediano de un país. Esto es, la Unión Europea concreta que, por debajo del 60% del salario mediano de un país, no puede considerarse un *salario digno* y, por ello, la necesidad de fijar una prohibición a este tipo de bajas retribuciones²⁸⁶.

Adicionalmente, otras instituciones, como los límites al despido unilateral, pueden llevar al mismo efecto equilibrador del poder de negociación. Dado que el miedo al despido puede provocar un poderoso efecto disuasorio a la hora de solicitar el salario merecido conforme al valor aportado, una efectiva protección contra despidos arbitrarios mejorará la situación del trabajador para negociar. De la misma manera, un tope máximo a la jornada laboral, no solo protegerá al trabajador de sobre esfuerzos, sino que el reparto del trabajo y la consecuente reducción del desempleo, reducirá las posibilidades de un trabajador de ser sustituido, lo que de nuevo mejorará su poder de negociación.

1.3. La tecnología y la globalización como factores que reducen el poder de negociación.

No es solamente que los trabajadores en los últimos 40 años no participen en el crecimiento generado por la economía es que, de facto, están viendo reducida su capacidad de compra. Esto es, a pesar de que la economía ha crecido, y ha generado riqueza, los trabajadores han visto congelado sus salarios reales –capacidad de consumo–

²⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Document. Second phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages*, Brussels, 2020.

²⁸⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Document. Second phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages*, op. cit. Sobre el concepto de trabajo decente ver, GIL Y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 15, 2012, pp. 77–120; SEN, A., “Trabajo y derechos”, *Revista Internacional Del Trabajo*, v. 119, n. 2, 2000, pp. 129–140.

o, concretamente para trabajadores sin carrera universitaria, los han visto reducidos entre un 10% y un 20%²⁸⁷.

Mientras que algunos economistas apuntan como culpables de este deterioro en los ingresos recibidos por los trabajadores a los cambios políticos y normativos sufridos en las últimas décadas –no olvidemos que el comienzo del deterioro coincide exactamente con la era Regan-Thatcher²⁸⁸- otros apuntan a transformaciones estructurales de la economía²⁸⁹.

En este sentido, se argumenta que el menoscabo de los salarios coincide también con los dos grandes retos del mercado de trabajo. Primero, la globalización²⁹⁰. En 1978 China comenzó su orientación al mercado e India en 1984 empezó la liberalización. Dos países que han llegado a convertirse en una fuente de mano de obra para el mercado mundial incrementando el miedo a la deslocalización productiva y a la pérdida de empleo. Efectivamente, la globalización –y actualmente, con plataformas como *Amazon Mechanical Turk*, la mundialización del trabajo- ha traído una nueva perspectiva a la sustituibilidad del trabajador como factor debilitante del poder de negociación.

Los estudios empíricos²⁹¹ corroboran que la posibilidad de la deslocalización, o la simple amenaza de la deslocalización productiva, provoca una pérdida de poder negociador de los trabajadores que aceptan disminuciones de salario para evitar perder el empleo. Estos autores observan que, en los casos analizados, ni siquiera la acción coordinada y colectiva de todos los trabajadores de una empresa o de un país han podido

²⁸⁷ AUTOR, D., “Work of the Past, Work of the Future”, *op. cit.*

²⁸⁸ PIKETTY, T., *Capital in the Twenty-First Century*, The Belknap Press, 2017. También HOWELL, D. (“Theory-Driven Facts and the Growth in Earnings Inequality”, *Rev. Rad. Pol. Econ*, n. 31, 1999) analiza países que han observado el mismo tipo de cambio tecnológico pero que han sufrido grandes diferencias en la distribución de la renta. Así, por ejemplo, Francia ha visto disminuida la participación de los trabajadores en la renta mucho menos que en EEUU, apuntando este autor a las diferencias sufridas en los cambios políticos y normativos entre ambos territorios.

²⁸⁹ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, *op. cit.*, p.243; KATZ (“Industry Studies of wage inequality: Symposium introduction”, *Ind. and Lab. Rel Rev.*, n. 54, 2001) sostiene que los cambios en la organización empresarial son un factor relevante para explicar la desigualdad de rentas de los últimos años.

²⁹⁰ Ver en profundidad BAYLOS GRAU, A. P., “Globalización y derecho del trabajo: Realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 15, 1999, pp. 19–49 y BAYLOS GRAU, A. P., “Representación y representatividad sindical en la globalización”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 19, 2001, pp. 69–94. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El Derecho del Trabajo en la era de la globalización”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, n. 2, 2002, pp.161–178.

²⁹¹ EPSTEIN & BURKE, *Threat effects and the internationalization of production*, PERI (University of Massachusetts Amherst, working paper series n. 15, 2001).

evitarlo. Convirtiendo así la globalización en una las principales causas de pérdida de poder de negociación salarial de los trabajadores en los últimos años²⁹².

Por otro lado, están los efectos de la automatización y la digitalización. También los años 70 y 80 fueron el inicio de la carrera por la computarización de la economía (IBM lanzó su primer ordenador personal en 1981). De nuevo, los efectos de la automatización no han sido buenos para los que solamente poseen su fuerza de trabajo. De esta forma, de un lado, en empresas manufactureras gran parte de los trabajadores han sido despedidos ocasionando, en el resto de trabajadores, que la amenaza de perder el empleo frente a una maquina haya contenido los salarios cuando no los ha reducido directamente²⁹³.

De esta forma, la automatización y la digitalización crea un doble efecto sobre el poder de negociación de los trabadores. Primero, el incremento del valor del capital frente al trabajo: cuanto mejor sea la tecnología –más productiva- más valor tendrá el capital que permite comprarla. Imaginen el caso extremo en el que la IA sea capaz de desarrollar todas las tareas intelectuales y físicas de un humano: en este punto extremo, la persona sería innecesaria para producir lo que provocaría un poder de negociación nulo de los trabajadores. Obviamente, estamos muy lejos de este punto, y es posible que nunca lleguemos a él²⁹⁴, no obstante, conforme la tecnología avanza el capital adquiere mayor poder de negociación.

Segundo, la simple amenaza de la automatización puede producir un efecto disuasorio de las subidas salariales. Si los trabajadores reclaman incrementos salariales – aunque sea para mantener el poder adquisitivo- la empresa puede decidir invertir en

²⁹² MESSENGER J.C. & GHOSHEH, N., (Dir.), *Offshoring and working conditions in remote work*, OIT, Ginebra, 2010. Sobre los retos de Estado del bienestar ver, ADELANTADO, J., & CALDERÓN, E., “Globalización y estados del bienestar: ¿respuestas semejantes a problemas parecidos?”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23(2), 2005, pp. 15–44; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Globalización y negociación colectiva: el papel del diálogo social en el futuro de Europa”, *Revista Universitaria de Ciencias Del Trabajo*, 5, 2004, pp. 683–706.

²⁹³ ACEMOGLU & RESTREPO, “Robots and Jobs: Evidence from US Labour Markets”, *op. cit.*; ACEMOGLU & RESTREPO, “Secular stagnation? The effect of aging on economic growth in the age of automation, American Economic growth in the age of automation”, *op. cit.*

²⁹⁴ Como opinan una buena parte de los mayores expertos del mundo en la materia entrevistados por FORD, *Architects of intelligence: the truth about AI from the people building it*, Packt Publishing, Birmingham, UK, 2018.

automatizar los puestos. Sabiendo esto, los trabajadores pueden decidir no exigir aumentos salariales o aceptar reducciones salariales para, al menos, mantener su trabajo.

Retomando la pregunta sobre qué ha causado la reducción de los salarios y el incremento de la desigualdad en la distribución de la riqueza generada; la realidad es que ambos hechos apuntan a la misma consecuencia. De esta forma, el debate entre si fue causado por los cambios en la política (reducción de protecciones laborales y de impuestos) o los cambios estructurales en la economía (globalización y automatización) tiene poco de interés porque, en cualquier caso, sea cual sea la causa originaria, la realidad es que ambos originan el mismo efecto: la reducción de poder de negociación. Así, salvo que se pretenda revertir el proceso de globalización o de automatización, de las tres causas el único que parece alterable es la política. Con objeto de restituir el poder de negociación de los trabajadores, y reequilibrar el reparto de rentas, parece necesario empoderar las instituciones laborales que otorguen el poder de negociación perdido por los trabajadores.

Sin embargo, no parece suficiente devolver el estado del Derecho del trabajo al que existía en los años 80 para conseguir el objetivo. De un lado, porque los problemas a los que se enfrentan los trabajadores actualmente son muy distintos. De otro lado, porque con la globalización y la automatización la erosión del poder de negociación actual es mucho mayor del que existía previo al periodo Regan-Thatcher. De esta forma, parece necesario el establecimiento de instituciones más fuertes, probablemente a nivel internacional, que permitan detener la erosión del poder adquisitivo y de las condiciones de vida de aquellos que viven de su trabajo.

2. Meritocracia y justicia distributiva

El valor de la meritocracia, entendida como la justicia de recibir lo que cada uno se merece, está fuertemente arraigado en nuestra sociedad. Un valor que responde a dos objetivos distintos. De un lado, la meritocracia asegura una correcta asignación de los incentivos. En efecto, si el sistema económico asegura a los agentes económicos que percibirán las ganancias de lo producido o creado, estos tendrán los correctos incentivos para llevarlo a cabo. Por el contrario, en una sociedad dónde los esfuerzos individuales no son recompensados existirán muy pocos estímulos para realizarlos.

De otro lado, en la teoría de la justicia²⁹⁵ “obtener aquello que se merece” es un principio de justicia básico. Una sociedad no puede ser justa –con independencia de los incentivos que genere- si no asegura –o procura asegurar- que cada ciudadano obtenga una participación de aquello que ha ayudado a generar o construir.

De esta forma, la desregulación en el mercado laboral, al no conseguir un reparto equilibrado de los beneficios originados, puede ser criticada desde las dos perspectivas: de un lado, por no generar los correctos incentivos que permitan originar más valor, de otro lado, por no distribuir justamente las rentas conforme al valor aportado por cada uno.

Los autores clásicos estaban muy preocupados por asegurar que la “extracción de rentas” por parte de los sectores improductivos de la sociedad no impidiera el crecimiento económico. François Quesnay (1694-1774), considerado en muchas ocasiones como “El padre de la Economía”, dividió la sociedad en tres clases. En primer lugar, la parte productiva compuesta principalmente por los agricultores que trabajaban la tierra. En segundo lugar, la parte que transformaba esta producción como artesanos y comerciantes y, en tercer lugar, la clase improductiva o “estéril” en la que formaban parte los terratenientes, la nobleza y el clero. En esta distribución de la sociedad, Quesnay alertaba que, si los miembros improductivos de la sociedad se quedaban demasiada porción de lo generado, la economía se pararía. Esto es, si en la distribución de la riqueza generada, los actores improductivos se quedaba una parte del pastel excesiva, los productores tendrían pocos incentivos para seguir esforzándose.

Adam Smith retomaría esta idea de los rentistas como parte improductiva de la sociedad. En este sentido, Smith, que escribía en un momento en que las sociedades capitalistas empezaban a emerger, distinto al mundo principalmente agrícola de Quesnay, añadió un nuevo elemento. De esta forma, Smith consideraba que existían tres formas de distribuir la riqueza generada por la sociedad: 1) la parte que se apropiaban los trabajadores en forma de salarios; 2) la parte de los beneficios para el capitalista; 3) la porción de la renta de la que se adueñaba el propietario de la tierra.

Smith separaba los conceptos de “renta” y de “beneficio” precisamente por la aportación de valor. Smith entendía que el capitalista aportaba valor al emprender un

²⁹⁵ RAWLS J., *A theory of Justice*, op. cit.

negocio, al arriesgar su capital para adquirir maquinaria nueva e innovar, mientras que el rentista solamente extraía valor de aquellos que lo generaban –trabajadores y capitalistas. Es decir, una vez más, la necesidad de “merecer lo que se obtiene”, y del reparto de los beneficios generados basados en el mérito, estaba presente en las teorías económicas clásicas.

Sin embargo, ya en su momento, Smith avistó que no solamente los dueños de la tierra eran extractores de rentas improductivos. Smith consideró que el problema de la renta y la extracción de valor podía extenderse a otros sujetos como, por ejemplo, los monopolios. De esta forma, disfrutar de una situación monopolística podía provocar la obtención de mayores ingresos de los merecidos, lo que lo convertiría en un rentista al quedarse con ingresos (rentas) por encima del valor realmente creado.

A partir de esta construcción del concepto de creación de valor, y de su extracción, no es difícil establecer una conexión con el poder de negociación entre el empresario y el trabajador. En efecto, un fuerte desequilibrio en el mismo que posibilite pagar a los trabajadores por debajo de su salario “merecido” provocará, de un lado, que el empresario se convertiría en un rentista –recibiendo más de lo generado- y, de otro, se reducirían los incentivos para trabajar de forma productiva.

Desarrollando esta convicción, otros economistas han extendido las ideas de la extracción de valor a las actuaciones de algunos de los empresarios e inversores capitalistas. Así, Marshall²⁹⁶ considera que el beneficio obtenido de las máquinas puede estimarse una “quasi-renta”, esto es, la retribución obtenida por un inversor, que esté por encima de la retribución del mercado del capital, y que no esté justificada por una verdadera asunción de riesgos empresariales, sería una renta no merecida.

Todo ello tiene más sentido si cabe en la época actual, en un contexto en el que las empresas “desmontadas” verticalmente asumen, cada vez, menos riesgos económicos haciendo que otros agentes asuman esas venturas, bien a través de la subcontratación – empresas mercantiles sin poder de negociación se ven obligadas a responsabilizarse de los peligros económicos-, bien a través de los despidos económicos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, inaplicaciones de convenio, etc.

²⁹⁶ MARSHALL, *Principles of economy*, Macmillian 8ª ed, 1947, p. 74.

En definitiva, un desequilibrio de poder de negociación, dejado al libre mercado, puede fácilmente convertirse en una extracción de rentas, precisamente, porque quién tiene el poder de negociación puede, de un lado, quedarse la mayor parte de los beneficios, a la vez que obliga al que carece del poder a asumir los riesgos económicos del negocio.

Este resultado poco tiene que ver con la deseada meritocracia. Así, estas posiciones de poder desequilibradas pueden ser usadas –y lo son- para impedir que otros sujetos reciban la recompensa que merecen por el valor generado, o por los riesgos asumidos, creando rentistas que extraen mayor valor del creado. Un hecho que puede ser criticado desde las teorías de la justicia distributiva, pero también desde los valores más cercanos a la libertad de mercado.

Que los operadores económicos sean recompensados conforme a su contribución y esfuerzo es una máxima del mercado. De esta forma, cuando este resultado no se produce es porque nos encontramos ante un fallo de mercado²⁹⁷. Ciertamente es que las instituciones del mercado están pensadas principalmente para generar eficiencia y crecimiento y no para distribuirlo posteriormente, sin embargo, la realidad es que sin distribución meritocrática de los beneficios obtenidos, el crecimiento se agotará rápidamente.

Como nos recuerdan habitualmente los pensadores neoliberales, si un inversor no obtiene beneficios por su inversión, no invertirá. Incluso, en este sentido, una de las máximas que más se repite en los últimos años es que si el Estado establece impuestos excesivos no habrá crecimiento porque nadie tendrá incentivos para trabajar o invertir. Todo ello está basado en la misma idea: es necesario un reparto de la riqueza generada conforme a la contribución realizada. Pues bien, lo mismo ocurre, y debe aplicarse, con los trabajadores. Si estos no reciben la parte proporcional a su esfuerzo y colaboración, los incentivos para esforzarse desaparecerán.

Así lo confirman los estudios empíricos. Cuando no existe correlación entre el esfuerzo aportado y la recompensa recibida, los trabajadores reducen de forma general su

²⁹⁷ DAVIDOV, *Distributive justice and Labour Law. Philosophical foundations of labour law*, Oxford University press, Oxford, 2018, p. 143.

nivel de esfuerzo²⁹⁸. De esta forma, el desequilibrio del poder de negociación, sin contrapesos, rápidamente provocará desmotivación y reducción de la productividad generada por los trabajadores. De aquí que quede justificado económicamente que el regulador imponga límites al uso del poder unilateral del empresario con objeto de proteger el crecimiento de la productividad.

Adicionalmente, esta no es solamente una cuestión económica, sino que, como en muchos otros casos, existe un valor social que justifica que la regulación laboral asegure –o intente asegurar- que los trabajadores sean compensados conforme la utilidad generada con objeto de reducir la sensación de injusticia.

De esta forma, además de amparar un reparto equilibrado entre capital y trabajo – mediante salario mínimo, potenciación de la negociación colectiva, etc.- existen otras normas que están justificadas basadas en la idea de justicia distributiva. Así, por ejemplo, el despido arbitrario –sin causa justa o sin motivación- choca frontalmente con la idea de mérito²⁹⁹. Por supuesto, el despido sin causa, materialmente no existe. Lo que ocurre es que el despido llamado “sin causa” será aquél fundamentado en motivaciones no laborales o de carácter discriminatorio o vulnerador de algún otro derecho. Esto es, en causas no admitidas como válidas por un sistema basado en el merecimiento de esa sanción. Así pues, dejar sin sustento económico a quién no ha realizado ninguna conducta que le haga merecedor de la misma es un proceder socialmente reprochable desde la perspectiva de la justicia: lo que justifica una regulación de carácter público que impida la privación de sustento económico a quién no ha hecho nada para merecerlo (despido sin justa causa).

Desde una perspectiva puramente racional-económica se podría sostener que ningún empresario despediría a un trabajador que fuera productivo. Pero la realidad dista mucho de acercarse a este ideal. En la cuarta temporada de la serie de *Fargo*, muestra como en EEUU, el director de un hospital privado rechaza atender a un hombre que se está desangrando por ser italiano. Cuando se le ofrece dinero en metálico más que suficiente para pagar cualquier gasto ocasionado –y producir un beneficio sustancioso- por el tratamiento médico, el director sigue negándose remitiéndoles a un auspicio público

²⁹⁸ ENGELLANDT A., y RIPHAHN R T., “Evidence on incentive effects of subjective performance evaluations”, *op. cit.*, 2011, pp. 241-257, en especial p 256.

²⁹⁹ DAVIDOV, *Distributive justice and Labour Law. Philosophical foundations of labour law*, *op. cit.*, p. 151.

dónde tratan a los de su “clase”. La misma idea se desprende, casi de forma paródica, en otra escena en la que varios bancos de Minnesota, en los años 50, rechazan la “invención” de la tarjeta de crédito como instrumento financiero porque esta propuesta provenía de una persona de color. En definitiva, con una narrativa excelente, la serie nos transmite que los empresarios tienen perjuicios e intereses distintos a obtener la máxima eficiencia –ej., para algunos ejercer poder sobre otros puede tener mayor utilidad que los beneficios económicos. De ahí la importancia de que no se deje en manos del poder unilateral del empresario ciertas decisiones; sobre todo aquellas relacionadas con los trabajadores, dado que no solamente perjudicarán al empresario, que acabaría sin un trabajador que realmente era productivo –disminuyendo la productividad-, sino que romperán con el principio de justicia basado en el mérito, perjudicando a quién no merece dicho daño.

Ahora bien, para que el ideal meritocrático se imponga en el mercado de trabajo es necesario que la prohibición de despidos sin causa sea *efectiva*. No parece suficiente, para alcanzar el objetivo de justicia meritocrático, que el despido sin causa sea declarado “ilegal” formalmente, pero materialmente no existan consecuencias verdaderamente reparadoras de tal infracción de la norma. Por esta razón, el despido sin causa debe ser censurado legalmente con consecuencias jurídicas que desincentiven su uso, so pena de que, en caso de no hacerlo, se ponga en duda la propia sociedad del mérito, así como se reduzca la productividad generada por esos trabajadores que saben que, por mucho que se esfuercen, pueden ser igualmente despedidos lo merezcan o no.

3. Eficiencia frente a justicia distributiva

3.1. La justicia distributiva

Como se ha señalado en repetidas ocasiones en este trabajo, el crecimiento económico va de la mano de la justicia distributiva. Sin una distribución equitativa o meritocrática de los beneficios generados la cooperación rápidamente desaparecerá generando conflicto e impidiendo el crecimiento –por no hablar del peligro que representará para la democracia. De ahí que se sostenga en este trabajo que la dicotomía entre “lo económico” y “lo social” es una creación artificiosa y falaz con objeto de obligar a elegir a los votantes por la primera. Sin embargo, se debe reconocer que en algunas ocasiones es posible que exista dicha dicotomía. Esto es, normas o regulaciones que, por el bien de la redistribución, puedan a corto o largo plazo mermar el crecimiento. Obviar

la potencial existencia de estas situaciones en este trabajo sería una visión tan reduccionista como la que defiende que siempre se produce este conflicto.

No obstante, precisamente por el hecho de que habitualmente se entiende que el crecimiento y la distribución están enfrentados existe numerosa literatura que trata esta colisión de intereses y cómo resolverla. La *teoría de la justicia* de Rawls³⁰⁰ se construye alrededor de la defensa de los derechos individuales frente a la eficiencia. El principio de justicia de este autor tiene como principal objetivo proteger la libertad individual -para perseguir lo que cada uno concibe como “una buena vida”- frente a la maximización de la eficiencia. En este sentido, sostiene que la provisión de los elementos básicos (comida, alojamiento, educación, etc.) debe estar garantizados incluso si causan cierta ineficiencia.

La argumentación usada por este autor para calificar esta conclusión como la más “justa” es la siguiente. Previamente a conocer cuál será la posición en el sistema de cada uno (las capacidades intelectuales, físicas, de salud con las que cada uno nacerá, la raza, nacionalidad, la fortuna o deuda que heredará, etc...) será razonable aceptar ciertas condiciones mínimas para todos. Es decir, si desconociéramos nuestra situación personal (condición llamada “el velo de la ignorancia”), sería racional aceptar cierta ineficiencia a cambio de asegurarnos frente al riesgo de “caer” en una situación de desgracia. De esta forma, todas las reglas que estaríamos dispuestos a aceptar con objetivo de corregir la “lotería” de la vida estarán justificadas.

Rawls establece una serie de ejemplos que dan apoyo a su teoría. Primero, considera razonable que se acepte que todas las decisiones importantes se tomen democráticamente, así como, que el poder coercitivo solamente se ejerza conforme a las normas preestablecidas. Efectivamente, desconociendo si vamos a nacer monarca con poder absoluto o campesino difícilmente aceptaríamos vivir en una monarquía absoluta sin imperio de la ley.

En cualquier caso, el objetivo de Rawls no es establecer qué normas mínimas concretas deben fijarse para encontrarnos ante una sociedad justa, sino en dictaminar las bases en las que estas normas deben fijarse³⁰¹. Así, con esta teoría, Rawls justifica que las

³⁰⁰ RAWLS, *Political Liberalism*, Oxford University Press, 1972.

³⁰¹ En cualquier caso, una variedad de autores sostiene que la intervención regulatoria en el ámbito de las relaciones contractuales está implícita en la teoría de Rawls, al respecto ver, COHEN, “Where the Action

leyes justas serían aquellas encaminadas a mejorar la situación de los más desfavorecidos, dado que la mejora de los que peor están en la sociedad es un axioma razonable de aceptar bajo el “velo de la ignorancia”.

Esta regla del “velo de la ignorancia” parece fácilmente trasladable al ámbito laboral³⁰². Desconociendo si vas a nacer propietario de capital o trabajador sin capital parece justo que se establezcan normas que reequilibren el poder entre ambos, aunque ello provoque cierta ineficiencia (normas antidiscriminación y que garanticen una igualdad de trato, normas que aseguren la distribución de la riqueza, la seguridad y salud de los trabajadores, la cobertura social ante imprevistos como enfermedad, accidentes, incapacidades, jubilación, jornadas máximas que permitan tener vida privada, en fin, respeto a la dignidad y demás derechos fundamentales).

No obstante, la realidad es que no siempre la teoría del velo de la ignorancia conllevará a justificar normas laborales³⁰³. En efecto, el objetivo de Rawls es de máximos, esto es, establecer condiciones que permitan la llamada “búsqueda de la felicidad”³⁰⁴ individual. Esto significa que, si existen otras soluciones válidas para conseguir este objetivo y, que además no produzcan reducción de eficiencia, habrá que optar por las mismas.

3.2 Trabajo garantizado o ingreso mínimo vital

Entre los que admiten la necesidad de una distribución justa de la riqueza existe diferentes propuestas para alcanzar el objetivo. Un caso claro ha sido la apuesta de la Unión Europea por la llamada “flexiseguridad”. El Informe sobre “Jobs, Jobs, Jobs” - conocido como el Informe Wim Kok³⁰⁵-, introduce el concepto de flexiseguridad³⁰⁶ (pese

Is: On the site of Distributive justice”, *Philosophy and Public affairs*, n. 26, 1997: MURPHY, L., “Institutions and the Demands of Justice”, *Philosophy and Public affairs*, n. 27, 1999.

³⁰² Concretamente sobre la justificación del salario mínimo como forma de prevenir las disparidades en ingresos ver, KRONMAN A., “Contract Law and Distributive justice”, *Yale Law Journal*, n. 89, 1980.

³⁰³ COLLINS, H., “Theories of Rights as Justifications for Labour Law”, en en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 145.

³⁰⁴ Proveniente de la declaración de independencia de EEUU: Life, freedom and pursuit of happiness.

³⁰⁵ WIM KOK., (Dir.) *Facing the challenge. The Lisbon strategy for growth and employment*, Ed. UE, Luxemburgo, Noviembre 2004, disponible en http://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp6-evidencebase/evaluation_studies_and_reports/evaluation_studies_and_reports_2004/the_lisbon_strategy_for_growth_and_employment_report_from_the_high_level_group.pdf

³⁰⁶ Si bien este informe lo que hace es introducir la idea en el debate Europeo, dado que el concepto de flexiseguridad tiene su origen en el sociólogo holandés Hans Adriaansens el cual es el primero en poner en circulación este término, calificándolo como el conjunto de políticas capaces de conciliar las medidas de flexibilidad, con acciones de seguridad, cuyos beneficiarios debían de ser, precisamente, los trabajadores

a no hacer mención expresa a él) el cual se centra en “encontrar el exacto equilibrio” entre flexibilidad y seguridad³⁰⁷. Bajo este prisma se busca proteger la empleabilidad del trabajador y no su puesto de trabajo. Se pretende que desaparezca toda restricción al despido (flexibilidad), pero que a cambio se asegure al trabajador que rápidamente encontrará un nuevo empleo (seguridad) Además, el concepto de flexiseguridad incluye el incremento de la seguridad de ingresos durante el tránsito (preferentemente por medio de coberturas sociales), el reajuste de la capacidad del desempleado (políticas activas de empleo) y la intensificación de la cobertura social³⁰⁸.

La política de la flexiguridad, que tuvo muchos defensores durante los primeros años de la década del 2000, fue relativamente abandonada al no producir los efectos deseados. La sangría de desempleo de la crisis económico-financiera que comienza en 2008, deja patente que las posibilidades de encontrar nuevo empleo por parte de los despedidos son simplemente ilusorias³⁰⁹. Así pues, con todo ello, en fecha 3 de marzo de 2010, la Comisión Europea da a conocer un nuevo documento titulado *Europa 2020. Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador* en el cual rectifica (en parte) la estrategia anterior de flexiseguridad y se decanta por una flexiseguridad interna³¹⁰.

En cualquier caso, la idea de reducción de las protecciones laborales –los derechos laborales- con objeto de conseguir un resultado equivalente mediante otros medios no ha cesado.

Desde la perspectiva de que el trabajo es un medio para conseguir un único fin, esto es, un ingreso, se han planteado diferentes formas de que el Estado asegure esa renta

afectados por aquellas primeras, VALDÉS DAL-RÉ F., “Flexiseguridad y mercado de trabajo”, *RL*, nº 9, 2010, p 129; En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ F., & LAHERA FORTEZA “La flexiseguridad laboral en España”, *Fundación ideas*, Documentos de trabajo n. 157, 2010, p 15, disponible en <http://www.falternativas.org/en/laboratory/documentos/documentos-de-trabajo/la-flexiseguridad-laboral-en-espana>

³⁰⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El debate de flexiseguridad en la Unión Europea (I)”, *RL*, n. 12, 2010, p 150; VALDÉS DAL-RÉ F., y LAHERA FORTEZA “La flexiseguridad laboral en España”, *op cit.*, p 25.

³⁰⁸ CABEZA PEREIRO J., & BALLESTER PASTOR M. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico español*, MTIN, Madrid, 2010, p 35.

³⁰⁹ En este sentido se ha dicho que en la última época y en este contexto económico vigente, en el de la crisis, las políticas de flexiseguridad no parece que puedan ya orientarse, como en su momento pretendieron estarlo, hacia el pleno empleo, VALDÉS DAL-RÉ F., “El debate de flexiseguridad en la Unión Europea”, *op. cit.*, p 161; VALDÉS DAL-RÉ F., & LAHERA FORTEZA, “La flexiseguridad laboral en España”, *op cit.*, p 34.

³¹⁰ RUESGA BENITO, S. (Dir.), *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, 2012, p.49.

a todos los ciudadanos, normalmente, como forma de justificar la reducción de las protecciones laborales.

La renta básica –en todas sus posibles formas y modalidades que son muchas³¹¹– acapara mucho éxito entre los dos polos políticos y económicos. De un lado, el neoliberalismo lo ve como una forma de evitar críticas ante el desempleo que la globalización y la digitalización está provocando, así como, una forma de reducir la intervención del Estado en la economía. Esto es, el Estado del bienestar dejaría de proveer directamente educación, salud etc., a cambio de entregar un cheque a los ciudadanos para que puedan adquirir estos servicios en el libre mercado. A su vez, las protecciones laborales dejarían de ser necesarias dado que si el trabajador es despedido –justa o injustamente– igualmente tendría garantizado un mínimo de ingresos. Por parte de la visión más progresista, entregar un cheque a los ciudadanos se justifica como una forma de redistribución de la riqueza. Esto es, establecer impuestos a las rentas más altas con objeto de entregar parte de esa riqueza a todos por el mero hecho de ser seres humanos.

Imaginando un mundo en el que una Inteligencia artificial de alcance general se ha creado y el trabajo humano es completamente innecesario, la renta básica, o un instrumento de redistribución similar, que grave el capital para repartir entre los que carecen de capital parece imprescindible (dentro de un capitalismo democrático). En efecto, en un mundo que el trabajo no tenga valor productivo –por ser innecesario–, será esencial establecer formas impositivas y de redistribución. Sin embargo, dado que no nos encontramos en este momento –y puede que nunca lleguemos–, la desaparición de la intervención estatal en favor de una única forma de redistribución como es la renta básica puede ser objeto de ciertas críticas.

3.3 Crítica a la renta básica

1. En primer lugar, como se ha defendido en este estudio, las normas laborales no solamente redistribuyen la riqueza existente, sino que la aumentan. Muchas de las instituciones laborales tienen como objetivo prioritario o secundario solventar

³¹¹ CARRIZOSA, E., “Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español”, *Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo*, n. 192, 2016, pp. 203–242; MOLL NOGUERA, R., “La renta básica y su conexión con la sociedad asalariada”, *Revista General de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*, n. 46, 2017; ARÉVALO QUIJADA, M. T., FERNÁNDEZ GENIZ, M. del P., & GÓMEZ DOMÍNGUEZ, D., “Fundamentos económicos de la renta básica universal y del trabajo garantizado”, *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 38, 2020, pp. 122–138.

fallos del mercado laboral con el objetivo de mejorar su eficiencia. De esta forma, sustituir las normas laborales (ej., salario mínimo, protecciones del despido) por una renta básica sustitutoria dejaría el mercado laboral lleno de ineficiencias y fallos por solventar. La idea de la flexiseguridad nos evoca un ejemplo cercano de las consecuencias de la reducción de las protecciones del despido a cambio de mejoras en la protección social durante la transición entre empleos. En efecto, la desregulación laboral en favor de un mayor poder unilateral de la empresa para despedir a los trabajadores (lo de la flexibilidad no deja de ser un eufemismo), acabó provocando, en una época de crisis económica, millones de despidos que hicieron inviable encontrar rápidamente otro empleo. Esto provocó una sobre carga sobre las prestaciones de desempleo que, a su vez, tuvieron que verse reducidas –en España en 2012. De esta forma, la reducción de las protecciones frente al despido reinstaló en su lugar uno de los fallos del mercado laboral: la externalización de los costes del despido, provocando, probablemente, más despidos de los necesarios – activando, a su vez, un círculo vicioso de despidos y, con ello, la imposibilidad de mantener las prestaciones por desempleo prometidas.

2. En segundo lugar, mantener a largo plazo una renta básica puede ser complicado socialmente. Puede dividir y enfrentar a la sociedad más que unificarla. Regan, en su campaña hacia la presidencia en EEUU caricaturizó a los pobres, –“the weelfare queen”, y a aquellos que necesitaban del Estado del bienestar para sobrevivir, para posteriormente adelgazar ese mismo Estado de bienestar y reducir las protecciones. Es decir, existe un peligro muy real de que los desempleados protegidos por la renta básica sean “menospreciados” por aquellos que sí trabajan creando división entre la ciudadanía. De hecho, esta situación de conflicto ni siquiera tiene porque ser el resultado “natural”, sino que puede ser provocado. La renta básica necesita ser financiada con impuestos a las rentas más altas, pero ¿qué impide a esto afortunados decidir usar ese dinero en lobby contra la renta básica en vez de entregarla en forma de impuestos? Así, es posible que, aunque pudiera conseguirse una renta básica, esta no durara mucho.

3. En tercer lugar, existe una posibilidad real de que las personas que vean sustituido su empleo por la percepción de una renta básica pierdan habilidades, formación e influencia que la desplacen de toda intervención política. Es bien conocida la institución del “pan y circo” romano. Una idea que tenía como fundamento poder mantener un sistema de castas –patricios y plebeyos- en los que los primeros mantenían la propiedad de los medios de producción –tierras- y la capacidad e intervención política, mientras que a los segundos solamente se les daba las “migajas” para evitar revueltas. Sin embargo,

estos segundos no tenían –a pesar de contar con derecho al voto- verdadera capacidad política, ni tampoco existía movilidad social real.

De esta forma, incluso si la renta básica pudiera perdurar en el tiempo solamente conseguiría congelar el *estatus quo* sin permitir un cambio o mejora social para los más desafortunados ni para sus descendientes –desapareciendo la movilidad social y la meritocracia-.

4. Por último, el trabajo no debería verse solamente como un medio para obtener un ingreso. Para muchos asalariados el empleo permite obtener otras necesidades primarias como autoestima, respeto por uno mismo, así como la forma de conseguir aptitudes y socializar³¹². De hecho, en experimentos realizados en los que se entregaba una renta suficiente para vivir – a través de un “impuesto negativo sobre la renta”-, los trabajadores apenas disminuían las horas de trabajo realizadas, esto es, seguían trabajando a pesar de no ser necesario para seguir viviendo ³¹³.

La mayoría de trabajadores, incluso aunque percibieran una renta básica, preferirían continuar trabajando. Concretamente, en una encuesta realizada por Banerjee et al³¹⁴ un 87% de los trabajadores optarían por seguir trabajando aunque percibieran una renta básica. En efecto, todas las evidencias sugieren que la mayoría de personas prefiere trabajar, no porque necesiten el dinero, sino porque el trabajo aporta sentido a la vida, concepción de pertenencia, utilidad y dignidad³¹⁵. De hecho, como ya se ha señalado en este trabajo, el desempleo a partir de cierta edad madura –después de un despido colectivo- acorta la esperanza de vida e incrementa la probabilidad de sufrir alcoholismo, adicción, dolores y depresión³¹⁶. De esta forma, no parece que la renta básica vaya a ser

³¹² COLLINS, H., “Theories of Rights as Justifications for Labour Law”, *op. cit.*, p. 149.

³¹³ ROBINS, “A comparison of the labour supply findings from four negative income tax experiments”, *Journal of Human Resources*, v. 20, n. 4, 1985, pp. 567-582.

³¹⁴ BANERJEE ET AL, “Me and everyone else: Do people think like economist?”, Mimeo, *Massachusetts Institute of Technology*, 2019.

³¹⁵ Defensores de la renta básica, sostiene que con su instalación la población buscará otras formas de obtener satisfacción distinta a la vida. Si bien esto es posible, no cabe duda que requerirá un cambio de mentalidad social que no se producirá en esta generación. Otra alternativa que se presenta es la de realizar trabajo voluntario. Sin embargo, al menos actualmente esto no se produce. De hecho, las personas con más tiempo libre –jubilados, desempleados, personas fuera de la jornada laboral- realizan menos horas de voluntariado que los que están insertos en el mercado laboral (BANERJEE ET AL, “Me and everyone else: Do people think like economist?”, *op. cit.*, 2019, p. 301).

³¹⁶ SULLIVAN & VON WATCHER T., “Job Displacement and Mortality: Un análisis usando datos administrativos”, *Quarterly Journal of economics*, v. 124, n. 3, 2009, pp. 1265-1306.

una solución óptima para los desplazados por la globalización y la tecnología al menos en el medio plazo³¹⁷.

3.4 Otros instrumentos: el reparto del trabajo y el trabajo garantizado

Más bien parece necesario establecer otro tipo de medidas mucho más relacionadas con las instituciones laborales. Por ejemplo, reducciones de jornada para permitir compatibilizar mejor el trabajo con la vida social y el reparto de trabajo. En efecto, las mejoras de la productividad empresarial derivadas de la tecnología significan que, con menos horas de trabajo, la empresa podrá realizar más cantidad de producto o servicios. De esta forma, esta reducción de horas, bien se produce mediante despidos, esto es, manteniendo las horas constantes serán necesarios menos trabajadores para producir lo mismo, bien mediante disminución de la jornada de los trabajadores.

Otra opción, para prevenir los perjuicios ocasionados por la globalización y la tecnificación que causan rabia y conflicto entre la población perjudicada en los países desarrollados, puede ser mediante programas de trabajo garantizado³¹⁸. De hecho, en EEUU la Vicepresidenta Kamala Harris, cuando era candidata a la presidencia durante las primarias, propuso una garantía federal de empleo (también otros candidatos como Bernie Sanders, Elizabeth Warren o Cory Booker). Esto es, la promesa de que todo aquél que quisiera trabajar obtendría un buen trabajo ofrecido por el Estado federal. Trabajos que posteriormente pueden otorgar externalidades positivas a la sociedad y que difícilmente pueden ser realizados por máquinas; como el cuidado de personas mayores, educación, guarderías, etc...

En fin, tal como defienden Banerjee y Duflo³¹⁹, la renta básica puede ser útil para acabar con la pobreza en países en vías de desarrollo donde no existe capacidad gubernamental para ejecutar programas más complejos. Sin embargo, esto no es así en países europeos ni en EEUU dónde los gobiernos pueden elaborar programas que garanticen otros valores más allá de la redistribución de la riqueza. De la misma opinión

³¹⁷ Al menos no sin antes cambiar las concepciones sociales sobre la persona con valor en si mismo y no derivada de lo que aporta a la sociedad.

³¹⁸ Ver más en HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., “Empleo garantizado y sus posibles yacimientos: a atención a la dependencia como propuesta”, *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n. 38, 2020, pp. 101–121; MORALES ORTEGA, J. M., “Trabajo garantizado: luces y sombras sobre su régimen jurídico”, *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 38, 2020, pp. 51–69.

³¹⁹ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit.

es Piketty³²⁰ cuando señala que los impuestos –y la transferencia de dinero- no pueden solucionar todos los problemas sociales ni garantizar todos los valores democráticos. También Mazzucato³²¹ apuesta por una *predistribución* de la renta, a través de buenas condiciones laborales y no, solamente, a través de la tradicional redistribución ex-post vía impuestos. Esta autora argumenta que mientras la redistribución de la renta pretende luchar contra la desigualdad después de haber sido creada, la *predistribución* se centra en conseguir mejores condiciones de reparto desde el inicio. Así, conforme a la idea de que el valor y las rentas son obtenidas colectivamente -en la empresa- a través del esfuerzo colectivo, todos los intervinientes deberían obtener un justo reparto de lo obtenido. En este punto, en mi opinión, entraría el Derecho del trabajo. Esta regulación, de trazo mucho más fino que la simple transferencia de dinero, permite, no solamente garantizar los derechos económicos de aquellos que carecen de capital (ej, salario mínimo), sino también otra serie de valores deseados en una sociedad democrática como la libertad de expresión, la participación en la economía y en la gestión empresarial (negociación colectiva), la meritocracia, la seguridad en el trabajo, la igualdad efectiva y la no discriminación, la interdicción de la arbitrariedad, así como, corregir los fallos de mercado -externalidades, información imperfecta, etc...

³²⁰ PIKETTY, *Capital e Ideología*, op. cit.

³²¹ MAZZUCATO, *Mission Economy*, op. cit., pp. 167 y 189.

VIII. VALORES LIBERALES, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DEL TRABAJO

1. Los valores liberales en el contrato de trabajo

Desde sus orígenes, el contrato de trabajo se desenvuelve dentro de una estructura autoritaria que no encaja bien con los valores inherentes a toda sociedad liberal como la libertad, la igualdad y el respeto por la privacidad, entre otros. En efecto, la subordinación, tanto económica como jurídica, de la que se compone el contrato de trabajo en su estructuración habitual pone en riesgo ciertos derechos comúnmente aceptados como inherentes a la persona. No solo es que sin regulación específica los trabajadores pudieran ver violados sus derechos derivado de que la falta de seguridad económica impida la efectividad material de los valores liberales, sino que el propio contrato de trabajo está basado en un poder de dirección y vigilancia en favor del empresario que entra en conflicto directo con el valor supremo de libertad.

Tomando como ejemplo la privacidad, un derecho fundamental y básico de toda sociedad liberal, esta se ve reducida en el ámbito laboral frente al derecho empresarial de vigilancia y control del trabajador. Esta potestad empresarial de vigilancia y control sobre la persona trabajadora difícilmente se aceptaría, en un Estado Democrático y de Derecho, en otro ámbito. En efecto, este tipo de control de un ciudadano sobre otro –ej., dentro de un matrimonio- o en la relación entre Estado y ciudadano, se consideran inaceptables. Así, la limitación de los valores liberales es inherente al modelo de producción actual y, por ende, el contrato de trabajo se funda sobre unos cimientos muy delicados en esta sociedad.

En general, podría sostenerse que este tipo de privación del disfrute de los valores liberales bajo el contrato de trabajo es necesario para mantener el nivel productivo y, con ello, permitir que el trabajador perciba seguridad económica. Sin embargo, no debería olvidarse que los derechos fundamentales y los valores liberales no deberían estar en el mercado para ser comprados. Los liberales deberían oponerse a este tipo de intercambios al menos en principio³²². Efectivamente, desde el momento en el que el mercado puede comprar y vender valores, los derechos fundamentales dejan de ser inherentes a la persona

³²² COLLINS, H., LESTER, G. L. & MANTOUVALOU, V., “Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?”, *op. cit.*, p. 50.

para pasar a ser ejercitables solamente por aquellos que poseen medios económicos para disfrutarlos. Si un trabajador no tiene con qué llegar a fin de mes, no tendrá más remedio que “vender” sus derechos fundamentales.

Esta idea está muy lejos de ser pura fantasía. En Suecia una empresa ofrece a los trabajadores un bonus si aceptan implantarse en el cuerpo un chip que puede ser usado para registrar la actividad laboral del trabajador³²³. Obviamente, la inserción del chip es “voluntaria”, sin embargo, existen diversos factores que pueden convertir esa voluntariedad en más formal que real. En primer lugar, si el trabajador necesita dinero para llegar a fin de mes difícilmente podrá negarse. Por otro lado, aunque no necesitara el dinero, el trabajador puede temer que la negativa le dificulte ascender dentro de la empresa o incluso le coloque el primero de la lista en caso de que algunos trabajadores tengan que ser despedidos. Así, incluso si no necesita el dinero extra, el miedo a las represalias puede acabar por hacerle ceder.

La empresa podría sostener que este elemento es necesario para una optimización eficiente de la producción o incluso que lo hace por el bienestar del trabajador. No sería la primera vez que esto pasa. Uno de los efectos más comunes con la tecnología es su “naturalización”. Mientras que en los años 60 las cámaras de videovigilancia se consideraban una intrusión muy peligrosa en la intimidad y privacidad de las personas³²⁴, hoy en día son aceptadas con relativa naturalidad. La doctrina Judicial López-Rivalda³²⁵ proveniente del TEDH es buen ejemplo de ello. Lo mismo ha ocurrido con los GPS, y probablemente, la misma aceptación progresiva se produzca con los *chips* implantados. Lo sabremos dentro de 50 años.

De esta forma, con independencia de la tecnología o el método usado, se debe volver a la cuestión principal: el contrato de trabajo, al menos desde una perspectiva filosófica pero muchas veces también práctica, contradice los valores liberales.

³²³ MCGREGOR, “Some Swedish workers are getting microchips implanted in their hands”, *The Washington Post*, 2017, disponible en <https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2017/04/04/some-swedish-workers-are-getting-microchips-implanted-in-their-hands/>

³²⁴ De ahí que tuviera tanto éxito una novela como 1984 de George Orwell.

³²⁵ STJUE de 17 de octubre de 2019 Caso López Rivalda.

Conforme señala Collins³²⁶ el contrato de trabajo posibilita un alto riesgo de que el empresario viole los valores liberales y las libertades civiles. Un riesgo que no está basado en el peligro común de que cualquier ciudadano o el Estado violes esos derechos, sino que la propia relación laboral, basada en la jerarquía y la autoridad jurídicamente bendecida, provoca un conflicto y una tensión permanente entre ambos derechos. De esta forma, debido a este particular riesgo, una regulación laboral específica se necesita.

No es la primera vez que se desarrolla este argumento. En un libro titulado *Vigilancia y control en el Derecho del trabajo digital*, el profesor Rodríguez-Piñero Royo y yo dedicamos parte del prólogo del libro a realizar una crítica a este respecto³²⁷. En ese escrito nos referíamos a la regulación transversal realizada en Europa en materia de

³²⁶ COLLINS, H., LESTER, G. L. & MANTOUVALOU, V., "Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?", *op. cit.*, p. 60.

³²⁷ "La construcción de este Derecho del Trabajo digital está poniendo de manifiesto una realidad que nos parece preocupante, la existencia de dos "almas" o filosofías regulatorias en las reglas que lo forman. Nos explicamos: a pesar de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, es claro que cada rama de éste ha desarrollado unos principios propios, una manera particular de afrontar la ordenación de la realidad social de la que se ocupa. El Derecho del Trabajo es muy característico en este sentido, y su forma de entender cómo deben funcionar las relaciones de trabajo asalariado se traslada a toda su regulación: garantía de derechos, limitaciones a la autonomía de la voluntad, reconocimiento de la autonomía colectiva, legitimación del conflicto... La legislación de protección de datos, que en la práctica está sirviendo de base sobre la que se está construyendo el Derecho digital, tiene otros elementos de identidad. Figuras como la identificación de un responsable, la elaboración de normas técnicas, la previsión de mecanismos de control o la relevancia del consentimiento son sus señas identitarias. El Derecho del Trabajo digital es una zona de confluencia entre ambas disciplinas, por lo que podría preverse una interacción de ambos códigos genéticos, que mezclaran sus elementos para crear uno nuevo, original y equilibrado. No parece que esto esté pasando, sin embargo, y el escaso desarrollo que ha tenido hasta el momento demuestra un claro sesgo hacia la legislación de protección de datos. Este fenómeno se observa muy claramente en la Ley Orgánica 3/2018. Ésta se ocupa de regular la protección de datos en una forma muy similar a como lo hacía su antecesora. Los aspectos laborales están, en la primera parte de la norma, dispersos. Y en la segunda, en la que sí se prevén derechos de contenido laboral, este tratamiento resulta poco incisivo y garantista. Que existe en esta norma un enfoque más propio de la legislación de protección de datos que de la tradicional en el Derecho del Trabajo se comprueba en varios aspectos. Así, el papel que se da a los representantes de los trabajadores es muy reducido, con un artículo 91 sobre negociación colectiva muy escueto, y de escasa eficacia. Aparece como un precepto separado del resto, donde se recogen los derechos digitales de los trabajadores, como algo externo y añadido. También hay un papel muy importante para la regulación por parte del empleador, a través de diversos instrumentos. Y se le da mucho juego a la aceptación del trabajador como forma de legitimar iniciativas empresariales algo impropio de un sistema cuyo fundamento es el desequilibrio de poder de negociación. En conjunto, la lógica es la de la autorregulación, la información y la aceptación individual, más que la de la negociación de la implantación de estos derechos. Se ha funcionado con la lógica tradicional, analizando esta cuestión desde la perspectiva de los poderes empresariales y sus limitaciones, y no desde la laboral, de reconocimiento de derechos y de protección de los trabajadores.", ver RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., & TODOLÍ SIGNES A., *Vigilancia y control en el Derecho del trabajo digital*, Aranzadi, 2020.

protección de datos (RGPD). Una normativa que, si bien es completamente aplicable a las relaciones laborales y al contrato de trabajo, el legislador europeo no estaba pensando específicamente en esta situación.

La normativa europea decreta reglas de protección de datos desde la perspectiva del consentimiento sin tener en cuenta las objeciones clásicas y bien documentadas de la falta de consentimiento en la relación laboral. De esta forma, es importante que la protección de los valores liberales –como la privacidad, pero también otros como la igualdad de trato, la libertad de expresión, etc-, se regulen específicamente desde una perspectiva laboral, so pena de realizar construcciones doctrinales genéricas que olviden las peculiaridades y riesgos inherentes a la relación laboral.

En fin, el Derecho del trabajo necesita asegurar que la autoridad práctica del empresario –en la vigilancia y el control del trabajador, pero también en los despidos y en las decisiones en materia de bonus, ascensos etc.- esté constreñida por estrictos y obligatorios límites con objeto de que los derechos civiles del trabajador no se vean vulnerados³²⁸. A la vez, es importante que estos límites no sean los genéricos aplicables a las relaciones entre ciudadanos, entre Estado y ciudadano o entre empresas y consumidores, derivado de la naturaleza específica del contrato de trabajo que le otorga al empresario amplios poderes cuya naturaleza, por sí misma, ponen en peligro los valores liberales.

2. *Derechos humanos y Derecho del trabajo*

Viviendo en una sociedad de corte liberal realizar una separación completa entre los valores liberales y los derechos humanos no resulta sencilla. Aunque existen fundamentaciones filosóficas basadas en los imperativos morales, la universalidad y la atemporalidad de los segundos de la que carecen los primeros³²⁹, la realidad es que los Derechos humanos están impregnados por los valores liberales. De esta forma, la principal diferencia aplicable es la configuración como derecho –y su positivización en

³²⁸ COLLINS, H., LESTER, G. L. & MANTOUVALOU, V., “Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?”, *op. cit.*, p. 66.

³²⁹ Sobre la concepción de los Derechos Humanos ver, NICKLE J., *Making sense of Human Rights*, Blackwell, 2 ed., 2002.

el ordenamiento jurídico- de los Derechos humanos (también considerados Derechos fundamentales cuando su positivización se hace a través de una Constitución estatal³³⁰).

La positivización de un derecho como fundamental, además de tener un impacto narrativo poderoso en favor de quién pueda esgrimirlo, lo coloca en una posición de superior protección frente a otros intereses de rango inferior. Desde esta perspectiva de jerarquía de derechos no será lo mismo que un despido vulnere un derecho humano o fundamental del trabajador que un derecho de origen legal. En efecto, una vez considerado un derecho como Derecho humano; otros valores, como la maximización de la eficiencia, quedarían –o deberían quedar- relegados. Adicionalmente, los Derechos humanos son inherentes a la persona desde su nacimiento lo que impediría –al menos en teoría- su exclusión basada en consideraciones meramente contractuales como la aplicación laboral o civil al contrato de prestación de servicios.

Dada la potencia del lenguaje de los derechos humanos, y de su capacidad de vencer ante argumentos eficientistas, parte de la doctrina ha comenzado a articular los intereses de los trabajadores y los sindicatos a través de los Derechos humanos³³¹. La conexión del Derecho del trabajo con los Derechos Humanos se ve como la solución a un doble problema: de un lado, la reducción de las protecciones que ceden frente a otros intereses, de otro lado, la forma de extender las protecciones laborales a los trabajadores autónomos y, así poner fin a la “huida del Derecho del trabajo”³³².

³³⁰ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., & GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir. tes.). *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, 2017.

³³¹ VILLA GIL, L. E., “Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales”, *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 17,1999, pp. 281–292; ADAMS, R. J., “From statutory right to human right: the evolution and current status of collective bargaining”, *Just Labour: A Canadian Journal of work and society*, n. 12, 2008. FUDGE, J., “The new discourse of Labour Rights: From social to fundamental right?”, *Comparative labor law and policy Journal*, n. 29, 2007; ALSTON, *Labour rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005; GUY, M., “Derecho al trabajo. Conjugar derechos humanos y política de empleo”, *Revista Internacional Del Trabajo*, v. 126, n. 3, 2007, pp. 213–242; LÓPEZ AHUMADA, J. E., “Hacia una formulación del derecho al trabajo desde la perspectiva de los Derechos Humanos Internacionales”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n. 6, 2018, pp. 9–22; GOÑI SEIN, J. L., “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, *Documentación Laboral*, n. 117, 2019, pp. 57–72.

³³² RODRÍGUEZ-PIÑERO & BRAVO-FERRER, M., “La huida del derecho del trabajo”, *RL*, 1996, y BAYLOS GRAU, A., “La “huida” del derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaborización” en Marcial Pons, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, 2000.

Cabe decir que la instrumentalización del Derecho laboral como Derechos humanos es relativamente sencilla derivado de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948). En efecto, este documento, de referencia mundial, recoge expresamente gran parte de los valores y contenidos del Derecho del trabajo:

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24.

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Adicionalmente a este articulado de carácter directamente laboral, se deben sumar otros que, directa o indirectamente, serán aplicable a las relaciones laborales como la prohibición de la esclavitud (art. 4), derecho a la vida, la libertad y la seguridad (art. 3), el derecho a no ser discriminado (art. 7), la libertad de expresión (art. 19), derecho de reunión (art. 20) y a la Seguridad Social (art. 22).

Así pues, conforme los ordenamientos nacionales van reduciendo las protecciones laborales en favor de una supuesta mejora de la eficiencia, parece lógico recurrir, como forma de justificar el mantenimiento y necesidad del Derecho del trabajo, a normas y principios internacionales que, desde hace más de medio siglo de forma invariada, han contemplado y protegido estos derechos.

El argumento es sencillo: el Derecho del trabajo protege valores incluidos en los Derechos Humanos y, por ello, no puede verse reducido o desaparecer del ordenamiento interno so pena de convertirnos en un país que infringe los Derechos Humanos. En este

sentido, la conexión de un derecho laboral con un Derecho Humano sería justificación suficiente para su mantenimiento.

Empezando por el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad esto justificaría la proclamación de normas efectivas en materia de salud y seguridad en el trabajo, pero también los descansos, la jornada máxima, permisos por cuidado de familiares, etc.

En términos generales, el derecho de toda persona a la libertad protege la habilidad para perseguir la concepción individual de lo que es una vida que vale la pena ser vivida. Amartya Sen (1999), en su *Development as freedom*, basa su tesis en la libertad, la cual describe como la “capacidad” de la gente de vivir la vida que ellos valoran. Para Sen la libertad incluye, por un lado, el bienestar, en términos de situación personal que es considerada individualmente como positiva, de otro lado, la posibilidad de ejercitar las elecciones propias como forma de alcanzar esos estados valorados positivamente.

Por esta razón, el derecho a la libertad se infringe si la persecución de las elecciones propias son impedidas por restricciones físicas o económicas. Conforme a esta visión, el ordenamiento jurídico que no permitiera la compatibilidad del trabajo con una vida plena –en la concepción de lo que cada uno considera vida plena, ej, tener descendencia, tener aficiones, perseguir proyectos personales- sería un ordenamiento no conforme al debido respeto a los Derechos Humanos.

Adicionalmente, dada la vinculación entre los problemas de salud y la falta de descanso y desconexión en el trabajo, la regulación en las horas máximas de trabajo y los periodos mínimos de descanso estaría conectados con el Derecho humano a la salud. Cuestión que, en cualquier caso, vuelve a mencionarse en el art. 24 de la DUDH estableciendo la limitación a la duración del trabajo y a las vacaciones pagadas.

Por otro lado, si los derechos a la negociación colectiva y a la huelga no fueran derechos fundamentales protegidos como tal –como lo están en la Constitución Española, se podría estar vulnerando Derechos humanos como la libertad de asociación, la libertad de expresión o la prohibición del trabajo forzoso³³³. En el mismo sentido, tanto el derecho a fundar sindicatos como los derechos de participación política incluidos en la DUDH,

³³³ ATKINSON, “Human Rights as Foundations for Labour Law”, en *Philosophical foundations of labour law*, Oxford University press, Oxford, 2018, p. 133.

tienen una conexión cercana con los derechos a la negociación colectiva, los derechos a la información y consulta de los sindicatos en la empresa, incluso podrían justificar otro tipo de participaciones características de la democracia industrial como la cogestión³³⁴.

El Derecho al trabajo, reconocido en el art. 23.1 de la Declaración Universal, incluye protecciones efectivas contra los despidos sin causa como parte del mismo. Privar del trabajo sin una causa justificada estaría, en este sentido, vulnerando el derecho al trabajo; lo que justifica la existencia de normas laborales que pongan coto de forma efectiva a este tipo de prácticas.

El cumplimiento con el Derecho Humano a una retribución “satisfactoria” (art. 23.3 DUDH) justifica regulaciones nacionales como la negociación colectiva y el salario mínimo.

En fin, el Derecho al trabajo, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la dignidad justifican una serie de protecciones laborales necesarias para su mantenimiento. La historia nos ha enseñado como el mercado de trabajo desregulado conduce a condiciones laborales precarias y alejadas de todo concepto de dignidad humana. De esta forma, si la sociedad quiere evitar que se reproduzcan esos patrones de precariedad y conflicto social, el Derecho del trabajo ha sido y es la respuesta.

La instrumentalización de los Derechos humanos para justificar el Derecho del trabajo tiene sus objeciones. Collins³³⁵, señala que cuando uno compara, por ejemplo, el derecho a no ser torturado con el derecho a una retribución justa parece diferentes tipos de derechos. Mientras el primero exige un fuerte y urgente rechazo moral que es aplicable a cada persona y en cada país, el segundo no tiene la misma fuerza ni aplicabilidad. De hecho, sostiene este autor, los derechos humanos son considerados atemporales mientras que los derechos incluidos en la Declaración Universal relacionados con el trabajo solamente son aplicables en el momento temporal actual basado en el sistema de producción capitalista sometidos a la división del trabajo.

³³⁴ Adicionalmente, existen estudios que también relacionan más democracia industrial -y cogestión- con mayores índices de productividad, ABLE, J. AND FITZROY, F. R, "Cooperation and Productivity: Some evidence from West German Experience", *op. cit.*

³³⁵ COLLINS, H., "Theories of Rights as Justifications for Labour Law", *op. cit.*, p. 142.

En definitiva, los críticos parecen sostener que, aunque los derechos laborales estén formalmente incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la realidad es que no tienen la fuerza justificadora suficiente para impedir su desaparición de los ordenamientos internos si así lo desean los países.

A mi juicio, estos argumentos deben ser reconsiderados. El objetivo final de las regulaciones laborales establecidas en las DUDH es permitir que los seres humanos tengan vidas que merezcan ser vividas incluyendo el Derecho a no morir de hambre o de extenuación. Si bien es cierto, que la DUDH podría haber simplemente establecido “el derecho a no morir de hambre”, se decidió ser mucho más concreto en materia laboral.

En efecto, lo que diferencia el primer tipo de declaraciones, moralmente más reprochables (ej, prohibición de tortura) y las segundas (Derecho a una retribución suficiente) es la concreción. Si la tortura fuera una actividad diaria y habitual, que la mayoría de gente sufriera diariamente, con objeto de conseguir su erradicación, la DUDH probablemente hubiera dedicado mucho más espacio e interés a detallar todos los tipos de tortura prohibidos. Siendo así, ante esa lista detallada, seguramente aparecerían autores dispuestos a señalar que unas torturas no son tan dolorosas como otras y, por ello, no todas deberían estar incluidas en la DUDH puesto que la prohibición de algunas “torturas” –por exigir un rechazo moral menor- podrían considerarse meros derechos ordinarios. Sin embargo, como la tortura no es una actividad habitual de la vida diaria, la DUDH dedica menos detalle a su prohibición –lo cual no significa que tenga menos interés-. Por el contrario, la actividad laboral es una actividad diaria, las posibilidades de morir de extenuación por el cansancio del trabajo o de hambre por no tener una retribución suficiente son mucho mayores. De aquí que la DUDH dedicara mayor espacio a detallar que derechos intermedios deberían establecerse con objeto de hacer efectivo el derecho a la vida.

En este sentido, probablemente, sea el especial interés e importancia que despliega el trabajo en la vida de las personas lo que hizo que la DUDH dedicara tanto detalle a su protección. De esta forma, la argumentación debería ser la contraria: el hecho de que la DUDH recoja con tanto detalle la regulación laboral responde a la importancia social que tiene esta como forma de garantizar una vida libre y digna de ser vivida para las personas. Y no solo eso sino también como garante de la paz. En efecto, como el propio prólogo de la DUDH indica, los Derechos recogidos en la misma se proclaman en el convencimiento

de que su mantenimiento será garantía para la paz. Tal y como se viene señalando en este trabajo, la desregulación laboral, y el sometimiento de los trabajadores a las leyes del mercado, ha sido históricamente la causa de conflictos sociales y violencia. De hecho, el desmantelamiento del mismo –y del Estado del bienestar en general- está provocando rabia y el auge de políticos extremistas, conflictos entre países (EEUU-China) y división (Brexit).

La DUDH se redactó justo al finalizar la segunda Guerra mundial, en un momento en el que la mercantilización del trabajo y el auge de los fascismos había provocado una sangría de muertos, con el convencimiento que solamente el respecto a estos derechos – incluyendo los laborales y de Seguridad Social- eran garantía para evitar la repetición de los hechos. Los tiempos que estamos viviendo son la mejor prueba de que los redactores de la DUDH estaban en lo cierto. La desregulación, y el desconocimiento de estos derechos humanos por parte de los gobiernos en los últimos 40 años, ha vuelto a provocar conflicto social y extremismos. Volver a un mundo en el que la libertad es meramente formal sin libertad sustantiva, un mundo en el que las personas carezcan de capacidad económica y jurídica para efectivamente desarrollar una vida que merezca la pena ser vivida, irremediablemente ocasionará conflicto social de nuevo. La receta contra este mal está escrita en los Derechos Humanos, solo queda respetarla.

IX. LA DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS PROPIOS TRABAJADORES: LA IGUALDAD

1. Nuevas “prioridades”

Hasta el momento hemos visto las dos principales funciones del Derecho del trabajo; 1) regular el mercado de trabajo para conseguir incrementar la eficiencia; 2) distribuir las ganancias y equilibrar el poder de negociación entre el capital y el trabajo. Si bien, dentro de esta segunda función, o como una tercera³³⁶, el Derecho del trabajo también se encarga de distribuir las ganancias generadas entre los propios trabajadores.

En los últimos años la mayoría de normas laborales que han creado nuevos derechos han tenido como objetivo regular la desigualdad existente entre unos trabajadores y otros. Así, la normativa antidiscriminación por razón de género, origen, discapacidad; las Directivas europeas en materia de igualdad entre los trabajadores temporales e indefinidos; a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo; normativas de protección de los derechos de maternidad, etc., son normas que no tienen como objetivo reequilibrar el poder entre el capital y el trabajo, sino mejorar la situación de unos trabajadores que se encuentran en peor condición que otros. Cuatro factores impulsan la proliferación de estas normas de carácter laboral:

1. La fragmentación del mercado de trabajo: La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo en los últimos 40 años, el aumento de la migración derivado de la globalización, la extensión de la subcontratación y la aparición de empresas de “primera” y de “segunda” con desequilibrios entre el poder de negociación de las propias empresas, la brecha digital y sus efectos sobre los trabajadores formados y no formados, la diferenciación entre sectores en auge y sectores en declive derivados de la tecnología y la globalización, han fracturado a la clase trabajadora creando –o incrementando los ya existentes– distintos intereses. Cabe decir que la sociedad ha estado, en el pasado, mucho más fragmentada que actualmente, sin embargo, el poder de negociación de ciertos colectivos –totalmente desplazados del mercado de trabajo– era tan bajo que ni siquiera entraban en el debate o negociación sus mejoras particulares. De esta forma, los intereses

³³⁶ Como tercera función lo presenta MUNDLAK, “Corporatist and Pluralist Labor Laws”, en *Fading Corporatism*, Cornell University Press, 2007.

singulares quedaban homogenizados bajo las preocupaciones de la “clase trabajadora” como si todos tuvieran los mismos.

Precisamente, en los últimos años, la industria del cine ha intentado mostrar en varias ocasiones esta unidad que se mira con añoranza. La película *Pride* (2014) muestra cómo durante las huelgas Sindicato Nacional de Mineros en Gran Bretaña en 1984 fueron apoyadas por asociaciones prederechos de gays y lesbianas a pesar de las diferencias socioeconómicas que pudieran tener los implicados. Más sorprendente es incluso la historia de Fred Hampton, líder los Black Panthers en Chicago, tal y como es mostrada en la película *Judas and the Black Messiah* (2021). Una vez más, la película, además de contar su historia, hace gran hincapié en que el líder buscaba la mejora de la clase proletaria por encima de las diferencias que pudiera haber en el color de piel.

No cabe duda que parte del éxito de las mejoras sociales para todos los implicados provienen de la búsqueda de esa unidad de la “clase” trabajadora –real o artificiosa. En cualquier caso, actualmente esa unión parece rota. De un lado, porque ciertos colectivos que anteriormente estaban dispuestos a ceder a cambio de conseguir mejoras para todos ya no lo están más, demandando que sus intereses específicos sean atendidos.

De otro lado, porque entre colectivos que anteriormente no existían enormes diferencias (ej., entre cualificados y no cualificados) empieza a haberlas (polarización salarial). Piénsese especialmente en la situación provocada por la Covid19. Mientras que trabajadores poco cualificados perdían su trabajo -al requerir este presencialidad- o se arriesgaban al contagio, parte de los trabajadores más cualificados podían seguir ejerciendo sus funciones a través del teletrabajo, protegidos y manteniendo sus ingresos.

Adicionalmente, también ha incrementado las diferencias salariales por el mismo trabajo realizado dependiendo del sector o empresa concreta. En efecto, de un lado la descentralización productiva y la creación de empresas de “primera” y de “segunda” crea desigualdad incluso aunque las tareas sean las mismas solamente dependiendo de la empresa en qué se realicen. Sumado a esto, la globalización y la tecnificación también han incrementado la desigualdad entre sectores “ganadores” y “perdedores” en cada país. Uno de los fenómenos que más ha influido en la polarización sectorial ha sido la pandemia

del Covid19³³⁷: dónde sectores tecnológicos y formas de distribución online -Amazon, plataformas de reparto- han visto crecer sus ingresos, sectores tradicionales como el comercio de cercanía, la hostelería y el transporte de pasajeros se han visto muy perjudicados. Este fenómeno, sin duda, ha incrementado la desigualdad entre los trabajadores que se encontraban en cada uno de los sectores, no solo por el tipo de habilidades que se requieren en cada uno de ellos -cualificados el primero, no cualificados los segundos-, sino incluso cuando el tipo de trabajo es el mismo, solo por el mero hecho de pertenecer a un sector u a otro.

2. *La incapacidad de reconocer y encauzar las diferencias.* Como se ha dicho, muchas de las diferencias entre la situación de unos trabajadores y otros existen desde la época dorada del Derecho del trabajo. Sin embargo, las instituciones laborales no han estado a la altura del reto. Como de manera excelente muestra la película *Made in Dagenham* (2010), históricamente, el apoyo de los sindicatos a las causas minoritarias ha dejado mucho que desear. Esta película narra la lucha de 200 trabajadoras en 1968 en Inglaterra por conseguir ser consideradas trabajadoras cualificadas y percibir el mismo salario que sus compañeros hombres en una fábrica de coches en la que la inmensa mayoría de empleados son hombres. Dada la ínfima representatividad de las mujeres, el comité de empresa, aunque apoya las pretensiones de las mujeres, no está dispuesto a incorporar sus peticiones a la mesa de negociación temiendo que la empresa reduzca otros beneficios que afectan al resto de trabajadores. En efecto, el principio de la mayoría en el que se basan las elecciones sindicales plantea los mismos problemas que este principio aplicado a la democracia: los intereses de la minoría pueden quedarse sin protección. En el fondo, este efecto no es más que la expresión de las diferencias de poder de negociación entre los diferentes colectivos de trabajadores.

A mayor abundamiento, como señala Weiss³³⁸ la negociación colectiva no está pensada para proteger a los afectados por las “nuevas formas de trabajo”. En efecto, por cuestiones de representatividad, difícilmente los trabajadores de las empresas subcontratistas, de la ETT, a los autónomos, los desempleados pueden ser protegidos por la negociación colectiva solamente. Un ejemplo de ello son la aceptación por parte de

³³⁷ Sobre esta cuestión ver también, ÁLVAREZ CUESTA, H., “El futuro del trabajo después de la pandemia y los empleos del futuro”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, n. 35, 2020, pp. 155–174.

³³⁸ WEISS, M., “Re-inventing labour law?”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 47.

algunos sindicatos y comités de empresa de las dobles escalas salariales³³⁹. Esto es, convenios colectivos que regulan menores salarios por el mismo trabajo dependiendo de la fecha de entrada en la empresa. De esta forma, aceptan que los nuevos trabajadores de la empresa –no representados por el comité que firmó el acuerdo- sufran peores condiciones laborales, protegiendo solamente a sus representados³⁴⁰.

3. *La individualización de los derechos*: Una de las características del contexto sociopolítico de los últimos años es el incremento de la primacía del individuo sobre el colectivo³⁴¹. En este entorno, la homogenización de los intereses se vuelve más compleja. En efecto, conforme el individuo se pone por encima de los intereses colectivos, los intereses particulares, incluso de un pequeño colectivo, se ponen por encima de los intereses de colectivo más grande. Las diferencias resaltan sobre los intereses comunes haciendo compleja la homogenización. Si bien no está claro si es causa o consecuencia, la realidad es que el sistema jurídico ha tendido a la individualización de los derechos³⁴². Esto es, conforme los derechos laborales colectivos se van debilitando por parte del Estado, a la vez, se incrementa el poder individual de los trabajadores para imponer su voluntad sobre el interés colectivo.

A su vez, el auge de la función igualadora entre los propios trabajadores viene promocionada por el desaliento de los partidos progresistas. Estos partidos, incapacitados por las tesis neoliberales para mejorar las condiciones de los trabajadores mediante la regulación –distribución de la riqueza-, centran su mirada en las normas que mejoran las condiciones de una parte de su electorado –redistribución entre los propios trabajadores. Así, conforme se debilita el Derecho del trabajo, y su capacidad de cumplir sus funciones de redistribución de la riqueza entre el capital y el trabajo, se crean nuevos derechos que permiten redistribuir el poder de negociación entre los propios trabajadores. Con ello, si bien se deja a la clase trabajadora en peor posición, ciertos colectivos ven sus

³³⁹ TODOLÍ SIGNES A., “El principio de igualdad y las dobles escalas salariales”, *CEF*, n. 383, 2015, pp 47-66.

³⁴⁰ En ciertos casos esta situación ha sido declarada ilícita por el Tribunal Supremo español con fundamento en el principio de igualdad aplicable a las normas y convenio colectivos con carácter normativo. Es decir, entiende el Tribunal Supremo que el convenio colectivo no puede establecer diferencias salariales basadas en un hecho no relevante como es la fecha de entrada en la empresa, ver Todolí Signes, A (2015) “El principio de igualdad y las dobles escalas salariales”, *op. cit.*

³⁴¹ HEPPLER, B., “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, en DAVIDOV & LANGUILLE (ed.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 34.

³⁴² BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales*, CES, 1995.

reivindicaciones de igualdad cumplidas. El problema es que, en las últimas décadas, esa igualdad ha sido a la baja. Como señala Fudge³⁴³, a la vez que se cambia el objetivo desde la redistribución entre capital trabajo hacia la igualdad horizontal dentro de la fuerza de trabajo, el primer tipo de desigualdad se encuentra en niveles no vistos desde antes de la Segunda Guerra Mundial.

Adicionalmente, como se ha mostrado en este trabajo, el Derecho del trabajo, como redistribuidor del poder de negociación entre empresa y trabajadores, ha perdido interés para cierta parte “alta” dentro de la clase trabajadora. Sin embargo, las cuestiones de igualdad, sobre todo de género, siguen mostrando su relevancia. En efecto, aunque una mujer de alta cualificación no requiera del Derecho del trabajo para poder reequilibrar su posición con el empresario, seguirá notando que es discriminada si se compara con trabajadores hombres de la misma cualificación o que recibe una clase de acoso que no reciben sus compañeros hombres. De esta forma, el Derecho del trabajo, basado en derechos individuales, sí puede serle de utilidad a este respecto.

4. *Un interés en dividir*: Una máxima en política es que cuanto más se hable de un tema menos se habla de otro. De ahí la importancia de conseguir que los medios de comunicación dediquen su tiempo de aquello que interesa a determinado partido político. De lo que no se habla no existe. De esta forma, conforme se resaltan las desigualdades e injusticias existentes dentro de la clase trabajadora, menos se dedica a exponer la desigualdad entre el capital y el trabajo. De esta forma, entra dentro de los intereses empresariales –o al menos no los perjudica- que se resalten las diferencias entre los trabajadores para que se olviden los objetivos comunes.

De hecho, los derechos en materia de igualdad suelen ser bastante bien admitidos por la parte empresarial. En efecto, el empresario negociará sobre el total de la masa salarial de la empresa, como posteriormente se reparta entre los trabajadores solo importará de forma secundaria³⁴⁴. Así, mientras los derechos se limiten a obligar a redistribuir equitativamente estos salarios entre los trabajadores, pero no a aumentar el total de salarios pagados, la empresa no debería poner demasiadas objeciones.

³⁴³ FUDGE, “Labour as a “Fictive Commodity”, *op. cit.*, p. 124

³⁴⁴ MUNDLAK, G., “The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers”, *op. cit.*, p. 322.

Dividir entre tipos de trabajadores ha sido una estrategia usada por la patronal para reducir derechos laborales. Siendo conflictivo disminuir derechos a los que ya los están disfrutando, se ha optado por no concederlos a los que se incorporan al mercado de trabajo a partir de determinado momento. Así, por una parte, las nuevas generaciones, o los que estén en el desempleo en ese momento, cuando se incorporen al mercado laboral estarán en peor condición. Por otra parte, despedir trabajadores de plantilla, para que vuelvan a ser recontratados por empresas contratistas de la principal, esta vez con peores condiciones laborales y menor batería de derechos, es una táctica relativamente habitual en épocas de crisis³⁴⁵. De un lado, se consigue diferenciar unos trabajadores de otro, rompiendo la solidaridad obrera a futuro, de otro lado, se pueden establecer diferencias entre trabajadores que realizan las mismas funciones que otros trabajadores o que estos mismos trabajadores en el pasado.

Posteriormente, la propia existencia de desigualdades entre unos trabajadores y otros es usado como argumento en favor de la reducción de las protecciones laborales. La llamada “dualidad” del mercado de trabajo, por la cual unos trabajadores están protegidos (*insiders*) y otros no (*outsiders*) suele ser instrumentalizado por los defensores de la desregulación para reducir derechos de los primeros³⁴⁶.

2 El reconocimiento de las desigualdades

Incorporar como objetivo del Derecho del trabajo el reequilibrio del poder de negociación entre los propios trabajadores tiene riesgos intrínsecos. Sin embargo, no hacerlo no mejora la situación. Negar esta realidad –la diferencia de poder de negociación de unos trabajadores respecto a otros- por miedo a diluir la fuerza de la “clase trabajadora” puede poner en duda la legitimidad del propio Derecho del trabajo. La realidad es que las normas laborales no solamente influyen en la distribución de poder e ingresos entre el capital y el trabajo, sino también entre los propios trabajadores.

De hecho, conforme las desigualdades entre los trabajadores crezcan, esta función adquirirá mayor importancia. Uno de los efectos más profundos de la globalización y de

³⁴⁵ TORMOS PÉREZ, J.A., “Despidos económicos y recurso a la descentralización productiva como medida de ahorro de costes”, en AAVV LÓPEZ BALAGUER, M., *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant Lo Blanch, 2018.

³⁴⁶ MUNDLAK, G., “The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers”, *op. cit.*, p. 324.

la digitalización (incluyendo aquí los efectos de la pandemia), en conjunto con la reducción del poder de negociación de los trabajadores, consiste en la polarización entre los trabajadores cualificados y no cualificados. Incluso cuando la automatización no provoca en la economía una reducción del nivel de empleo –porque nuevos empleos se crean en nuevos sectores- tiende, en cualquier caso, a reducir el número de profesiones que requieren una formación media (ej. administrativos) incrementando la necesidad de trabajadores muy formados (ej. programadores informáticos) o totalmente sin formación (ej. paseadores de perros) dado que son mucho más difíciles de remplazar³⁴⁷. Esto tiene como efecto una polarización de la clase trabajadora.

Como acertadamente pronostica Cowen en su famoso libro *Average is over*³⁴⁸, la digitalización, y las cadenas mundiales de producción, está acabando con la clase media en los países desarrollados. No obstante, como señala Baker³⁴⁹ esta consecuencia no es el resultado de hechos inmutables de la “economía”, sino el efecto de una concreta política regulatoria. De acuerdo con este autor, los países desarrollados están deliberadamente aceptando acuerdos de libre comercio que hacen muy fácil para las empresas industriales nacionales producir sus bienes en países en vías de desarrollo -con la destrucción de empleo que ello implica en los países desarrollados- devolviendo los productos ya terminados a los países desarrollados, a la vez, que poco se hace para reducir las barreras migratorias que impiden que el personal cualificado de estos terceros países entren a prestar servicios en los países desarrollados libremente. De esta forma, mientras que los trabajadores de la industria compiten por el empleo a nivel mundial, las fronteras nacionales (o supranacionales en el caso europeo) siguen siendo un límite a la competencia entre trabajadores de la economía del conocimiento –ej. médicos- (al menos de momento ya que el teletrabajo puede cambiar esto próximamente en el sector servicios/economía del conocimiento).

En este contexto, los “perdedores” de la globalización desarrollarán resentimiento y odio frente a los que obtienen los beneficios sin querer compartirlos. Conforme se incrementa la desigualdad dentro de la clase trabajadora, la división dará paso al

³⁴⁷ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit., p. 232.

³⁴⁸ COWEN, *Average is over*, A Plume Book, 2013.

³⁴⁹ BAKER, *Rigged: How globalization and the rules of the modern economy were structured to make the Rich richer*, op. cit, p. 6.

radicalismo político. En la campaña de Trump, uno de los lemas más *viralizados* fue la lucha contra las “elites” y el “establishment”, que no es otra cosa que reforzar ese sentimiento de abandono que tienen ciertas clases sociales por parte de las instituciones. De la misma forma, Regan, en su campaña electoral también cargó contra la “Wealfare Queen” con objeto de enfrentar a aquellos que “contribuían” con aquellos que, en su opinión, vivían de las ayudas del Estado. Así pues, la redistribución centrada solamente en impuestos genera división entre la propia clase trabajadora teniendo como resultado los mismos extremismos que puede generar la desigualdad entre capital-trabajo.

Por el contrario, con el Derecho del trabajo se consigue una predistribución de la riqueza, entendida como la distribución realizada en el momento de la generación de valor, que permite reducir la polarización y acotar los discursos tendentes a dividir.

Efectivamente, la realidad es que este resultado que se está produciendo en las últimas décadas –polarización económica de la clase trabajadora- puede ser reducido mediante regulación laboral. El salario mínimo y la negociación colectiva aplanan la varianza salarial en las empresas y los sectores donde se aplica, esto es: reducen la polarización salarial³⁵⁰. No se está hablando de prohibir el avance tecnológico o la globalización, sino de regular sus consecuencias más negativas.

En fin, si el Derecho del trabajo –y otras instituciones de política económica- no pone coto a las diferencias excesivas entre trabajadores –no justificadas por el mérito en la generación de valor, sino por factores como la “suerte”, la formación heredada, el sexo, país de nacimiento, etc-, no solo no cumplirá su función de reducción del conflicto social –estas diferencias en ingresos pueden provocar tanto conflicto y rabia como las diferencias entre capital y trabajo-, sino que perderá legitimidad social como instrumento de predistribución.

3. Justificaciones basadas en el mérito

³⁵⁰ Ver DINARDO, J., NICOLE M. F., & LEMIEUX, T.. “Labor Market Institutions and the Distribution of Wages, 1973–1992: A Semiparametric Approach” *Econometrica*, v. 64, n. 5, 1996; LEE, D. S., “Wage Inequality in the United States During the 1980s: Rising Dispersion or Falling Minimum Wage?”, *Quarterly Journal of Economics*, v. 114, n. 3, 1999, pp. 977–1023; AUTOR, D., MANNING, A., & CHRISTOPHER L. S., “The Contribution of the Minimum Wage to US Wage Inequality over Three Decades: A Reassessment”, *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 8, n. 1, 2016, pp. 58–99.

Planteemos el mérito como ejemplo. Difícilmente pueden propugnarse normas que favorezcan una correcta distribución entre capital trabajo de las rentas generadas basadas en el mérito, y la contribución aportada por cada uno, si posteriormente no existe una correlativa distribución basada en el mérito entre los propios trabajadores.

Los excesivos salarios, de cierto tipo de trabajadores muy valorados (ej., ingenieros informáticos) en detrimento de otros, hacen un flaco favor a la regulación laboral como redistribuidor de la riqueza y reequilibrador del poder de negociación. La regulación laboral debería encargarse de limitar los abusos de poder tanto por parte del capital sobre los trabajadores que carecen de él, como de los abusos de otros trabajadores que, privilegiados por su posición negociadora en su favor, dejan “migajas” para el resto de trabajadores.

En este sentido, los economistas sugieren que una de las razones por las que los salarios reales están congelados desde hace 40 años es la desaparición de límites para el crecimiento infinito del salario de algunos de los trabajadores. Concretamente se sostiene que reducción de las superiores tasas impositivas en el IRPF (tipos marginales del 70% y el 80%) que eran habituales en los años 60 y 70 por otras muchas menores (25% en EEUU en 2020) ha permitido que los salarios de los directivos de las empresas se disparen.

De acuerdo con estos economistas, estos aumentos han tenido otro efecto indirecto: la congelación de los salarios de los trabajadores. Se argumenta en este sentido, que cuando los tipos marginales del impuesto de la renta eran muy superiores, los directivos no tenían incentivos para aumentar su salario a niveles excesivos puesto que, en cualquier caso, gran parte de esa retribución se la iba a quedar el Estado y no ellos. Así pues, estos directivos optaban por otro tipo de beneficios como era mejorar los salarios de sus trabajadores, algo que los hacía populares dentro de la empresa, a la vez que reducía la dificultad de su trabajo al incrementar la cooperación de los trabajadores. Sin embargo, desaparecidos los límites salariales superiores (en forma de reducción drástica del IRPF), los directivos actuales negocian en su propio beneficio a costa de los salarios del resto de trabajadores de la empresa³⁵¹. Es decir, donde antes los mandos intermedios y los altos mandos estaban dispuestos a sacrificar parte de su salario –del cual iban percibir una pequeña parte debido a los impuestos - a cambio de incrementar el salario de sus

³⁵¹ BANERJEE & DUFLO, *Good economics for hard times*, op. cit.

subordinados y, con ello, hacer más simple su tarea, hoy en día prefieren quedarse esa parte salarial, aunque para ello tengan que “sacar el látigo” para conseguir los objetivos marcados que les hacen merecedores de dicho bonus o incremento salarial.

Incluso esta permisividad en el crecimiento infinito de las rentas altas puede provocar desempleo. Viene siendo más o menos habitual en las grandes corporaciones que los directores de departamento soliciten a la dirección de la empresa más personal para su área con objeto de poder cumplir los objetivos. Una vez más, la empresa puede hacer depender los cuantiosos bonus para los directores de área a la consecución de objetivos sin aumentar el personal. Esto es, se le ofrece al director de departamento parte de las rentas que la empresa se ahorra si no se contrata más trabajadores. Una vez más, sin un límite al crecimiento de los salarios individuales, el director de área tiene incentivos para aceptar el trato, reduciendo con ello el número de trabajadores contratados por la empresa, aunque para ello tenga que “forzar la máquina” propia y de sus subordinados ya contratados. Por el contrario, existiendo límites máximos en el salario -vía impuesto de la renta o vía negociación colectiva- el resultado sería distinto: bien se contrata a más trabajadores para repartir el trabajo; bien se reparte más equitativamente la renta entre todos los trabajadores.

De esta forma se observa que el conflicto entre trabajadores es real y el poder de negociación de unos puede ser usado para impedir que otros obtengan la parte que realmente se merecen³⁵². De aquí la necesidad de construir instituciones que garanticen el reequilibrio del poder de negociación entre trabajadores.

Las medidas correctoras fundadas en el mérito o la contribución parecen perfectamente aplicables en la redistribución horizontal. De acuerdo con Miller³⁵³, la justicia distributiva cimentada en el mérito implica, de una lado, que las decisiones basadas en criterios evidentemente irrelevantes desde el punto de vista del mérito deberían estar prohibidas (ej, basadas en raza, género, afiliación religiosa, razones no laborales, etc.); Esto justificaría las normas antidiscriminación y la aplicación del principio de igualdad a los trabajadores de las ETT, de las subcontratas, a tiempo parcial, los temporales, de diferentes empresas dentro de un grupo de empresas, etc. Todas estas

³⁵² BAKER, *Rigged: How globalization and the rules of the modern economy were structured to make the Rich richer*, op. cit, p. 147.

³⁵³ MILLER, *Principles of Social Justice*, Harvard University Press, 1999, pp. 151-155.

razones no deberían entenderse suficientes para justificar el empeoramiento de las condiciones laborales dado que no están basadas en el mérito. En efecto, no estaría justificado una diferencia salarial entre dos trabajadores que realizan las mismas funciones, y alcanzan el mismo nivel de productividad, basado en que su contrato temporal o que pertenece formalmente a una empresa subcontratista, etc.

Por otro lado, el mérito sí permite aceptar diferencias de trato basadas en criterios objetivos. De esta forma, la justicia distributiva no implica tratar a todos los trabajadores igual, sino permitir diferencias solamente basadas en una causa objetiva, justificada y proporcionada (ej, el rendimiento laboral, la productividad aportada, los ingresos generado, el valor añadido, etc.)³⁵⁴.

En fin, una verdadera meritocracia exige la aplicación del principio de igualdad a las relaciones individuales admitiendo solamente diferencias, bien cuando se esté ante situaciones objetivamente distintas, bien cuando se esté ante situaciones de hecho idénticas cuya causa de diferenciación sea razonable (relacionada con el trabajo y el mérito y que no esté fundamentada directa o indirectamente en un estereotipo histórico) y proporcionada³⁵⁵.

4. De vueltas con la protección de la eficiencia

En 1975 Okun en su famoso libro *Equality and Efficiency: The big tradeoff* estableció uno de los principios económicos que más ha arraigado en el pensamiento económico actual. Dicho estudio, con la revisión de series históricas de datos, pretendió demostrar que las sociedades más igualitarias eran sociedades más ineficientes³⁵⁶. Con este principio en mente, la política regulatoria empezó a abandonar cualquier regulación en favor de las sociedades igualitarias (impuestos progresivos, salarios mínimos, negociación colectiva, etc...). Sin embargo, sin entrar en el debate de lo dañino que puede ser una sociedad con fuertes desigualdades económicas para una verdadera democracia, la realidad es que con posterioridad este principio económico ha sido rebatido económicamente. De esta forma, en 2014, en el seno de las investigaciones del FMI, se

³⁵⁴ Ver TODOLI SIGNES, A., *El bonus salarial*, op cit.

³⁵⁵ TODOLÍ SIGNES A., “El principio de igualdad y las dobles escalas salariales”, op. cit.

³⁵⁶ OKUN, *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*, op. cit.

presentó un estudio titulado “*Redistribution, inequality and Growth*”³⁵⁷ donde, usando mayor cantidad de datos que los usados por Okun treinta años antes, se demostró que, a la inversa de lo que se creía, la equidad social y la eficiencia económica van de la mano. Es decir, existe una correlación positiva por la que las sociedades más igualitarias son sociedades más eficientes.

Esta conclusión económica es coherente con lo razonado en este trabajo. Así, una sociedad que no recompensa de forma equitativa a los trabajadores por los esfuerzos realizados en la generación de riqueza desincentivará el esfuerzo reduciendo con ello la eficiencia. En efecto, sin regulación laboral que permita reequilibrar el poder de negociación entre capital y trabajo y entre los propios trabajadores, la parte con más poder de negociación podrá usar dicho poder para extraer más renta de la que merece, desincentivando con ello el esfuerzo y la colaboración –y desafección social-, teniendo como resultado la disminución de la eficiencia y el crecimiento económico.

Así, varias teorías avalan estos datos obtenidos en el FMI. La teoría de la equidad proveniente de Adams³⁵⁸ establece que la motivación de un trabajador para esforzarse no obedece solamente a cuánto le paguen, sino que también depende de lo que se aplique al resto de trabajadores con el que éste se compara. En este sentido, la teoría explica el rol que las comparaciones juegan en la motivación del trabajador³⁵⁹. Esta teoría mantiene que cuando el trabajador entiende que existe una relación justa entre lo que aporta a la empresa y lo que recibe de ésta (incluyendo salario, primas salariales, reconocimiento social, estatus, etc...) el trabajador estará motivado. Sin embargo, las opiniones varían enormemente en cuanto al significado que la justicia y la equidad tienen referida a la retribución. No existen unidades de medida absolutas, objetivas y universalmente aceptadas de la justicia³⁶⁰. Por esta razón, esta teoría asume que el trabajador, para establecer esa relación de justicia entre lo que aporta y lo que recibe, se compara con otros trabajadores, tanto de su empresa como de otras empresas.

³⁵⁷ OSTRY, BERG & TSANGARIDES, “Redistribution, inequality and Growth”, *IMF Staff Discusión note*, 2014, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2014/sdn1402.pdf>

³⁵⁸ ADAMS, J. S., “Inequity in social Exchange”, en BERKOWITZ L.R., (Ed.), *Advances in experimental social psychology* (Vol. 2) , Academic Press, New York, 1965, pp 267-299.

³⁵⁹ HENEMAN ROBERT L., y WERNER JON M., *Merit pay*, op cit., p 29.

³⁶⁰ BELCHER D. S., *Sistemas de retribución y administración de salarios*, Ediciones Deusto, 1978, p 21.

Bajo esta teoría, si el trabajador se siente infra-remunerado en comparación con sus compañeros, o con sus propias creencias de lo que merece, disminuirá su rendimiento con objeto de volver a establecer un equilibrio entre lo que recibe de la empresa y lo que aporta a ésta. Además, según Adams esto también ocurre si el trabajador se siente supra-remunerado. En este caso la teoría mantiene que el trabajador que recibe más de lo que cree merecer se sentirá culpable ante sí mismo y ante sus compañeros y, por tanto, no estará motivado para esforzarse al máximo en el trabajo³⁶¹. Esto es, para garantizar la cooperación y la motivación de los trabajadores en beneficio de la eficiencia es necesario que los sistemas salariales no sean discriminatorios y respondan a criterios objetivos.

Diversos experimentos apoyan la realidad de esta teoría. Dentro de las posibilidades de fijación subjetiva –en contraposición a objetiva- del salario, el caso extremo lo reflejan los llamados *bonus sorpresa*. Estos bonus salariales son entregados por el empresario o un mando intermedio a los trabajadores de forma irregular, sin establecer condición previa alguna para su obtención y sin justificación o motivación.

En este sistema los supervisores disponen de un presupuesto anual para gastar en bonus de forma discrecional, y estos pueden ir premiando a sus subordinados hasta que la partida presupuestaria asignada a la empresa para ello se agota. De esta manera, los trabajadores desconocen que comportamientos compensará el supervisor y éste tampoco tiene que justificar esas gratificaciones ni tiene porque seguir un patrón (es decir, el supervisor puede otorgar un bonus a unos trabajadores y no a otros, aunque exista el mismo comportamiento entre ambos).

Pues bien, el análisis empírico realizado sobre estos tipos de bonus ha demostrado una reducción del esfuerzo de todos los trabajadores implicados en el plan, tanto para aquellos que percibieron el bonus como para aquellos que no. La justificación proviene de la imposibilidad de previsión y del sentimiento de injusticia. Los trabajadores que percibieron el bonus no tienen incentivos para repetir el comportamiento puesto que desconocen las razones de éste; y en caso de conocerlas no tienen garantizado que vuelvan a recibirlo si repiten el mismo comportamiento. Por su parte, los trabajadores que no lo

³⁶¹ Los estudios empíricos establecen que el sentimiento de estar supra-remunerado aparece solo en casos extremos, GARLAND, H., “The effects of piece-rate underpayment and overpayment on job performance: A test of equity theory with a new introduction procedure”, *Journal of applied Social Psychology*, n. 3, 1973, pp 325-334.

percibieron se sienten tratados injustamente, lo que les lleva a la desmotivación y reducción del esfuerzo³⁶².

En definitiva, la percepción de justicia, previsibilidad y ausencia de favoritismo juegan un papel crucial en la efectividad de los incentivos salariales³⁶³.

En fin, se comprueba que la intervención regulatoria, cuando existe un desequilibrio en el poder de negociación entre los propios trabajadores, pasa a estar justificada por dos motivos: de un lado, por una cuestión de justicia retributiva por la cual cada persona no debería recibir más que aquello que merece por su aportación. De otro lado, con objeto de evitar que un reparto arbitrario o subjetivo de las rentas generadas desincentive el esfuerzo y reduzca la eficiencia.

Por esta razón, son necesarias normas de transparencia que permitan a los trabajadores conocer el nivel retributivo de sus compañeros que realizan las mismas funciones y que obliguen a la empresa a justificar las diferencias salariales, admitiendo como válidas solamente aquellas justificaciones relacionadas con el mérito y que no conduzcan de forma directa o indirecta a discriminaciones basadas en estereotipos históricos o no relacionados con la labor profesional. Adicionalmente, para que esta regulación tenga éxito es necesario que el ámbito de aplicación del principio “trabajo de igual valor, igual salario” y de las normas de transparencia y justificación salarial, sea superior al empresarial. Si se permite que la mera interposición de una personalidad jurídica distinta -distinta empresa- cercene la aplicación de la igualdad en las condiciones laborales, y del principio del mérito para las diferencias, su efectividad será irrisoria.

En fin, si se desea que estos principios sean efectivos, deben aplicarse en ámbitos sectoriales o como mínimo de aplicación a todas las empresas que formen parte de una misma unidad económica, incluyendo en este concepto, los trabajadores de subcontratas, de ETT, de otras empresas dentro del grupo empresarial, de diferentes agencias de la empresa principal, franquicias etc. De lo contrario, aparecerán decenas de figuras

³⁶² ENGELLANDT A., & RIPHAHN R T., “Evidence on incentive effects of subjective performance evaluations”, *op. cit.*, en especial p 256; BREZA E., KAUR S, SHAMDASANI Y., “The morale effects of pay inequality”, *Quarterly Journal of Economics*, v. 133, n. 2, 2018, pp. 611-663.

³⁶³ FEHR, ERNST & SCHMIDT KLAUS M., “Adding a stick to the Carrot? The interaction of Bonuses and Fines”, *American Economic Review*, v. 97, n. 2, 2007, pp 177-181.

contractuales mercantiles que permitan saltarse el principio de igualdad salarial y de mérito que harán este inaplicable.

“La peor forma de injusticia es la justicia simulada”

Platón

PARTE III

EL CONCEPTO DE “GENUINO EMPRESARIO” COMO DELIMITADOR DEL DERECHO DE TRABAJO.

La adaptación del Estatuto de los Trabajadores al Siglo XXI debería empezar por una profunda reflexión sobre a quién debe aplicarse. El modelo productivo-empresarial y los propios trabajadores (ahora mucho más formados) son muy distintos a los existentes en el momento en el que nació el Derecho del trabajo.

Las empresas, cada vez más, mantienen en su patrimonio solamente aquellos elementos que tienen un alto valor añadido (lo económicamente valioso) y descentralizan todo lo demás. Esto provoca que jurídicamente se mantenga separado, de un lado, la marca de la empresa y las infraestructuras y, de otro, a los trabajadores o la mano de obra –incluido a los supervisores- mediante contratos mercantiles (contrato de prestación de servicios, contrato de agencia, arrendamiento de industria, franquicias, etc.). El objeto de estas estrategias no es otro que empujar hacia debajo de la cadena los riesgos propios del negocio y los elementos que se consideran que aportan poco valor añadido: entre ellos casi siempre se incluye al trabajo intensivo en mano de obra.

Frente a esta estrategia, la única manera de asegurar los derechos de los trabajadores, y la efectividad de la regulación del mercado de trabajo, es imputar las obligaciones laborales a aquellos que poseen los recursos para sostenerlas. Para ello, parece prudente abandonar las tradicionales concepciones que delimitan el trabajo asalariado conforme a esquemas clásicos del trabajo industrial con horarios marcados, jornadas determinadas por el empresario y realizado en un espacio físico propiedad del

empresario. Por el contrario, la realidad financiera del trabajador que depende económicamente de su empresario por falta de recursos, por falta de una marca propia, por inexistencia de bienes de capital suficientes, entre otros, será lo que identifique en el S. XXI al trabajador. En definitiva, deberá ser asalariado el que carezca de estructura productiva propia e independiente.

En esta tercera parte se argumentará que, el cambio de las formas de organización empresarial, han dejado obsoleto el concepto actual de trabajador, lo que impide que las normas laborales hoy en día cumplan sus funciones. El restrictivo ámbito de aplicación de sus normas excluye gran parte de la fuerza de trabajo, siendo un obstáculo para mejorar la eficiencia (principalmente mediante la competencia desleal y el abaratamiento de costes laborales) y para conseguir un meritocrático reparto de la riqueza. Por ello, se propone una interpretación finalista del concepto de trabajador conforme a la realidad económica y productiva actual del mercado de trabajo que permita aplicarse a todos los trabajadores subordinados en el S. XXI. Esto se consigue mediante la definición de lo que es un genuino empresario el cuál sería el único prestador de servicios que debería estar excluido de la aplicación del Derecho del trabajo.

X. LOS “AUTÓNOMOS” NO EXISTEN.

1. Eliminando la dependencia jurídica como criterio delimitador de las normas laborales.

En todo el mundo³⁶⁴, la principal característica que da pie a la aplicación de las leyes laborales es la existencia de una relación subordinada. En efecto, el modelo de protección actual gira en torno a la existencia de dependencia jurídica en la prestación de los servicios como una de las dos características principales del contrato de trabajo³⁶⁵.

Sin embargo, si se desea modernizar el Derecho del trabajo, adaptarlo a las nuevas formas organizativo-empresariales y que sea un instrumento útil para la política económica, lo primero que se debe hacer -y ya se está haciendo³⁶⁶- es eliminar el requisito de dependencia jurídica con el empresario como puerta de entrada a las normas laborales.

El contrato de trabajo, nacido al albor de la revolución industrial, tenía como objetivo proteger a los trabajadores de las grandes fábricas³⁶⁷. Trabajadores que se identificaban principalmente por dos características. La primera, la dependencia jurídica, entendida, por una parte, como la pertenencia a una estructura organizativa propiedad del empresario y, por otra, como la dependencia jerárquica del trabajador al empresario o en quién delegara. Esto es, que el empresario pudiera establecer legalmente órdenes e instrucciones, incluido el horario, la jornada de trabajo, la forma de realizar las tareas y, a su vez, supervisar que este trabajo estuviera ejecutado conforme a los deseos del empresario y, por último, sancionar al trabajador -incluyendo el despido- si incumplía con estas instrucciones.

³⁶⁴ Recomendación de la OIT núm. 198 sobre la relación de trabajo de 2006, específicamente en el artículo 4.a) que los estados miembros deben “proporcionar a los (...) a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”.

³⁶⁵ En España, art. 1 del ET recoge la dependencia y también la ajenidad, pero con el paso del tiempo la primera de las dos ha aumentado de importancia, RODRIGUEZ PIÑERO, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, *op. cit.* En EEUU, los Tribunales aplican, mayoritariamente, el “right to control test” para descubrir si existe subordinación y calificar como laboral SPRAGE, R., “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to fit in Round Holes”, *op. cit.*, p 16. En Italia, art. 2094 del Código Civil que regula el contrato ordinario de trabajo hace referencia al trabajo subordinado. En los Países Bajos, el contrato de trabajo se encuentra regulado en el art. 7:610, párrafo 1, del Código Civil, donde la puesta a disposición de otra persona para prestar servicios es el único elemento calificativo.

³⁶⁶ TODOLÍ SIGNES A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *op. cit.*

³⁶⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, *op. cit.*, p 45.

La segunda particularidad era la ajenidad (asimilada a la subordinación económica). Esta característica posee varias facetas: i) ajenidad en los medios de producción, dado que el trabajador no era propietario de la fábrica, ni de la maquinaria; ii) La ajenidad en los riesgos, entendiendo que el trabajador quedaba aislado a la fortuna que sufra la empresa, siendo el empresario el que asume las pérdidas y percibe los beneficios del negocio³⁶⁸; iii) ajenidad de los frutos, siendo el resultado del trabajo del empleado propiedad del empresario³⁶⁹; iv) ajenidad en el mercado, entendida como la imposibilidad del trabajador de ofrecer su trabajo directamente a los clientes, es decir, los clientes pertenecen al empresario³⁷⁰.

Puesto que esos trabajadores del S. XIX, que se querían proteger en aquel momento, tenían esas dos características distintivas, la aplicabilidad de las normas laborales se hizo supeditándose a que se cumplieran esas dos características³⁷¹. Una decisión que ya en su momento podía ser criticada -por desacertada-³⁷², pero que actualmente puede provocar efectos muy perjudiciales en el mercado de trabajo.

En efecto, ya en su momento, cuando el objetivo principal del Derecho del trabajo era únicamente reequilibrar el poder de negociación entre las partes del contrato de trabajo, exigir la dependencia jurídica como requisito de aplicabilidad desvinculaba los que necesitaban protección de los que la recibían. La razón principal de la desigualdad del poder de negociación, y de la inexistencia de autonomía de voluntad real del trabajador, que hace necesario la aplicabilidad del Derecho del trabajo, no proviene de que el trabajador tenga que cumplir órdenes del empresario, sino por carecer de la tecnología necesaria para producir -que sí tenía el empresario.

El hecho de que el trabajador no disponga del capital suficiente (marca, tecnología, infraestructuras) para poder prestar servicios directamente al mercado es lo

³⁶⁸ BAYON CHACON, G & PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid 1976, p 16.

³⁶⁹ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1968, pp 18-19.

³⁷⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Civitas*, n. 28, 1986.

³⁷¹ PÉREZ AMORÓS, F., “El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo Español”, *op. cit.*; DEAKIN, “The evolution of the employment relationship” en AUER & GAZIER (ed.), *The Future of work, employment and social protection: The Dynamics of Change and protection of workers*, International Institute for Labour Studies, 2002.

³⁷² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., & ÁLVAREZ CUESTA, H., *Trabajo Autónomo y Trabajo por cuenta ajena: Nuevas formas de precariedad laboral*, Bomarzo, 2019, p 13.

que provoca que tenga que ofrecer su fuerza de trabajo a los que sí disponen de este capital. Y es precisamente el derecho de propiedad, que permiten al dueño de ese capital excluir -despedir- al trabajador que no cumple lo que el empresario desea de él, lo que hace que el trabajador se vea obligado a cumplir con las instrucciones y órdenes dadas por el empresario. Así pues, lo que hoy llamamos dependencia jurídica, en el inicio, es más bien una *consecuencia* de la prestación de servicios industrial -y de las condiciones socioeconómicas de los sujetos- y no un *presupuesto*. Por esta razón, exigir la dependencia jurídica como criterio necesario para la aplicabilidad de las normas laborales puede dejar fuera del ámbito de protección a muchos que lo requieren.

Históricamente esto no ha sido demasiado pernicioso, dado que la organización empresarial mayoritaria era la integrada verticalmente, fuertemente jerarquizada. Esto provocaba que, en el fondo, la mayoría de trabajadores que carecían de medios de producción *también* estuvieran sometidos a órdenes estrictas del empresario y, por ello, les resultara de aplicación el Derecho del trabajo. Sin embargo, en las últimas décadas esto ha cambiado pudiendo provocar que, de insistir en la exigencia de la dependencia jurídica como criterio delimitador necesario del Derecho del trabajo, las normas laborales no puedan cumplir su función reequilibradora del poder de negociación y, mucho menos, el Derecho del trabajo alcance sus funciones de regulación del mercado de trabajo para obtener la deseada eficiencia.

2. La evolución del modelo económico y su vinculación con la menor dependencia jurídica del trabajador

Los teóricos de la empresa se preguntaban qué determina que un empresario esté interesado en dirigir más o menos actividades dentro de su organización y con ello contratar laboralmente a más o menos trabajadores. La respuesta a esta incógnita la dio un joven Ronald Harry Coase, en aquel momento profesor de la London School of Economics en 1937³⁷³, que apuntó a los *costes de transacción* como el concepto clave. Una explicación que, en conjunto con otras investigaciones, acabaron por hacerle merecedor del premio nobel de economía. Este Economista y abogado, considerado uno de los fundadores del análisis económico del Derecho, defendió que una organización empresarial define la amplitud de su perímetro óptimo de modo que optimice las economías de escala que puede obtener en su seno. Cuanto más minimice los costes

³⁷³ COASE R. H., "The Nature of the Firm", *Economica, New Series*, v. 16, n. 4, pp. 386-405, 1937.

realizando tareas en su interior, gracias a la jerarquía que impera dentro de la organización, más crecerá. Así, la gran empresa industrial que integra en su interior todas las tareas para la producción de un bien -el ejemplo típico es una factoría de automóviles- lo hace porque esta opción de integración jerárquica tiene ventajas de costes frente a la de comprar en el mercado los productos intermedios –motor, ruedas, salpicadero, cristales- que hay que ensamblar en el producto final.

Sin embargo, las cadenas de producción que hoy conocemos, incluso en ese mismo sector del automóvil, se caracterizan por operar con muchas más transacciones de mercado entre distintos tipos de proveedores y de estos con el ensamblador que da nombre a los modelos de los vehículos. Además, muchos de esos intercambios se realizan a través de las fronteras, existiendo cadenas de producción verdaderamente globales. La razón por la que se han producido estos cambios –externalización de fases de la producción y globalización de las cadenas- es que una relación jerárquica dentro de una sola empresa ya no es, en ocasiones, la opción más ventajosa para minimizar los costes de organizar la producción. Tampoco lo es para disponer del control sobre los procesos productivos: los mercados son más fiables que antes y las tecnologías de control han mejorado muchísimo, gracias a los instrumentos que ofrecen la informática y las telecomunicaciones. El resultado es que los costes de las transacciones en los mercados se han reducido mucho, frente a las ventajas de reducir esos costes mediante la planificación y la jerarquía dentro de las empresas, que ya no son tan claras en muchos casos.

Los costes de transacción de operar en los mercados son la principal razón por la que las empresas prefieren realizar el trabajo por sí mismas, dentro de una organización preparada para prestar servicios³⁷⁴. En los dos siglos anteriores, las empresas eran conscientes de que realizar el trabajo mediante personal independiente a la empresa era caro. La información viajaba lentamente y se perdía gran parte de la productividad controlando a *posteriori* la calidad del trabajo realizado. Por ello, las empresas han preferido contar con personal propio -dependiente- que realizara el trabajo; personal formado por la empresa que asegure la calidad del producto o la prestación del servicio ofrecido por la compañía; personal sujeto a controles de entrada -entrevista de trabajo y procesos de selección-; controles de calidad del trabajo -supervisión por mandos

³⁷⁴ COASE R. H., “The Nature of the Firm”, *op. cit.*, recientemente también han sido llamados costes externos o costes de coordinación, SUNDARARAJAN A., *The Sharing economy, The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, 2016, p. 85 (ejemplar en PDF).

intermedios-; control de salida - poder disciplinario-. Estos criterios han conducido al crecimiento del empleo asalariado en las organizaciones con más capacidad de aprovechar las ventajas potenciales de los mismos.

Todo esto cambia cuando las nuevas tecnologías reducen los costes de transacción y control asociados al uso de personal externo, hasta asimilarlos con los costes de transacción del personal interno. Las nuevas tecnologías digitales están permitiendo una disminución de los costes de transacción y control en los mercados inimaginable hasta hace pocas décadas. Para poder hacerlo han de desarrollarse alternativas que resulten eficaces en las dimensiones señaladas: suministro de información abundante, fiable y barata; control de la cantidad y calidad del trabajo o sus productos; mecanismos de selección de trabajadores y supervisión a posteriori, etc.

Con la reducción de los costes de transacción de operar en los mercados, la empresa tiene menos incentivos para poseer grandes estructuras organizativas. En efecto, cualquier observador de la realidad puede percatarse que la descentralización está aumentando, externalizándose tareas y creándose cadenas o redes de producción dispersas. Con la reducción de los costes de transacción, para la competitividad de la empresa lo importante ya no es la capacidad de realizar múltiples tareas productivas que comparten sinergias entre sí, sino la especialización en determinadas tareas o fases de la producción de un bien, especialmente en aquellas que añaden más valor a la cadena. El resto puede ser externalizado si los mercados ofrecen alternativas convenientes: comprarse en cualquier lugar.

Conforme mejoran las tecnologías y los costes de transacción y control se reducen se está empezando a observar que la externalización de las tareas puede fragmentarlas hasta el punto de adquirir tareas muy específicas en los mercados³⁷⁵. Algunas de ellas pueden ser desempeñadas por trabajadores individuales de manera competitiva³⁷⁶. Económicamente, las dos condiciones para que esto sea factible son: que estén disponibles los mecanismos de control sobre las tareas que desempeñan estos

³⁷⁵ MERCADER UGUINA, J. R., “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 63, 2020.

³⁷⁶ No obstante, muchas veces los autónomos solamente son competitivos porque reducen el precio de su trabajo y no porque sean más eficientes o porque no se les aplica determinadas regulaciones como el SMI e incluso porque la empresa contratante se ahorra determinados costes en materia de cotización a la Seguridad Social.

trabajadores; y que los trabajadores puedan operar con el equipamiento necesario, bien porque se lo suministra la empresa o bien porque requiere inversiones bajas que están a su alcance (por ejemplo, un ordenador personal o un Smartphone).

Los trabajadores asalariados, contratados por una empresa como empleados, nacieron para asegurar una estandarización –mediante las debidas instrucciones- del producto o servicio ofrecido por una misma marca. De ese modo se ofrecen garantías de calidad a muchos potenciales consumidores³⁷⁷, gracias a la capacidad de la empresa de centralizar la información derivada de sus experiencias. Como consecuencias de ello, una marca conocida permite reducir los costes de búsqueda y elección a los consumidores al permitirles prever de antemano la calidad de la transacción³⁷⁸. A este valor de la marca no renuncia la empresa que lo posee que descentraliza y atomiza su producción. De hecho, la marca es un capital intangible que la empresa conserva y el prestador final del servicio (o trabajador) no posee, una circunstancia que lo hace subordinado económicamente de la empresa para la que trabaja. En ese sentido, que la relación sea formalmente mercantil no quiere decir que todos los que participan en ella se encuentren en un mismo plano de igualdad: con frecuencia, persiste la subordinación y la jerarquía, pero por otras vías. Y también ciertas economías de escala, ahora asociadas en parte a las grandes marcas.

Una de las implicaciones de esta tendencia a la reducción de los costes de transacción en los mercados es que las empresas contratan a menos trabajadores estables y su modelo de negocio puede apoyarse más en proveedores individuales de servicios que no son empleados estables o no son asalariados, sino formalmente autónomos independientes. Sin embargo, como se está viendo, estos trabajadores no dejan de estar controlados por las empresas y subordinados a ellas, como también lo están las empresas que son proveedoras de las que lideran las cadenas de valor de los distintos sectores.

La conclusión de lo señalado es que la descentralización de las cadenas de producción y la atomización del mercado productivo llegando a los proveedores individuales no elimina la jerarquización ni el control realizado por parte de la principal y, sobre todo, no hace desaparecer la ajenidad patrimonial (subordinación económica) que dio origen a la necesidad del Derecho del trabajo dado que estos prestadores

³⁷⁷ COASE R. H., “The Nature of the Firm”, *op. cit.*

³⁷⁸ RUBIN, P.H., “The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract”, *The Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 1, 1978, pp. 223-233.

individuales de servicios no poseen la estructura productiva –el capital- suficiente para funcionar en el mercado sin el apoyo de la principal. Ello provoca una dependencia *de facto* de esta.

Así pues, en muchos de estos casos no se está ante verdaderos autónomos independientes con capacidad de decisión sobre las cuestiones relevantes del negocio y de autororganización propia, sino ante trabajadores laborales cuya dependencia se manifiesta, no por los indicios clásicos de subordinación sino ante nuevas manifestaciones de esta. En efecto, la tecnología y las nuevas metodologías organizativas permiten subordinar el trabajo de manera distinta a como se hacía en el pasado. De esta forma, si se sigue usando solamente indicios clásicos de subordinación mucho del trabajo subordinado puede pasar desapercibido impidiendo con ello la aplicación del Derecho del trabajo a estas relaciones realmente dependientes.

Adicionalmente, la mejora del nivel formativo y cultural de los trabajadores y la disminución de los costes de transmisión de la información gracias a las nuevas tecnologías han permitido la desintegración vertical de las empresas, la reducción de los mandos intermedios y, en general, una reducción general de las instrucciones y del control de los trabajadores por parte de las empresas. Esto ha permitido incrementar la autonomía de los trabajadores y el autocontrol -o el control por parte de los clientes y los compañeros de trabajo-. Así, actualmente, se busca que el trabajador haga lo que tiene que hacer sin necesidad de ordenárselo. Mediante la “amenaza” del despido y los incentivos salariales se sustituye el histórico control jerárquico por el autocontrol del propio trabajador en el que la dependencia jurídica deja de ser necesaria dado que la subordinación económica del trabajador cumple la misma función, esto es: que el trabajador sirva a los intereses del empresario aun sin que le sea ordenado ni esté estrictamente controlado.

Esto provoca, de un lado, que la libertad y autonomía del trabajador solamente sea formal y no material, de otro lado, que si perseveramos en la dependencia jurídica como criterio delimitador de las normas laborales éstas no se aplicarán a los que viven de su trabajo.

Respecto a la primera cuestión, desde el momento en el que se eliminan las instrucciones, los horarios y jornada, pero a la vez se reducen las protecciones frente al despido -despido libre-, el trabajador deberá autoexplorarse para mantener el empleo. En este sentido, la libertad de elección de jornada y de horario por parte del trabajador, que

puede ser vista como una fuente de libertad y autonomía, puede implicar que el trabajador debe ser responsable del cumplimiento de las tareas asignadas con independencia del tiempo necesario para ello. Una vez más, si el trabajador no cumple será despedido. Lo mismo ocurre en cuanto a la libertad de elección del lugar de trabajo y el teletrabajo. La empresa no tiene interés en controlar dónde –ni cómo- se realiza el trabajo, sino simplemente que esté terminado con la calidad esperada (la desaparición de las protecciones efectivas frente al despido facilita que no sea necesario dictar instrucciones o controlar el trabajo sino solo el resultado). Así, cualquier lugar o momento se convierte en idóneo para trabajar impidiendo la separación entre el trabajo y la vida personal. Es decir, cuando existe *subordinación económica*, por mucho que se quiera no puede existir una verdadera autonomía o libertad (entendida la subordinación económica como un *alto nivel de sustituibilidad* -marca ajena- y la incapacidad real de rechazar el trabajo *por no tener fuentes alternativas de ingresos suficientes*).

En cualquier caso, en aquellos casos en los que hipotéticamente exista una verdadera autonomía o libertad del trabajador para aceptar o rechazar encargos del empresario, para elegir el horario y la jornada de trabajo, etc., esto no puede verse como un criterio para la inaplicabilidad del Derecho del trabajo, sino precisamente como una “conquista” laboral igual como lo fue la jornada de ocho horas o el salario mínimo.

Conocida es la película *Tiempos Modernos* dónde se muestra claramente, en toque humorístico, la alienación del trabajo provocada por la falta de autonomía de los trabajadores. Desde sus inicios, esta falta de libertad y autonomía ha sido una reivindicación de los trabajadores y motivo de conflicto entre los sindicatos y la empresa. En efecto, una de las razones de cambio en la forma de organizar el trabajo, que otorga mayor libertad a los trabajadores, fue precisamente que la falta de autonomía en el trabajo, y la excesiva vigilancia por parte de los supervisores, era motivo constante de conflicto laboral. De esta forma, alcanzar el éxito en las reclamaciones laborales nunca debería ser una razón para, precisamente, excluir de la aplicación del Derecho del trabajo. Lo contrario nos llevaría a un ciclo sin sentido, en el que gracias a las normas laborales los trabajadores mejoran sus condiciones, para tener como resultado la inaplicación de las mismas, que emporará su situación, lo que hará necesaria de nuevo su aplicación.

La libertad y la autonomía de los trabajadores en la forma de ejecutar el trabajo es una demanda laboral clásica y, a su vez, es posible gracias, en parte, al incremento de

formación y el nivel cultural de los trabajadores, por lo que no debería producir como resultado la propia inaplicación del Derecho del trabajo.

En el ámbito comparado ya existen ejemplos de normativas que abandonan la dependencia jurídica como criterio delimitador necesario del contrato de trabajo. Esto es, permiten la aplicación de toda la normativa laboral, aunque el trabajador sea independiente jurídicamente. Este es el caso del Estado de California, donde la ley AB5, establece que para que un autónomo individual (*worker*) no se considere empleado laboral, el empresario deberá probar los tres siguientes elementos:

- a) Que es libre del control y la dirección de la empresa
- b) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa que lo contrata
- c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente

De esta forma, si la empresa, que contrata al trabajador formalmente autónomo, no es capaz de probar estos tres elementos acumulativamente se considerará asalariado. Esto conduce a que sea perfectamente posible que exista un contrato de trabajo en el que el prestador de servicios esté totalmente libre del control y de la dirección de la empresa mientras cumpla una de las otras dos características³⁷⁹. Por ello, no parecería descabellado que el resto de países siguieran la misma línea permitiendo la aplicación del contrato de trabajo a prestadores individuales con autonomía total y absoluta.

Cosa distinta es que las nuevas tecnologías y el nivel formativo de los trabajadores permitan una mayor libertad y autonomía de los trabajadores sí puede ser motivo de cambio de determinadas normas laborales -contenido material de las normas-, pero no de exclusión de la aplicación del Derecho del trabajo. Como señala Cruz Villalón, el grueso de la normativa laboral gira en torno a la regulación de los poderes empresariales, sean de carácter organizativo, de control de la prestación o disciplinarios, que se diseñan sobre la premisa de la dependencia jurídica. De esta forma, este autor señala que, desde un punto de vista técnico, resulta inviable el traslado de estas regulaciones al ámbito del trabajo autónomo donde tales poderes en favor del “cliente” no se dan, provocando, en caso de que se hiciera, un “encorsetamiento por la vía de reglas rígidas, poco adaptables

³⁷⁹ TODOLÍ, A., “El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley de California (AB5)”, *TyD*, n. 66, 2020.

a un modelo económico que requiere de las correspondientes dosis de flexibilidad organizativa”³⁸⁰.

En este sentido, en *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, ya señalaba que, en el trabajo en plataformas digitales, donde la tecnología permite, en algunos casos, otorgar al trabajador la libertad de elegir su propio horario y jornada, esto podría entrar en conflicto con algunas normativas laborales en materia de salario garantizado por hora trabajada³⁸¹. De ser así, la normativa laboral -o más bien la negociación colectiva- debería establecer mecanismos legales para solucionar estos conflictos. Ahora bien, este posible conflicto de aplicabilidad de una concreta norma no parece que sea una razón para la exclusión absoluta de estos trabajadores, con autonomía y libertad, de la regulación laboral.

Esto es, no se debe confundir los requisitos o criterios de aplicabilidad del Derecho del trabajo con su contenido. Si en algún caso cierta norma concreta (contenido material del Derecho del trabajo) no resulta idónea para ser aplicada a los trabajadores autónomos, ese concreto contenido puede modificarse, a través de una regulación laboral especial, una modalidad del contrato de trabajo (como se ha hecho con el teletrabajo³⁸²) o la negociación colectiva, pero ello no debe ser razón de exclusión de la laboralidad.

En fin, por un lado, se debe concluir que con *subordinación económica* -ajenidad patrimonial, de mercado y en los frutos- no puede existir verdadera libertad y es que, por mucha libertad formal (horario, jornada, posibilidad de rechazar tareas, sobre cómo y dónde realizar el trabajo), que tenga el autónomo, la realidad es que este tendrá que cumplir con los deseos de quién le encarga la tarea o el trabajo -calidad esperada del servicio prestado, tiempos máximos de entrega, cantidad de trabajo a realizar decidida por el principal- si quiere seguir recibiendo encargos y obteniendo los ingresos que necesita (amenaza de despido). De otro lado, incluso aunque no fuera así, la realidad es que la existencia de dependencia jurídica es un criterio no relevante para examinar la

³⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española”, *Labour & Law Issues*, v. 6, n. 2, 2020, p. 32.

³⁸¹ No obstante, parte de la doctrina sostiene que no existe “incompatibilidad” sino que las empresas deben cambiar su modelo de negocio para adaptarlo a la legislación vigente en materia de horarios, ver GINÉS I FABRELLAS A., “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, *Labos*, v. 2, n. 1, 2021, pp. 19-42.

³⁸² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., & TODOLÍ SIGNES A., *Trabajo a Distancia y Teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021.

necesidad de las protecciones laborales y la aplicabilidad del Derecho del trabajo para que este cumpla sus funciones.

Así, lo que permitirá que el Derecho del trabajo cumpla sus objetivos de regulación del mercado de trabajo, de distribución de la riqueza y de igualdad será que se aplique a todo aquel que *presta servicios sin ser un genuino empresario*, siendo irrelevante si lo hace con dependencia jurídica o independencia.

3. Ámbito de aplicación de las normas laborales para que puedan cumplir sus funciones

El problema de la exclusión de los trabajadores del ámbito de protección del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sin duda, es una de las principales causas de imposibilidad de cumplimiento de las funciones del Derecho del Trabajo (junto con la existencia de normas no efectivas).

No obstante, sería ingenuo pensar que se está ante un problema completamente nuevo. Con la evolución del mercado de trabajo de los últimos años se ha constatado un aumento de la sustitución de mano de obra laboral por mano de obra “independiente”. De hecho, la extrema flexibilidad en la utilización de la mano de obra, y la transferencia del riesgo desde la empresa hacia el prestador de servicios mediante la utilización de la figura de los autónomos, se ha convertido en una realidad para una gran parte de la fuerza de trabajo³⁸³.

Por ello, las propuestas doctrinales de modernización del Derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas por ampliar del ámbito subjetivo de la disciplina para que esta pueda cumplir con sus funciones. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería

³⁸³ DE STEFANO V., “The rise of the “just-in-time workforce”, *op. cit.*

extenderse a todo el "mundo del trabajo"³⁸⁴. La anterior tendría, como primera consecuencia, que el trabajo personal, esté formulado bajo dependencia o independencia, seguiría sujeto a normativas protectoras.

Las posiciones doctrinales, obviamente, difieren en cómo realizar la ampliación y en el tipo de protecciones que debieran tener las relaciones personales de trabajo que entraran dentro del Derecho del trabajo.

La Comisión Europea, en un informe realizado bajo la dirección de Alain Supiot³⁸⁵, tuvo como objetivo reformular el Derecho del trabajo de tal forma que se liberara de las restricciones del trabajo subordinado bajo el contrato de trabajo. La idea central en el “informe Supiot” fue la de reconocer y concienciar sobre la existencia de un amplio rango de situaciones en las que los ciudadanos están trabajando a pesar de no encontrarse bajo un contrato de trabajo. De hecho, el informe Supiot no se limitaba a ampliar el ámbito subjetivo de la disciplina al “trabajo no subordinado”, sino también al “trabajo no remunerado” (ej., cuidados dentro de la familia o tareas domésticas sin retribución). La ambiciosa propuesta configuraba un “statut professionnel” o estatuto profesional, donde se incluirían todos aquellos que prestaran servicios de mano de obra. No obstante, en dicha propuesta, este estatuto se limitaría a conceder derechos de Seguridad Social. Esto es, Supiot proponía desligar la protección de Seguridad Social de la existencia de un contrato de trabajo. Efectivamente, uno de los primeros problemas con los que se encuentran los trabajadores autónomos es su desprotección en materia de Seguridad Social respecto a sus homólogos trabajadores. Por su parte, éste es el campo donde más se avanzado en los últimos años –a pesar de seguir existiendo importantes diferencias-.

También Lyon-Caen³⁸⁶, en su momento, propuso integrar en el Derecho del Trabajo relaciones personales de trabajo distintas al contrato de trabajo. En este sentido, propuso “un Derecho del trabajo para trabajadores distintos de los existentes en el modelo

³⁸⁴ FREEDLAND, C., JACQUESON, C., KOUNTOURIS, N., *Public Employment Services and European Law*, op. cit., p. 21.

³⁸⁵ SUPIOT A., et al., *Beyond Employment –Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, 2001.

³⁸⁶ LYON-CAEN G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1900, pp. 7-9.

del Derecho del trabajo”. A su vez, enunció qué principios legales debían ser aplicables a trabajadores distintos de los trabajadores subordinados.

Por su parte, Ewing, Hendy y Jones³⁸⁷, en su *Manifesto for Labour Law* y su continuación en *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*³⁸⁸, también sugieren la necesidad de ampliar la construcción nacional del ámbito de aplicación personal de los derechos laborales mediante su propuesta de definición consistente en toda persona contratada por otra para proveer trabajo, y que no esté genuinamente dirigiendo una empresa de su propiedad, ha de considerarse trabajador³⁸⁹.

Adicionalmente, también Dockés³⁹⁰ y otros autores franceses han defendido una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo en su país.

En una línea similar, es interesante la propuesta realizada por Freedland y Kountouris³⁹¹. Estos autores también se decantan por el abandono de la noción de subordinación como definidor del ámbito del Derecho del Trabajo. Se debe notar que estos autores no proponen la modificación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo – que seguiría limitándose a la dependencia jurídica-, sino que su propuesta es incluir dentro del ámbito del Derecho del trabajo otras relaciones de trabajo personales, que actualmente se encuentran en el derecho privado³⁹².

Se parte de la idea de que actualmente se está ante un sistema binario en las prestaciones personales de trabajo; por una parte, el contrato de trabajo –regulado por el Derecho del trabajo- y, por otra, el resto de prestaciones de trabajo amparadas en el Derecho privado. Sin embargo, esta división parte de una falsa idea de que todas las prestaciones de trabajo reguladas por el Derecho civil son idénticas. Este argumento viene reforzado por el hecho de que el Derecho civil, en su regulación, no distingue entre la

³⁸⁷ EWING, HENDY & JONES, *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker's right*, IER, 2016, p. 35.

³⁸⁸ EWING, HENDY & JONES, *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER, 2018, p. 36.

³⁸⁹ Traducción propia.

³⁹⁰ DOCKÉS (ed.), *Proposition de Code du Travail*, Dallor, 2017.

³⁹¹ FREEDLAND, C., JACQUESON, C., KOUNTOURIS, N., *Public Employment Services and European Law*, op. cit.

³⁹² FREEDLAND, C., JACQUESON, C., KOUNTOURIS, N., *Public Employment Services and European Law*, op. cit., p. 38.

prestación de servicios personales y los no personales³⁹³. En efecto, la regulación aplicable a un contrato de prestación de servicios entre una empresa y un trabajador autónomo será la misma que entre una empresa y otra empresa. Ante ello, estos autores proponen que el Derecho del trabajo amplíe su ámbito a todas las prestaciones de trabajo realizadas personalmente. Con ello, se pretende que el Derecho del trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a centrarse en “la persona que trabaja”³⁹⁴.

Retomando esta posición doctrinal se pronuncian Countouris y De Stefano³⁹⁵ al establecer que el Derecho del trabajo no debería verse constreñido al trabajo subordinado, puesto que todos aquéllos que “viven de su trabajo” requieren protección. Si bien estos autores, en su informe, no establecen el nivel de protección concreto, sí fijan que, al menos, deberían tener todos derecho a la libre sindicación y a la negociación colectiva (también haciendo referencia a otros derechos individuales, pero sin matizar cuáles). En efecto, se argumenta que el Derecho del Trabajo debería aplicarse a todos aquéllos que realizan trabajo personal, esto es, que son ellos mismos los que realizan el trabajo frente a aquellos otros –los que quedarían excluidos- que, bien, tienen otros trabajadores a su cargo que realizan el trabajo por ellos, bien, es un trabajo intensivo en capital o tecnología de la cual son propietarios esos trabajadores. Esto es, el Derecho del Trabajo, de acuerdo con estos autores, debería aplicarse, con independencia de si se realiza bajo instrucciones directas o no, a todos aquéllos que prestan personalmente servicios. De esta forma, solamente quedarían excluidos aquéllos que prestan servicios a través de otras personas contratadas que los desarrollan en su nombre o aquellas que no prestan servicio personalmente, puesto que son dueños de un importante capital –en forma de tecnología o activos- siendo éste esencial para realizar el servicio.

³⁹³ FREEDLAND, C., JACQUESON, C., KOUNTOURIS, N., *Public Employment Services and European Law*, op. cit., p. 289.

³⁹⁴ FREEDLAND, C., JACQUESON, C., KOUNTOURIS, N., *Public Employment Services and European Law*, op. cit., p. 316. Por su parte, esta propuesta doctrinal no propugna una equiparación en los derechos y deberes de todas “las personas que trabajan” con los derechos y deberes del contrato de trabajo, sino que habría que realizar diferenciaciones respecto al contenido obligacional según las necesidades de cada relación jurídica. En definitiva, estos autores proponen una ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo a través del establecimiento, de lo que podría llamarse, una lista de relaciones laborales especiales que no se limitarían a las relaciones laborales dependientes, sino que se incluirían las no realizadas bajo dependencia. Con ello, a modo orientativo, los autores establecen una lista de prestaciones personales de trabajo que deberían estar insertas dentro del Derecho del trabajo como, por ejemplo; las profesiones liberales, los autónomos, los consultores externos, los agentes comerciales, etc.

³⁹⁵ COUNTOURIS & DE STEFANO, “New forms of employment”, *Syndicat Europeen Trade Union*, 2019.

En fin, en la doctrina comparada se puede observar un empuje hacia una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Aunque haya diferencias entre las propuestas, todas ellas tienen un fin común: ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquéllos que requieren protección. Para ello se parte de la hipótesis de que en la actualidad se está excluyendo del Derecho del Trabajo a muchos sujetos que, realmente, no son empresarios. Esto es, se entiende que los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se halle un genuino empresario. Por el contrario, con la actual definición de subordinación como forma de atribución de derechos laborales, el efecto generado es que existan muchos sujetos que, aunque no son genuinos empresarios, quedan excluidos del Derecho del trabajo.

En otras palabras, existen trabajadores dependientes jurídicamente, trabajadores independientes y empresarios. Pues bien, se defiende por estos autores que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes jurídicamente quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto-protegerse (están *subordinados económicamente*). Por ello, las propuestas pasan todas por ampliar el campo del Derecho del Trabajo, extendiéndolo a las personas que trabajan –y que no son genuinamente un empresario- aunque no se encuentren estrictamente controlados por el empresario.

Y es que, como ahora se va a pasar a exponer, se requiere que el Derecho del trabajo se aplique también a los trabajadores, aunque sean verdaderamente independientes, para que este cumpla sus funciones de i) resolver fallos de mercado; ii) distribuir de la riqueza entre capital y trabajo; iii) la distribución de la riqueza entre los propios trabajadores.

a. Salario mínimo

Cuando la retribución del trabajo es baja, existen pocos incentivos para que las empresas innoven -mejorar tecnológicamente, mejorar las metodologías de trabajo, los procesos. Además, que empresas ineficientes puedan sobrevivir en el mercado gracias a estos bajos salarios reduce, a su vez, los incentivos para otras empresas inviertan en innovación, dado que estas últimas no podrán sacar los réditos merecidos al tener que competir con otras empresas que han reducido los precios de sus productos no por ser

eficientes, sino por pagar poco a su mano de obra. Este fallo de mercado es igualmente perjudicial se aplique a un trabajador dependiente o independiente. De esta forma, con objeto de promocionar la innovación, la norma laboral no puede permitir que las empresas se descuelguen del pago de los salarios mínimos establecidos simplemente a través del uso de la mano de obra independiente.

De la misma forma, los salarios bajos de los trabajadores también impiden que exista capacidad de compra en la sociedad induciendo un bucle de decrecimiento y desempleo perjudicando a la economía. La negociación colectiva y los salarios mínimos son una respuesta de política económica que pone fin a la misma. Sin embargo, para alcanzar este objetivo es necesario que esta regulación se aplique a la fuerza de trabajo al completo sin permitir elusiones basadas únicamente en si el trabajador percibe sus ingresos conforme a una prestación de servicios bajo instrucciones del empresario o con libertad.

La negociación colectiva, y el salario mínimo, también permite una mejor distribución de la riqueza y una disminución de la polarización laboral algo que, de nuevo, son funciones de las normas laborales que deben aplicarse a los dos tipos de trabajadores -dependientes o independientes. En efecto, cuando la empresa tiene posiciones monopolísticas en el mercado de trabajo, el abuso de esta posición afecta igualmente a los trabajadores que presten servicios de forma dependiente que independiente por lo que las soluciones legislativas deberían aplicarse a ambos tipos de trabajadores.

b. Estabilidad en el empleo y protección frente al despido

La estabilidad en el empleo no solo responde a un interés particular del trabajador a obtener seguridad económica, sino que repercute positivamente en la economía mediante la formación de los trabajadores, la mejora de la expectativa y el incentivo a la colaboración del trabajador: todo ello conduce a una mejor productividad en la economía.

En efecto, en relaciones de escasa duración, o con bajas expectativas de continuidad, el trabajador tendrá pocos incentivos para adquirir formación específica de la empresa, así como, la alta rotación disminuirá la experiencia en el puesto de trabajo y la motivación para esforzarse. Con objeto de promocionar la productividad laboral, el legislador se decanta por el contrato indefinido sobre el temporal, una regla que es igualmente aplicable con los trabajadores independientes. La libertad para poder elegir

cómo realizar el trabajo no debería excluir la necesidad de garantizar al trabajador una mínima estabilidad en el empleo si se desea que este trabajador adquiera habilidades específicas de la empresa, obtenga experiencia en las tareas adquiridas y esté motivado para su desarrollo.

De la misma manera, a efectos macroeconómicos y estabilidad del ciclo económico (decisiones de política económica) se requiere que las normas desincentiven el despido. Si al inicio de una leve situación económica negativa todas las empresas actúan desprendiéndose de sus trabajadores ello acabará provocando una reducción de la demanda mucho mayor, lo que conducirá a un agravamiento de la recesión. De ahí que existan poderosas razones económicas para desincentivar los despidos por razones económicas, salvo que realmente estén justificados (sean imprescindibles). Este desincentivo, para que funcione correctamente, debe aplicarse igualmente a los trabajadores dependientes e independientes (siempre que no sean genuinos empresarios) si se quiere que tenga verdaderos efectos. Si las empresas (o algunas de ellas) pueden reducir su mano de obra prescindiendo, anticipadamente y sin justificación económica suficiente, de parte de su mano de obra por el mero hecho de ser trabajadores independientes, la realidad es que el efecto producido será el de agravamiento de los ciclos económicos.

A su vez, los daños personales -en forma de alcoholismo, depresión, dolores y adicciones- que sufren los trabajadores despedidos a partir de cierta edad no parece que estén relacionados exclusivamente con la pérdida de un trabajo bajo dependencia jurídica, sino que son aplicables a la pérdida de la forma de ganarse la vida mediante el trabajo, siendo irrelevante la manera en que este ejecutaba el trabajo. De este modo, si se desea que se reduzcan estas situaciones -y que la empresa internalice el coste social de sus acciones- parece necesario penalizar legalmente el despido arbitrario o injustificado también para los trabajadores independientes que trabajan con cierta regularidad para una misma empresa.

Por último, se debe recordar que la protección frente al despido injustificado responde también a los principios de meritocracia y protección del resto de derechos fundamentales y ordinarios. En efecto, el despido sin causa rompe con el principio de justicia al ver privado a un trabajador de su sustento sin haber una causa que le haga merecedor de tal sanción. Adicionalmente, esta conducta empresarial produce

desmotivación, reducción del esfuerzo y de la colaboración por parte del trabajador. Por otro lado, una protección efectiva frente al despido es la única forma de asegurar el resto de Derechos de los ciudadanos/trabajadores. En este sentido, un trabajador que teme que la empresa tomará como represalia la finalización de su contrato si ejerce un derecho -o negocia una mejora salarial- acabará por autocensurarse -autocontrol- no ejerciendo el mismo. Lo que pone en peligro tanto los Derechos Humanos como los valores liberales.

Como se puede observar, tanto el principio del mérito, como la necesidad de proteger los derechos de origen legal, obligan a que estas protecciones se apliquen indistintamente a la forma en la que se realiza la prestación de servicios. Precisamente por el hecho de que se está ante un prestador de servicios individual, y no ante un genuino empresario, su comportamiento se asemeja al de un trabajador y sus derechos corresponderán a los de todo ciudadano persona física -incluida la aplicación de los Derechos Humanos-, siendo el elemento de la dependencia jurídica irrelevante una vez más.

c. Conflictos colectivos

Una de las características de la nueva organización empresarial consiste en empresas que ofrecen servicios que no se prestan con personal dependiente, sino personal independiente. De esta forma, aparecen grandes masas de trabajadores independientes esperando recibir un encargo de la empresa principal. En estos casos se vislumbra de nuevo las características clásicas de los conflictos colectivos. Los trabajadores -sean dependientes jurídicamente o independientes- tienen intereses homogéneos respecto a las condiciones de trabajo que la empresa principal fija para todos ellos -honorarios/salario por encargo, retribución de los tiempos de espera de un encargo, seguridad en la prestación de servicios, gastos ocasionados por el servicio, etc. De hecho, son tan homogéneos los intereses hasta el punto que la principal, habitualmente, establece unas condiciones generales para la contratación de estos autónomos que no son modificables en una negociación. Esto es, el autónomo puede adherirse a las condiciones establecidas por la principal o no trabajar, pero no puede negociarlas o modificarlas para adaptarlas, aunque sea un poco, a sus preferencias. Por esta razón, se vislumbra que en los trabajadores independientes también existe una necesidad de obtener una representación colectiva que mejore su poder de negociación y les permita tener voz en el proceso de determinación de las condiciones de trabajo que afectarán a todos ellos.

No es posible sostener que cada trabajador tiene poder de negociación individual -que excluiría hipotéticamente la necesidad de una representación colectiva- cuando posteriormente se vislumbra que todos tienen las mismas condiciones de trabajo -principalmente mismo salario y tipo de tarea a realizar-. Si la empresa funciona con un clausulado general para todos los trabajadores autónomos que prestan servicios, la única manera de asegurar que los trabajadores puedan participar en la negociación de esas condiciones de trabajo es mediante la representación colectiva. De hecho, la propia existencia de un clausulado general de condiciones es lo que demuestra que los trabajadores son altamente sustituibles para la empresa y que implica la falta de poder de negociación individual que conduce a la necesidad de la aplicación del Derecho del trabajo, al menos en su vertiente colectiva.

De la misma manera, desde la perspectiva de la empresa es más eficiente negociar una sola vez con los representantes de los trabajadores que negociar individualmente con cada uno de los autónomos. Cuestión distinta es que la empresa no desee negociar ni individual ni colectivamente, sino establecer un contrato en masa cuya única discrecionalidad por parte del trabajador “independiente” sea aceptarlo o rechazarlo. Sin embargo, esta última opción -no negociar ni individual ni colectivamente- descubre la debilidad negocial de los autónomos que precisamente debe conducir a la aplicación del Derecho del trabajo.

La negociación colectiva ha sido la forma de encauzar, históricamente, la debilidad negocial permitiendo a los trabajadores participar en la configuración de sus condiciones de trabajo. La negociación colectiva es la respuesta al déficit democrático existente en la relación entre capital y trabajo que perjudica a este último³⁹⁶ y que cada vez más es considerado un derecho inherente a la persona que no puede ser eliminado solamente por prestar servicios de forma independiente jurídicamente³⁹⁷. En efecto, lo que hace necesario la aplicación de los derechos colectivos no es la forma en que se realiza el trabajo -dependiente o independientes- sino que el trabajo lo realice una persona física sin poder de negociación.

³⁹⁶ DAVIDOV, G., *A Purposive Approach to Labour Law*, op. cit.

³⁹⁷ DE STEFANO, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, *Industrial Law Journal*, v. 46, Issue 2, July 2017, Pages 185–207.

Sin embargo, los derechos colectivos por sí solos no son suficientes para reequilibrar el poder de negociación de las partes. Como se ha dicho anteriormente si los trabajadores tienen miedo a la represalia mediante el despido difícilmente ejercerán ningún derecho incluido los colectivos. De esta forma, es necesario la aplicación de las protecciones efectivas frente a los despidos injustificados con objeto de que los derechos colectivos arraiguen y los trabajadores no teman elegir a representantes sindicales e iniciar los procesos de negociación colectiva.

d. Seguridad y Salud en el trabajo

Uno de los hechos más asombrosos desde la perspectiva de la eficiencia y de los derechos fundamentales es que se excluya a los trabajadores independientes de las protecciones de materia de Seguridad y Salud que tienen los trabajadores laborales. El sistema privado de responsabilidad por daños se ha demostrado incapaz de reducir los accidentes³⁹⁸ dado que, en este sistema, la empresa, la mejor preparada económicamente para reducir los riesgos de accidente, tiene pocos incentivos para hacerlo al poder socializar los costes de los mismos. El sistema privado de responsabilidad tiene como objetivo principal reparar el daño, sin embargo, cuando se está hablando de la vida y salud de las personas el objetivo no debe ser “reparar el daño” sino prevenirlo. Un principio -y un sistema de prevención de riesgos- que debe ser aplicable tanto para trabajadores dependientes jurídicamente como independientes siempre que sean personas físicas.

Una posible objeción es que la independencia en la forma y el horario en que se realiza el trabajo puede dificultar hacer responsable al empresario de los posibles accidentes sufridos. En efecto, una de los fundamentos de la responsabilidad empresarial en materia de prevención proviene de que el empresario determina la forma de trabajar, por ello, debe ser responsable de los accidentes que ocurran en ese contexto. Una premisa que no se da cuando el trabajador es realmente libre.

Sin embargo, se debe recordar que han sido las empresas, en los últimos cuarenta años, los que han decidido cambiar la forma de trabajar para dar más libertad a los trabajadores. Lo que implica que esta decisión no debería exonerarles de proteger al trabajador que realiza las tareas en su beneficio.

³⁹⁸ COLLINS H., “Justification and techniques of legal regulation of the employment relations”, *op. cit.*, p 19.

Desde la perspectiva de la eficiencia se debe colocar la responsabilidad en quién está en mejor posición de reducir los riesgos laborales. En este caso, la empresa es quién está en una situación económica capaz de proteger a los trabajadores sean estos dependientes o independientes. Si la responsabilidad de la protección de la salud se pone sobre los hombros del trabajador independiente es muy probable que este sea incapaz de asumir la planificación y los costes que la prevención requiere, lo que acabará provocando accidentes. Ni si quiera parece que pueda argumentarse que el trabajador incorporará esos costes de prevención al precio de su trabajo, que al final igualmente pagaría el empresario beneficiario de su trabajo. Dos son las razones.

De un lado, la falta de poder de negociación impedirá incorporar ese coste a la empresa siendo esta última la que decida el precio de la prestación de servicios pudiendo el “autónomo” solamente aceptar o rechazar.

De otro lado, incluso si existe un residuo menor de poder de negociación y el trabajador puede incorporar esos costes al precio final de su trabajo, la realidad es que en un mundo tan competitivo como el actual, la empresa, entre varios trabajadores -varias ofertas- elegirá la más barata, esto es, la que no incorpore los costes de la prevención en el precio de trabajo.

En ambos casos el resultado es el mismo: si se hace responsable únicamente o preferentemente al trabajador persona física de su propia prevención el sistema no funcionará.

Adicionalmente, se debe recordar que el trabajador, sea dependiente o independiente, presta servicios en beneficio del empresario, por lo que los accidentes en los que incurra deberían ser asumidos por el que se beneficia de ese trabajo so pena de permitir la externalización a la sociedad de dichos costes.

De nuevo, desde la perspectiva de los Derechos humanos y los valores liberales, el derecho a la vida y a la integridad física no puede estar sujeto a la forma en que se prestan servicios.

e. Seguridad Social

Desde la perspectiva económica, la Seguridad Social obligatoria cubre el llamado problema de la “miopía económica”. Esto es, una infra-percepción de los riesgos a los que está sometido la persona que conduce a la adquisición de bajos niveles de cobertura

de esos riesgos cuando la persona es libre de elegir el nivel de cobertura que quiere adquirir. La respuesta a esto es la obligación, mediante la Seguridad Social, de adquirir un nivel mínimo de cobertura para todos los ciudadanos que prestan servicios. De hecho, los sistemas de seguros obligatorios frente a riesgos por incapacidad, jubilación, muerte, son especialmente necesarios para aquellos que no tienen fuentes alternativas de ingresos, es decir, los que viven de su trabajo, los cuales son los que, habitualmente, menos nivel de cobertura adquieren cuando no se les obliga, ya que necesitan esos escasos ingresos para subsistir.

De esta forma, una vez más, las razones vistas, que justifican la necesidad de un sistema de Seguridad Social para los trabajadores, no diferencian entre dependientes e independientes, sino que deben ser aplicadas por igual a ambos.

De hecho, más bien al contrario, lo que se sostiene por parte de la literatura es la necesidad de que el nivel de cobertura obligatoria sea el mismo para todos los trabajadores para evitar que la posibilidad de excluirse de la cobertura se convierta en un elemento de competencia entre trabajadores empleados³⁹⁹. En efecto, una de las principales razones por las que las empresas, actualmente, deciden contratar trabajadores independientes -y no dependientes- es por el menor coste que los primeros representan en materia de Seguridad Social. Un menor coste que impide que los trabajadores estén correctamente cubiertos frente a los riesgos de pérdida de ingresos.

De aquí la importancia que todos los trabajadores, dependientes e independientes, tengan obligatoriamente el mismo nivel de cobertura, dado que en caso de que el trabajador pudiera optar por no estar cubierto por la Seguridad Social a costa de exponerse al riesgo -cobertura no obligatoria-, los empresarios contratarían estos trabajadores, por su menor coste, dejando desempleados a los otros. Lo que acabaría provocando una “competición a la baja” en la que todos los trabajadores tendrían que aceptar no tener cobertura para poder acceder al empleo.

f. Asunción de los riesgos del negocio por parte del empresario

El desequilibrio de la posición negociadora de las partes puede fácilmente provocar que ciertos riesgos o errores sean trasladados a la parte de abajo de la cadena: al

³⁹⁹ PÉREZ GARCÍA F., et al., *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital*, XXI Premio de Investigación del CES, 2019; SUÁREZ, B., “The ‘Gig’ Economy and its Impact on Social Security: The Spanish example”, *op. cit.*, p. 307.

trabajador. En concreto, en las fábricas, o en el campo, cuando se remuneraba a destajo, o según el rendimiento, los trabajadores sufrían la carga de los retrasos, la falta de aprovisionamiento o cualquier otro tipo de desajuste administrativo causado por la empresa, incluido la planificación, la ordenación de tareas, la formación de los directivos de la empresa, la innovación tecnológica, etc. De esta forma, cuando no se podía producir en la fábrica, debido a estos “errores” de la parte empresarial, el trabajador se encontraba a disposición del empresario, pero sin percibir remuneración. Con el tiempo, la ley reguló este tipo de situaciones impidiendo que se pudiera hacer recaer sobre el trabajador los errores o ineficiencia de la empresa (art. 30 ET).

Económicamente esta regulación viene justificada en materia de eficiencia. Si el empresario puede hacer recaer los riesgos del negocio sobre el trabajador no tendrá incentivos en mejorar. Este traslado de los riesgos del negocio sobre el trabajador puede implicar menor formación para los directivos de la empresa, menos esfuerzos en la planificación de la producción, menor innovación metodológica e incluso menor innovación tecnológica; todo ello resultando en peor productividad del trabajo. En general, que la empresa pueda hacer recaer los riesgos del negocio sobre el trabajador, en conjunto con los bajos salarios, implicará un aumento del uso de la mano de obra pero una menor productividad por cada trabajador. Esto es, se usarán más trabajadores siendo cada trabajador menos productivo, alejándonos de los países desarrollados y acercándonos al modelo productivo de los países en vías de desarrollo. La legislación debe obligar a que la empresa -quién dispone del capital y las posibilidades de inversión- asuma los riesgos del negocio para que tenga los correctos incentivos para invertir en el mismo.

De hecho, uno de los mayores problemas en materia de calificación como asalariado u autónomo ha sido entender que la asunción de riesgos debe valorarse como un indicio de independencia. La realidad es que, en muchos casos, la empresa principal, con poder de negociación, tendrá incentivos para imponer estos riesgos del negocio al prestador de servicios sin que ello implique que es independiente, sino, por el contrario, que está subordinado hasta el punto de no poder rechazar la asunción de riesgos de que deberían corresponder a la principal bajo pena de perder la oportunidad de trabajar. En efecto, la “inmunidad” a los riesgos del negocio por parte del trabajador es una consecuencia de la aplicación de las normas laborales, por lo que no debería considerarse un presupuesto -ni un indicio- para su calificación.

De esta forma, el Derecho del trabajo protege, con la regulación, la productividad nacional, la cual puede verse perjudicada si se inaplican estas normativas mediante el simple hecho de considerar ciertos trabajadores independientes.

g. Competencia en costes laborales -dumping laboral-.

El salario mínimo, la negociación colectiva sectorial, las normas de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales de carácter imperativo tienen, conjuntamente, un objetivo común: que no se compita entre las empresas a través de la reducción de costes laborales, sino en mejoras de la productividad y la calidad del producto o servicio prestado.

Las empresas pueden crecer, y adquirir cuota de mercado, principalmente de dos formas⁴⁰⁰: de un lado, mejorando su producto, de otro lado, reduciendo su coste. Dentro de esta segunda opción, la reducción de costes puede venir por una mejora en la productividad, una reducción en precio de los inputs necesarios (materias primas, proveedores, etc.) o una reducción de los costes laborales -salarios, seguridad social, prevención de riesgos, etc.-.

El objetivo de las normas laborales es igualar el “terreno de juego” para todas las empresas con objeto de evitar que se compita en costes laborales, sino que se haga en el resto de opciones. De hecho, esta legislación -impedir que se compita en costes laborales- no solo está pensada en beneficio de los trabajadores, sino también de las propias empresas.

En primer lugar, dado que unas empresas compitan en costes laborales obligará a otras a hacer lo mismo llegando el punto en el que ninguna empresa saldría beneficiada: todas se igualarían por abajo encontrándose todas las empresas en la misma situación que estaban antes de iniciar la “guerra” de bajada de costes laborales. En segundo lugar, la disminución generalizada de los salarios en una economía deprimiría el consumo interno dificultando a las empresas crecer. En tercer lugar, la reducción de los costes laborales provocaría conflicto y rabia dificultando el mantenimiento de la paz social y, en el peor de los casos, de la democracia -de ahí la insistencia en la DUDH de la importancia de los

⁴⁰⁰ PORTER, M., *Estrategia competitiva. técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*. Cecs, 1979.

derechos laborales. En cuarto lugar, perjudicará la innovación metodológica, de procesos, tecnológica, etc. Esto es, si empresas ineficientes pueden sobrevivir en el mercado a costa de los bajos salarios, esto reduce los incentivos para que otras empresas inviertan en innovación, ya que estas últimas no podrán sacar los réditos merecidos al tener que competir con empresas que pueden reducir los precios de sus productos -no por ser eficientes-, sino por pagar poco a su mano de obra.

En fin, como se ve, existen poderosas razones económicas, además de las vistas en materia de justicia distributiva, para impedir que parte de la fuerza de trabajo quede excluida de la regulación laboral por el mero hecho de ser independientes siempre que no sean una genuina empresa. Si se permite el uso de mano de obra independiente sin aplicación de las normas de trabajo, se abre el campo a la competencia en costes de las empresas produciendo efectos perjudiciales para la economía.

e. El tamaño de la empresa

Una de las conclusiones a las que se llega en este trabajo es que la política económica y la legislación deberían facilitar el crecimiento de las empresas hasta su tamaño óptimo y no promocionar las empresas que, por su reducida envergadura, no son capaces de acceder a los recursos que necesitan para ser eficientes, no tienen economías de escala que permitan reducir los costes por unidad producida y, además, son incapaces de acceder a los mercados internacionales.

En este sentido, la máxima expresión de estas ineficiencias como empresa son los autónomos individuales. Obviamente, como se defiende en este trabajo, estos autónomos no son verdaderos empresarios, pero, en cualquier caso, la legislación no debería, tampoco, considerarlos como tal por el bien de la productividad. La realidad es que estos supuestos empresarios no tienen capacidad para invertir en formación propia, en tecnología, en cobertura de contingencias, ni en prevención de riesgos laborales etc., por esta razón, la ley debería imponer esa obligación a la empresa que se beneficia de su trabajo -como lo hace con los trabajadores laborales. La norma debería desincentivar el autoempleo, como un empleo individual, por ser más ineficiente. Si la empresa principal desea subcontratar parte de su proceso productivo debería hacerlo con otra genuina empresa, no con un trabajador individual condenado a la ineficiencia. El mero hecho de la no aplicación de las normas laborales a los trabajadores independientes incentiva su

proliferación -como forma de reducir costes laborales por parte de las empresa- condenado con ello la productividad laboral del país.

En definitiva, si se quiere que el Derecho del trabajo sea la “ley del mercado de trabajo”, así como proteja a todos aquellos que carecen de poder de negociación -que no tienen verdadera autonomía de la voluntad-, es necesario ampliar el ámbito de aplicación de la normativa laboral para incluir en ella todos los que perciben ingresos como contraprestación de su *trabajo*.

Hyde⁴⁰¹ argumenta que los fallos de mercado afectan a todas las prestaciones personales de servicio con independencia de que éstas puedan calificarse jurídicamente como subordinadas o no. Así pues, para abordar estos fallos de mercado, y promover una regulación eficiente, la normativa laboral debe aplicarse a todos los trabajadores. En efecto, para combatir estos fallos es necesario que todos los trabajadores puedan organizarse y negociar colectivamente, así como tener condiciones mínimas de trabajo de carácter irrenunciable (salario mínimo, Seguridad Social, restricciones en el trabajo infantil, normativas de prevención de riesgos laborales, entre otras). En definitiva, los derechos sociales son un requisito indispensable para que funcione correctamente el mercado de trabajo⁴⁰², lo cual incluye a todo tipo de trabajadores sean dependientes o independientes –en tanto no sean genuinamente una empresa-.

Por su parte, ¿si no se acepta que ciertos valores sociales sean vulnerados para los trabajadores porque sí debería aceptarse que lo sean con los trabadores autónomos? En efecto, la existencia de un salario mínimo a cambio del trabajo, la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, religión, el derecho a trabajar bajo medidas de seguridad que protejan a los trabajadores, la cobertura de las contingencias profesionales, son cuestiones que el mercado por sí mismo no asegura, mientras que sí son deseados por la ciudadanía –e incluso entendidos como derechos inherentes a la condición humana o Derechos Humanos-. Por ello, parece poco razonable excluir estos valores sociales y derechos simplemente por el hecho de no ser trabajador dependiente conforme a un concreto concepto normativo de trabajador.

⁴⁰¹ HYDE A., “What is Labour Law”, *op cit.*

⁴⁰² DEAKIN, S. & WILKINSON, F., *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005, pp. 290-303.

Por último estaría el desequilibrio del poder de negociación o, dicho de otra manera, la falta de voluntad real a la hora de aceptar ciertas condiciones de trabajo. En este caso, igual que los trabajadores de la fábrica no podían negociar libremente sus términos contractuales ni sus condiciones laborales, dada la diferencia de poder respecto al capitalista (dueño de la fábrica), hoy en día muchos trabajadores calificados como autónomos no pueden negociar sus condiciones de trabajo. En el caso de la subcontratación con prestadores de servicios individuales, en la mayoría de ocasiones, las condiciones las fija la empresa principal sin verdadera negociación. Esto implica que los autónomos solamente pueden aceptar o no trabajar⁴⁰³. Siendo la posibilidad de rechazo más teórica que real dado que el autónomo vive de su trabajo.

En general, en todo aquel trabajo personal que no se realiza por una genuina empresa existe desequilibrio de poder de negociación, fallos de mercado y necesidad de mantener ciertos valores sociales, circunstancias que justifican la aplicación del Derecho del Trabajo a esas relaciones contractuales.

La dependencia jurídica no fue originariamente – y no lo es ahora- la razón de la aparición de una gran masa de obreros que necesitaban protección del Derecho del Trabajo. Por el contrario, en aquél momento –al igual que ahora- fue la imposibilidad de tener en su propiedad los medios de producción relevantes. Requerir elementos productivos –activos materiales e inmateriales- de un tercero –empresario- para poder producir es lo que les hace vulnerables y los sitúa en una situación de debilidad en la negociación (desequilibrio poder de negociación). Es precisamente el hecho de que la estructura empresarial relevante no fuera de su propiedad lo que provocaba que tuvieran que cumplir las órdenes del empresario, someterse a jornadas de trabajo extenuantes, aceptar salarios por debajo del umbral de supervivencia, etc. Es decir, la jerarquía o la existencia de instrucciones por parte del empresario de obligado cumplimiento – dependencia jurídica- son un indicio de existencia de desequilibrio del poder de negociación, pero no el único.

Que actualmente exista desequilibrio de poder de negociación sin instrucciones directas no elimina la vulnerabilidad de los trabajadores, dado que esta solamente era una

⁴⁰³ HILLMAN, ROBERT A. & RACHLINSKI, JEFFREY J., "Standard-Form Contracting in the Electronic Age", *Cornell Law Faculty Publications* n. 1062, 2002, disponible en <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1062>.

de las consecuencias de estar sometidos a una estructura empresarial que no le es propia. Confundir la consecuencia –dependencia jurídica- con el hecho causante de la vulnerabilidad –la falta de estructura empresarial propia y de poder de negociación- es lo que ha provocado que el Derecho del trabajo deje de aplicarse a muchos sujetos que lo necesitan.

La dependencia jurídica como criterio forzoso de aplicación del Derecho del Trabajo impide que éste cumpla con sus objetivos. La subordinación no debería ser equiparada exclusivamente con dependencia jurídica –o control del empresario-. Por el contrario, el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo debe ser interpretado en términos finalistas⁴⁰⁴, esto es, como aquél que permita cumplir los objetivos de protección de quien lo necesite y regular el mercado de trabajo en búsqueda de la eficiencia. Para ello se propone que las normas laborales se apliquen, con independencia del nivel de control existente sobre ese trabajador, a todos aquellos que prestan servicios de forma personal en contraposición a los que prestan servicios mediante *la propiedad de una estructura empresarial relevante* (lo que le convierte en un genuino empresario). Con esta interpretación se consigue que la regulación laboral se destine a todos los trabajadores que requieren protección.

⁴⁰⁴ DAVIDOV, G., *A Purposive Approach to Labour Law*, op. cit.

XI. LA “ESTRUCTURA EMPRESARIAL RELEVANTE” COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL DERECHO DEL TRABAJO.

1. “Trabajo personal”.

Hasta el momento se ha demostrado que para que el Derecho del trabajo cumpla sus funciones es necesario que se aplique a todos los trabajadores que prestan servicios bajo subordinación económica. Sin embargo, términos como “falta de poder de negociación” o “subordinación económica” son demasiado indeterminados para, por sí mismos, permitir identificar claramente las fronteras del Derecho del trabajo. Son conceptos intangibles que son imposibles de observar directamente en la realidad material. Por esta razón, con objeto de capturar la esencia de la subordinación económica para que pueda ser de utilidad al juez, o al operador jurídico, que deba determinar la aplicación de la normativa laboral o no a una determinada prestación de servicios, será necesario establecer una serie de requisitos materiales -observables en la realidad- que nos permitan identificar cuándo existe subordinación económica y cuándo no.

Entre las distintas propuestas doctrinales realizadas para concretar la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo destaca la de la prestación personal de servicios. Esta propuesta consiste en aplicar el Derecho laboral -que no el contrato de trabajo- a todo el trabajo realizado personalmente. Esto implicará que será irrelevante que el receptor del servicio contratara con una empresa en términos formales, dado que si realmente el trabajo es realizado por el dueño de la empresa de manera personal -que no personalísima- a esa relación se aplicaría el Derecho del trabajo. Tampoco sería relevante, para determinar la aplicación de las normas laborales, la ocasionalidad o habitualidad en la prestación del servicio con un determinado receptor del servicio. El hecho de que el trabajador, durante su prestación de servicios, asuma riesgos o no sería irrelevante y, por supuesto, que hubiera instrucciones o control por parte del receptor tampoco sería un criterio válido de determinación. De esta forma, la única forma de excluir una prestación de servicios consistiría en realizarla, bien con alguien que tiene sus propios trabajadores que son los que materialmente desarrollarían la actividad, bien que la prestación de servicios sea intensiva en capital y, por tanto, entender que la empresa receptora no contrata una prestación personal de servicios, sino que es el capital -la tecnología, la maquinaria, las infraestructuras propiedad del empresario contratado- lo que se adquiere en ese contrato.

Por su parte, esta propuesta doctrinal no propugna una equiparación en los derechos y deberes de todas “las personas que trabajan” con los derechos y deberes del contrato de trabajo, sino que habría que realizar diferenciaciones respecto al contenido obligacional según las necesidades de cada relación jurídica. En definitiva, estos autores proponen una ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo a través del establecimiento, de lo que podría llamarse, una lista de relaciones laborales especiales que no se limitarían a las relaciones laborales dependientes sino que se incluirían las no realizadas bajo dependencia⁴⁰⁵. Con ello, a modo orientativo, los autores establecen una lista de prestaciones personales de trabajo que deberían estar insertas dentro del derecho del trabajo como por ejemplo; las profesiones liberales, los autónomos, los consultores externos, los agentes comerciales, etc⁴⁰⁶.

Esta propuesta tiene un gran atractivo por muchas razones. En primer lugar, responde a un concepto claro y fácil de identificar. Al haber un único criterio -prestación personal de servicios- las disquisiciones para averiguar si se está ante la aplicación del Derecho del Trabajo serán sencillas. En segundo lugar, al aplicar el Derecho laboral a todas las personas físicas que trabajan, se asegura la protección de todos los que prestan servicios.

No obstante, también tiene algunos inconvenientes reseñables: El primer y más claro es que en muchos de los casos recogidos por este ámbito de aplicación propuesto no habría subordinación económica. Por ejemplo, en el caso de una peluquería abierta al público en la que la dueña de la peluquería trabajara para el mercado, usando su propio local, su propia marca y obtuviera los clientes por sí misma -ej. Mediante el boca a boca, con su propia publicidad-, encontraríamos un trabajo personal (peluquería) no subordinado económicamente a nadie. De la misma manera, los abogados que trabajaran individualmente -consiguiendo por ellos mismos sus propios clientes, bajo su propia marca y directamente ofreciendo servicios al mercado- y otros profesionales liberales quedarían incluidos, por realizar trabajo personal, sin que quedara muy claro quién debería asegurar sus derechos laborales. Obviamente, este problema es conocido por los autores de esta propuesta y, por ello, plantean que el concepto de “trabajo personal” no

⁴⁰⁵ Los autores ponen como ejemplo que ciertos negocios jurídicos, donde existe prestación personal de trabajo, que son de corta duración, no deberían tener derecho a indemnización por despido improcedente dado que esta solo tiene sentido cuando existen una continuidad en la prestación, *Ibíd.*, p 317.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, p 285.

serviría para aplicar *todos* los derechos y deberes contenidos en el contrato de trabajo (ej, ¿quién sería el deudor de protección en materia de prevención de riesgos laborales en favor del trabajador personal pero que trabaja sin subordinación económica? ¿quién pagaría la indemnización por despido cuando se trabaja para consumidores finales?).

Ahora bien, a pesar de ello, el concepto de “trabajo personal” es relativamente útil para asegurar la mayoría de Derechos laborales. Así, por ejemplo, se podría aplicar los Derechos de Seguridad Social -cobertura de riesgos- iguales para todos los trabajadores personales. Se podría obligar a incluir en el precio del servicio -peluquería, servicios legales- pagado por el consumidor final la cuota a la Seguridad Social en el mismo porcentaje que lo abona un empresario laboral. Incluso, en materia de salario mínimo, se podría establecer un mínimo de honorarios por hora efectivamente trabajada por ley, como se hace con los trabajadores laborales, con relativa facilidad, permitiendo la competencia en precios entre los profesionales liberales que actúan en el mercado por encima de ese mínimo. En materia de sindicación, y negociación colectiva, sería posible también permitir que los trabajadores sin subordinación económica se incluyeran en los sindicatos sectoriales y que la negociación colectiva sectorial les fuera aplicable -ej. salario mínimo hora negociado por los sindicatos de clase para los trabajadores laborales comunes.

En cualquier caso, dadas estas dificultades para aplicar algunos de los Derechos laborales (ej. Jornada máxima, derechos de conciliación laboral, prevención de riesgos laborales, indemnización por despido) estos autores sostienen que habría que diseñar una normativa específica para estos sujetos que realizan trabajo personal, que no puedan ser incluidos en el contrato de trabajo, que se adapte a sus características.

Esto implica que, dentro del Derecho del trabajo, en el que se incluiría, todo el trabajo personal, habría que distinguir, por un lado, los trabajadores sometidos al contrato de trabajo, por otro lado, los diferentes regímenes jurídicos adaptados a las necesidades de cada “profesión” o forma de funcionar en el mercado. Algo que implicará, por una parte, que el concepto de trabajador asalariado pueda seguir siendo tan restrictivo como lo es ahora -requiriendo subordinación jurídica y económica- y, por otro que, aunque sería sencillo y simple determinar quién se encuentra dentro del Derecho del trabajo, seguiría siendo difícil concretar qué régimen jurídico -dentro de los múltiples existentes en este Derecho del trabajo propuesto- se aplicaría. Esto es, sería necesario realizar un esfuerzo

clasificadorio que distinguiera entre diferentes tipos de trabajadores personales con distintos regímenes jurídicos -y derechos laborales- aplicables.

En este sentido, en este trabajo se ha sostenido que para una buena la regulación del mercado de trabajo -que evite o reduzca las posibilidades de dumping social- es importante que toda la fuerza de trabajo esté sujeta a la misma regulación -o al menos similar en lo relevante-. Además, una clasificación basada en “profesiones” con distintos derechos laborales puede acabar dividiendo más la clase trabajadora, creando desigualdad y deslegitimando el propio Derecho del trabajo.

2. “No ser un genuino empresario”

Una de las propuestas que se acerca más a recoger la esencia material de la subordinación económica es considerar dentro del contrato de trabajo -y del Derecho laboral- a todos aquellos que realizan prestación de servicios sin ser un genuino empresario, esto es, sin tener una estructura empresarial relevante propia.

Uno de los mayores problemas con el actual criterio delimitador del contrato de trabajo es que excluye de él muchos trabajadores que prestan servicios sin ser un verdadero empresario, dado que su principal actividad se circunscribe a aportar mera mano de obra.

Como nos enseña la historia del trabajo, con el auge del capitalismo, los artesanos y trabajadores del campo, que eran realmente independientes en su origen, dejaron de serlo al ir perdiendo elementos necesarios para poder ser competitivos en el mercado. Principalmente dos i) la comercialización de sus productos y servicios; ii) los medios tecnológicos necesarios para producir eficientemente. De esta forma, solamente aquellos que tengan los elementos *necesarios* para actuar -producir y distribuir- directamente en el mercado, podrán considerarse verdaderos empresarios a efectos de excluir la normativa laboral.

Como ahora se verá, esta caracterización del trabajador como “aquél que presta servicios sin ser un verdadero empresario” permite, además, modernizar el Derecho del

trabajo vía interpretativa sin necesidad de cambio legislativo -aunque la modificación legislativa pueda ser deseable⁴⁰⁷-.

En efecto, dado que el objeto de las normas laborales ha sido históricamente -y sigue siendo ahora- la protección del trabajo subordinado; la forma de determinar quién está subordinado, y quién no, de acuerdo con el modelo económico-productivo de cada momento, dependerá de la labor interpretativa realizada por los tribunales. Los indicios de laboralidad conocidos y aplicados hasta el momento por los Tribunales no son más que la materialización observable de la subordinación. Esto es, como el trabajador subordinado durante la época de creación del Derecho del trabajo tenía unos horarios determinados, recibía unas órdenes y era vigilado por el empresario, se consideraron estas manifestaciones de subordinación. Sin embargo, no existe un concepto “iusnaturalista” de trabajador. Qué es un trabajador y qué un autónomo-empresario no es más que un proceso de construcción doctrinal y jurisprudencial basado en la realidad material del momento en el que se creó. De este modo, vistos los cambios de modelo organizativo-empresarial y sus efectos que provocan que, actualmente, las manifestaciones de subordinación vengan determinadas por otros elementos, los Tribunales están legitimados a contemplar estas nuevas formas de determinar la subordinación del trabajador, para distinguir entre lo que es un trabajador y un genuino empresario.

Adicionalmente, el criterio del “genuino empresario”, como forma de calificar a los trabajadores, también aporta la ventaja de encajar con las excepciones del Derecho de la competencia para acceder a la negociación colectiva. En efecto, la normativa europea, que impide los pactos colusorios en materia de precios, etc., es de aplicación solamente a empresas (art. 101 TFUE). Esto ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de que los trabajadores están excluidos de esta prohibición y, por ello, pueden disfrutar de la negociación colectiva (Caso Albany)⁴⁰⁸. Ahora bien, a partir de esta idea el TJUE incide en ella realizando una interpretación expansiva del concepto de empresa incluyendo en

⁴⁰⁷ TODOLÍ, A., “El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley de California (AB5)”, *op. cit.*

⁴⁰⁸ STJUE 21 de septiembre de 1999 en el asunto C-67/96; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 37, 2002, pp. 37–60; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE”, *Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo*, n. 232, 2020, pp. 35–82.

ella gran parte de los trabajadores (concretamente a los trabajadores autónomos), lo que les impide materialmente acceder a la negociación colectiva (Caso FNV Kunsten⁴⁰⁹). No obstante, el propio TJUE, interpretando las normas de competencia, reconoce que los falsos autónomos deben considerarse como asalariados a efectos de considerarse excluidos de las normas de competencia. Por ello, se vislumbra como, en ambos casos, la línea divisoria entre Derecho del trabajo y Derecho de la competencia debe ser la misma: donde empieza un genuino empresario termina un trabajador. Lo que parece tener menos sentido es la existencia de figuras intermedias como los trabajadores dependientes, los parasubordinados italianos o los autónomos que solamente aportan mano de obra, que, en definitiva, no son un genuino empresario y, a pesar de ello, tampoco se le aplican las normas laborales⁴¹⁰.

Esta es la línea interpretativa que se defiende en este trabajo. En fin, la propuesta de interpretación que aquí se hace, por la cuál se debe entender como trabajador laboral a todo aquél que preste servicios sin ser una genuina empresa, sirve tanto para aplicar a esos sujetos los derechos laborales, como para mantenerse dentro de la exclusión de las reglas de competencia.

A partir de aquí se va analizar qué se debe considerar un genuino empresario a efectos de admitir, solamente para este colectivo, la inaplicación del Derecho del trabajo.

Para ello, se debe partir de que el cumplimiento de las meras formalidades de inscripción como empresario será irrelevante para la aplicación de la normativa laboral (ej, S.L. S.A. Cooperativa, alta en el RETA...). Por el contrario, será un genuino empresario aquél que cuente con una *estructura empresarial relevante* con la que presta servicios objeto del contrato. En este sentido, cuando el contrato de prestación de servicios se realice con una entidad que preste servicios siendo propietaria de una estructura productiva relevante para el desarrollo de esos servicios cabrá entender que estamos ante un contrato mercantil, de lo contrario, si quién presta servicios solamente aporta mano de obra, se estará ante un trabajador laboral.

⁴⁰⁹ STJUE 4 de diciembre de 2014 C- 413/2013

⁴¹⁰ Parte de la doctrina ha defendido esta misma idea con fundamento en los Derechos fundamentales. Esto es, se argumenta que con independencia -o adicionalmente- al hecho de que un autónomo individual no pueda ser considerado una genuina empresa a efectos económicos, la realidad es que existen derechos fundamentales que proteger como es la negociación colectiva, ver COUNTOURIS, DE STEFANO & LIANOS, "The EU, competition and worker's Rights", *op. cit.*

Como se ve, con este criterio delimitador de la aplicación de las normas laborales se cambia el foco de “cómo se realiza el trabajo” a “quién realiza el trabajo”. Con ello, pasa a ser intrascendente cómo se ejecute el trabajo -con dependencia jurídica o no-, esto es, si se realiza siguiendo instrucciones del empresario, si existe vigilancia y control por parte del mismo, etc., son elementos que no excluirán la laboralidad. Tampoco será relevante la duración del contrato, esto es, si es de corta o larga duración, esporádico o habitual a efectos de aplicación de las normas laborales. Tampoco será determinante que el trabajador tenga la potestad de rechazar trabajos encargados por el empresario, para determinar su horario, dónde o cómo realiza el trabajo, etc.

De esta forma, para acordar la inclusión en el ámbito de aplicación de las normas laborales, lo determinante sería si el prestador de servicios contratado tiene la estructura empresarial relevante para desarrollar el negocio. De esta forma, se aplica el contrato de trabajo con una definición en negativo, esto es, todos aquellos servicios que *no* se presten a través de una estructura productiva de la que se es titular –empresa- estarían incluidos en dicho ámbito. Aquí se revela la primera diferencia con la interpretación clásica, la cual entiende que solamente el trabajo dependiente y ajeno será laboral, quedando fuera del ámbito de aplicación el resto de tipos de trabajo.

Con la interpretación finalista aquí propuesta se está más bien en la situación contraria: lo relevante será definir qué es una empresa, puesto que, si no se prestan servicios siendo un genuino empresario, se entenderá que se es trabajador. En este sentido, lo determinante, cuando se enfrenta a un caso de clasificación del contrato de trabajo, será la existencia de indicios de que el prestador de servicios es una genuina empresa pues lo contrario implicará que se está ante un trabajador laboral. Se entenderá que se está ante un genuino empresario cuándo el prestador de servicios tenga:

A) Ajenidad patrimonial: *La propiedad de activos materiales (infraestructuras, maquinaria, edificios...) o inmateriales (marca, datos, fondo de comercio, software específico, etc) relevantes pertenecen al prestador de servicios.*

En efecto, la principal diferencia entre un trabajador y el capitalista es que el trabajador es remunerado por su trabajo y el capitalista por su inversión. De esta forma, para entender que estamos ante un genuino empresario con estructura productiva relevante, tiene que existir una propiedad de elementos productivos de valor económico

notable. En la industria esto es fácilmente reconocible en términos de quién sea el propietario de la infraestructura (fábrica, almacenes, infraestructura, etc) y de tecnología (maquinaria, robots, etc...). La facilidad de identificación del verdadero empresario en la industria viene marcada por dos elementos: en primer lugar, porque el patrimonio material es físicamente reconocible y, adicionalmente, suele ser de un valor económico importante lo que impide que el empresario pueda “obligar” al trabajador a ser propietario de esos elementos con objeto de reducir sus costes y eludir la regulación laboral.

Por el contrario, en el sector servicios los elementos materiales suelen ser de menor valor (un ordenador, una camioneta, un Smartphone) lo que hace relativamente sencillo que quién aporta mano de obra también aporte estas herramientas de trabajo. Sin embargo, esto no significa que el propietario de estas herramientas de trabajo debe considerarse un “capitalista” –aquél que se retribuye por su inversión y no por su mano de obra-, sino que habrá que atender a la propiedad de los elementos inmateriales del negocio (información, know-how, marca, software, propiedad intelectual, datos, patentes, fondo de comercio, etc.). Estos elementos son más difíciles de observar dado que son intangibles, sin embargo, en el S. XXI son el núcleo duro de la mayoría de negocios. Por ello, la propiedad de los mismos debe ser usada para distinguir entre una verdadera empresa y un trabajador laboral.

Esto incluye ser propietario de la fuerte inversión en marca -márquetin y publicidad- necesaria para acceder al mercado con verdadera independencia económica. Como se ha defendido en otros lugares⁴¹¹ si la marca que te permite acceder al mercado no es de tu propiedad difícilmente tendrás poder de negociación dado que, el prestador de servicios, estará sometido a los deseos -y condiciones impuestas- por el propietario de la marca. Esto permite al propietario de la marca, no solamente impedirle el acceso al mercado, excluyéndole del uso de la marca, sino además imponerle las condiciones -salario- sin una verdadera negociación.

Un ejemplo sería los casos de los seguros médicos. Históricamente, muchos médicos contaban con consultas privadas e independientes que, gracias a su reconocimiento social, conseguían clientes directamente en el mercado. Sin embargo,

⁴¹¹ TODOLÍ SIGNES, A., “Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la gig economy”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 51, 2018, pp. 443-447.

cada vez es más habitual que estas pequeñas consultas clínicas, para tener clientes, necesiten incorporarse a los seguros privados que les “envían” pacientes. Estos seguros, aunque no le impongan al médico unos horarios o una forma de realizar su trabajo (independencia técnica y jurídica), la realidad es que, el médico, necesita de la marca proporcionada por el seguro para seguir obteniendo ingresos. Además, no podrá fijar su tarifa de honorarios, sino que esta vendrá impuesta por el seguro -que será muy similar o idéntica para todos los médicos de una determinada zona que presten servicios para ese seguro médico demostrando el alto nivel de sustituibilidad a ojos de la empresa aseguradora. Por último, la empresa aseguradora -que “envía” los pacientes al médico concreto- podrá excluir a un determinado profesional de la medicina de sus listas de “colaboradores” en cualquier momento -despido-, privándole de los ingresos. Por ejemplo, si el médico no cumple con los estándares de calidad requeridos por el seguro o en caso de quejas de los clientes. Lo que implica que el médico está subordinado a los deseos de la empresa principal ya que, aunque no reciba instrucciones sobre la prestación de servicios, el médico depende de la empresa principal para seguir realizando su actividad.

De esta forma, no parece posible considerar que, aunque el médico sea dueño de la clínica, este cuente con la estructura productiva necesaria para prestar servicios. A falta de un elemento tan esencial en el S. XXI como es la marca y los clientes -que realmente pertenecen a la empresa aseguradora-, el médico carecerá de los elementos productivos necesarios para considerarse verdaderamente un profesional *independiente*.

De la misma manera, en el caso de una peluquería abierta al público, en la que la persona que realiza el trabajo es dueño, a su vez, de las instalaciones y materiales necesarios para realizar los cortes de pelo, será complejo entender que tiene estructura productiva relevante si carece de la propiedad de la marca bajo la que trabaja. Esto es, si necesita de una marca, que no es de su propiedad -es propiedad de un tercero-, para obtener clientes difícilmente podrá considerarse independiente. En efecto, el trabajador estará subordinado a los deseos de esa marca que en cualquier momento podrá “despedirle” -retirarle el consentimiento para seguir usando esa marca-.

Concretamente, este elemento de la ajenidad en la marca es el que la doctrina ha considerado menos manipulable por las empresas a la hora de intentar excluir la

laboralidad⁴¹² y es que cualquier estrategia que requiera que las empresas argumenten contra sus propias marcas es improbable que triunfe en el largo plazo⁴¹³. En efecto, el caso de Uber, la publicidad realizada como servicio de transporte hace difícil considerarlo una simple empresa del sector tecnológico. De esta forma, cualquier actividad realizada por un prestador individual de servicios, que esté relacionada con la marca de la empresa, deberá considerarse asalariada⁴¹⁴.

Como ya he defendido en otras ocasiones, en el S.XXI, la ajenidad en la marca es uno de los elementos más importantes para diferenciar entre un trabajador laboral y un autónomo⁴¹⁵. Así, aquel trabajador individual que no trabaje bajo su propia marca –una marca que el mercado reconozca como propia-, sino bajo el paraguas de una marca ajena, estará subordinado a los deseos e instrucciones de esa marca bajo riesgo de ser expulsado, carecerá de poder de negociación propio al ser fácilmente sustituible (al no ser reconocido por el mercado) y no será propietario de dicho medio de producción inmaterial.

En el mismo sentido, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo de España al entender que un trabajador individual será asalariado si la empresa principal decide cómo este debe presentarse ante los clientes; si decide a qué clientes debe atender, si establece el precio del servicio: si hace publicidad de ese servicio, etc.⁴¹⁶.

En efecto, este criterio tiene la ventaja de ser difícilmente manipulable y es que si una empresa quiere tener clientes deberá señalar en el mercado –mediante publicidad, una marca, etc...- cuáles son sus servicios, con independencia de lo que alegue en los Tribunales. De esta forma, esta pauta imposibilita que se separe, de un lado, la parte económicamente más valiosa (la marca), y de otro, los trabajadores asalariados. Con ello,

⁴¹² DEKNATEL A, & HOFF-DOWNING L., “ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes”, *Penn Law Legal Scholarship Repository*, 2015, p 67.

⁴¹³ CUNNINGHAM-PARMETER K., “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work”, *Northern Illinois university law review*, v. 39, n. 3, 2019. En efecto, en la doctrina ha cierto consenso en aceptar la capacidad “camaleónica” de las empresas para cambiar su organización y adaptarse a cada una de las nuevas exigencias jurisprudenciales hasta el momento, ver ÁLVAREZ MONTERO, A., “Yacimientos de falsos autónomos más allá de las plataformas digitales: ramificaciones de un arraigado problema”, *op. cit.*, p 124.

⁴¹⁴ Cunningham-Parmeter K., “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work”, *op. cit.*, p 414.

⁴¹⁵ TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

⁴¹⁶ STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015).

se imputa las obligaciones laborales a aquel que tiene poder para hacer frente a las mismas, esto es, el dueño de la marca.

En fin, este criterio consigue que, aquellos que prestan materialmente los servicios “vendidos” al público deberán ser considerados asalariados de la empresa que los ofrece⁴¹⁷.

Adicionalmente, para garantizar que existe una estructura productiva independiente de la principal se deben exigir/valorar, adicionalmente, una serie de elementos más allá de la propiedad de los elementos materiales e inmateriales. Así, por ejemplo, se podría considerar que aquél trabajador que sus ingresos son percibidos principalmente de un único “cliente” no puede tener un negocio realmente independiente de aquél. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, Hargrove, et al., v. Sleep’s LLC de 14 de enero de 2015, establece que, si en el momento en el que la relación con ese cliente termina, el prestador de servicios cierra el negocio (o cierra la actividad) no podrá considerarse que fuera realmente independiente: lo que significa que por, sí solo, este elemento implicará la categorización como asalariado.

En un sentido similar, se ha exigido que la existencia de dicha estructura independiente debe ser anterior a la existencia del contrato mercantil con la principal (Dynamex)⁴¹⁸. Esto es, si el trabajador estaba en desempleo o en otro negocio distinto antes de iniciar la relación con dicha empresa y “crea” su estructura empresarial como presupuesto necesario para activar la relación contractual mercantil con ese cliente, difícilmente se podrá hablar de “estructura empresarial independiente”. Se sostiene que no puede existir una estructura económicamente independiente si la misma fue creada como presupuesto para poder contratar con una determinada empresa –o incluso siguiendo instrucciones de la misma– ni tampoco en el caso de que, al terminar dicho contrato, la estructura creada no puede permanecer activa. Parece lógico presuponer que si el trabajador depende de un determinado cliente económicamente para su existencia o supervivencia no habrá verdadera independencia como exige este elemento.

⁴¹⁷ TODOLÍ SIGNES A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *op. cit.*

⁴¹⁸ Sentencia del 30 de abril de 2018, núm. S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County)

B) - Ajenidad en el mercado y en los frutos: *La gestión real, y la toma de decisiones, de partes clave del negocio frente al mercado (precio, búsqueda y elección de clientes, contacto directo con los consumidores finales, nivel de actividad) es dirigida por el prestador de servicios.*

Esto implica la capacidad de ofrecer directamente al mercado sus servicios, buscar sus propios clientes, poder determinar el precio de su producto o servicio y tener posibilidades de crecimiento real del negocio. Esta característica de los empresarios reales estaría muy relacionada con la anterior respecto a las posibilidades reales de gestión libre del negocio. La diferencia es que mientras en la anterior se presume que la falta de elementos productivos necesarios provocará la falta de independencia real del trabajador, aquí directamente se tendrá que demostrar que el prestador de servicios era libre y, efectivamente, tomaba las decisiones de gestión real del negocio de manera independiente. Estas decisiones no se refieren solamente a ser libre para elegir el horario o la forma de realizar el trabajo sin vigilancia del empresario, sino que se va al núcleo de la gestión empresarial en el S. XXI. Esto es, tomar decisiones respecto al precio de los servicios, respecto a la estrategia comercial de la empresa -es necesario que exista una verdadera estrategia comercial de la empresa diferenciada de la del empresario principal para entender que estamos ante una verdadera empresa-, libertad para elegir el tipo de servicios ofertados y la elección de los clientes, así como la relación directa con ellos.

En este sentido, la mera imposición de un clausulado general para la contratación que el prestador de servicios deba aceptar será una manifestación clara de subordinación económica y un indicio de que no existe libertad real para este.

Otro argumento esgrimido, por gran parte de la doctrina, para entender que se está ante un trabajador subordinado, es la inexistencia de oportunidades empresariales. Los trabajadores que prestan servicios aportando puro trabajo o mano de obra sin que exista posibilidades de desarrollo empresarial difícilmente pueden calificarse como empresarios⁴¹⁹. Además, un verdadero empresario debe tener posibilidades de crecimiento de su negocio más allá de trabajar más horas para percibir mayor retribución. Cuando existe una vinculación entre la retribución pagada y el número de horas dedicadas

⁴¹⁹ ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept", *Legal Studies Research Papers Series*, Philadelphia: Temple University, 2015.

a la prestación de servicios difícilmente se estará ante un empresario real (STS 16 de octubre de 2017 caso Ofilingua).

En efecto, un empresario real será aquel que debe prestar servicios en una actividad donde pueda existir un desarrollo profesional, obteniendo sus propios clientes, a través de una buena prestación del servicio, que le permitan desarrollarse como empresa. No sería muy coherente calificar como empresario independiente a aquél que solamente ofrece su trabajo y no tiene posibilidades -ni siquiera potenciales- de obtener los beneficios inherentes a un emprendedor.

En concordancia con esto, se entiende que un trabajador autónomo debe aportar experiencia, formación y habilidades y estructura productiva que la propia empresa no posee y, por ello, debe recurrir a un tercero independiente que se la provea. Así pues, si el prestador de servicios realiza tareas que componen las actividades ordinarias de la empresa contratista difícilmente podrá considerarse un empresario real independiente. De esta forma, el Tribunal Supremo de California, en la mentada sentencia *Dynamex*, lo expone con dos ejemplos, de un lado, el trabajador que cose ropa en su casa para una empresa que fabrica ropa, será asalariado –por mucha independencia jurídica (“libertad formal”) que tenga- dado que la empresa principal se dedica precisamente al negocio de la fabricación y venta de ropa. Por otro lado, una panadería que vende pan y pasteles no podrá considerar como un empresario real al decorador de las tartas dado que esas funciones son reconocibles como las habituales de una empresa que se dedica a ese negocio. Por el contrario, se entenderá como “fuera de la actividad ordinaria” la contratación de un fontanero o un electricista en empresas que requieran una reparación puntual y que no se dediquen al negocio de la fontanería o de la electricidad. Esto es, para la realización de trabajos aislados de forma ocasional o marginal que no entren en la oferta de productos o servicios ofrecidos por esa empresa al mercado.

C) *La prestación efectiva del servicio encargado es realizada por trabajadores laborales contratados por el empresario.* Esto es, el empresario será aquél que se beneficia del trabajo realizado por otros, no aquél que realiza por sí mismo el trabajo. Si el trabajo encomendado por el cliente, mediante el contrato de prestación de servicios, es realizado directamente por el “dueño” de la empresa, se estaría realmente ante un trabajador (ante un contrato de trabajo), dado que lo que aportaría realmente es mano de obra.

Este elemento puede servir para identificar a un verdadero empresario cuando la actividad no requiere de elementos productivos relevantes. Así, por ejemplo, el contrato entre una empresa de oficinas y una persona de la limpieza difícilmente puede considerarse mercantil. En efecto, si se contrata directamente a la persona que realiza las funciones de la limpieza, el contrato deberá ser laboral. Por el contrario, es posible que la empresa de oficinas contrate a una empresa de limpieza genuina para la prestación de esos servicios, pero para ello sería necesario que la empresa de limpieza encargara la ejecución del servicio a alguien mediante contrato laboral. Es decir, nada impide a las empresas contratar mediante contrato mercantil la prestación del servicio, lo que se requiere con este concepto es que quién efectivamente realiza el trabajo esté contratado mediante contrato de trabajo. De esta forma, es perfectamente posible una empresa de limpieza que ofrezca sus servicios en el mercado, siempre que finalmente el que los ejecuta esté contratado laboralmente siendo sujeto de la aplicación de normas laborales.

En cualquier caso, no debe olvidarse que el prestador de servicios, cuando no existe estructura productiva relevante, debería contar con la gestión real del negocio y no ser un mero supervisor de la ejecución del servicio en beneficio de la principal bajo pena de considerar la subcontratación como cesión ilegal. Así, por ejemplo, lo ha determinado el Tribunal Supremo Español en el caso de las “falsas” cooperativas de transporte, en las cuales se determina que existe cesión ilegal al no contar la cooperativa con la gestión real del negocio -no decidía sobre el precio y trabajaba para una comercializadora de los servicios de transporte-⁴²⁰.

En definitiva, este criterio clasificador *-estructura empresarial relevante-* consiste en buscar la diferencia entre un verdadero empresario de aquél que únicamente aporta trabajo⁴²¹. En el S.XXI, ello significa centrarse en aquellos elementos que son relevantes para la disposición tecnológica, productiva y organizativa de las empresas actualmente. En este sentido, los criterios relevantes para la identificación de un falso autónomo será ii) la ajenidad patrimonial -capital o tecnología-; ii) la ajenidad en los frutos y la ajenidad

⁴²⁰ STS de 18 de mayo 2018 (rec. 3513/2016).

⁴²¹ En el fondo, todo ello tiene similitud a lo defendido anteriormente respecto a “los nuevos indicios de laboralidad”, puesto que al final estos indicios nuevos no tienen otro objetivo que señalar la importancia que tiene el S. XXI unos elementos productivos distintos –ahora inmateriales principalmente- a los que tenían importancia en el S. XX (maquinaria, fábrica). Y como la falta de propiedad de estos nuevos elementos productivos de relevancia son lo que realmente subordinan al trabajador ver TODOLÍ SIGNES, A., “Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la gig economy”, *op. cit.*

en el mercado; iii) contratación de trabajadores suficientes para la ejecución completa de la actividad. En este contexto debe considerarse elementos no determinantes; la falta de dependencia jurídica o la falta de ajenidad en los riesgos. Este último, debido a la facilidad, y conveniencia, para el que tiene poder de negociación de imponer al que carece de ella la asunción de riesgos. De esta forma, la ajenidad en los riesgos debe considerarse una consecuencia del contrato de trabajo y no un prerequisite.

En cuanto a la aplicación de estos tres criterios (ajenidad patrimonial, frutos y mercado) se propone lo siguiente. En primer lugar, habrá que conocer si el prestador de servicios presta servicios directamente para el consumidor final o, por el contrario, para otra empresa que comercializa y vende sus productos o servicios.

1. En caso de estar ante el primer supuesto -trabajar directamente para el consumidor final-, en segundo lugar, habrá que analizar que este prestador de servicios tiene los elementos patrimoniales suficientes para poder producir (infraestructura, marca propia, medios materiales, etc.), pero sin que sea necesario que tenga a su vez trabajadores contratados que realicen la actividad. Esto es, parece admisible que si el prestador trabaja directamente para el consumidor final pueda realizar la prestación del servicio por sí misma siempre que cuente con todos los elementos materiales e inmateriales necesarios para realizarlo y con libertad para fijar el precio de sus servicios. Este sería el caso de la peluquera que regenta un establecimiento abierto al público obteniendo por sí misma sus propios clientes, con su propia marca y decidiendo el precio de sus servicios. En este caso, aunque ejecutara la prestación de servicios personalmente, aun así, podría considerarse un genuino empresario.

Por el contrario, si el trabajo de peluquería lo realizara de manera personal, pero la marca perteneciera a una “cadena” de peluquería que fijara/condicionara los precios u otras condiciones de prestación de servicios difícilmente podría considerarse a la peluquera un genuino empresario ya que estaría subordinada a la “cadena” de peluquerías en cuanto a que esta podría excluirla de su organización -despido-. Ni siquiera, aunque el prestador de servicios asumiera alguno de los riesgos del negocio -alquiler del local, contratación de secretaria-. Este es el caso resuelto por el Tribunal Supremo Español en varias sentencias dónde confirma que un dentista debe considerarse empleado laboral de la empresa de servicios de ortodoncia *Vitaldent*, dado que esta empresa enviaba los clientes finales al dentista y en la consulta médica figuraba la marca de *Vitaldent* (STS 9

de marzo de 2010 (rec. 1443/2009) y 7 de octubre de 2009 (rec. 4169/2008)) y todo ello a pesar de que el dentista, formalmente empresario, tuviera contratada una secretaria y pagara el alquiler del espacio donde prestaba el servicio como parte de “su” negocio.

De la misma manera, si el trabajo no requiriera ningún tipo de elemento productivo para ser ejecutado, y se realizara el trabajo personalmente, podría que considerarse la prestación de servicios como laboral. Este sería el caso de una limpiadora contratada directamente por los consumidores finales, que, al no requerir elementos productivos relevantes, no se podría considerar un genuino empresario. Así lo entendió el Tribunal Supremo Español en varias sentencias⁴²². Esta solución es razonable desde la perspectiva de que un limpiador de oficinas o viviendas que ejecuta el trabajo personalmente no puede considerarse un genuino empresario.

2. En el segundo supuesto -no trabajar directamente para el consumidor final- los niveles de exigencia en materia de libertad para realizar una gestión real y de no ejecución de la prestación de manera personal serían mucho mayores. En efecto, desde el momento en que no se trabaja directamente para el consumidor final (ajenidad en el mercado), sino que existe otra empresa que comercializa los servicios prestados por el trabajador, encontraremos un poderoso indicio de que este prestador de servicios estará subordinado a los deseos de esa comercializadora de sus servicios, ya que contrariar a la empresa principal puede implicar la pérdida del trabajo.

Así, en este supuesto solamente se entenderá que se está ante un genuino empresario si, de un lado, el prestador de servicios tiene el resto de infraestructura propia -elementos materiales costosos, infraestructura- para poder realizar el servicio y, adicionalmente, tiene otros trabajadores que prestan el servicio por él. Así sería el caso de las franquicias de Burger King o McDonald donde el empresario franquiciado, a pesar de estar coartado por los deseos del propietario de la marca -franquiciador- y controlada por este⁴²³, se puede entender un genuino empresario dado que la prestación de servicio está realizada realmente por trabajadores contratados por este último (con un número bastante alto de trabajadores). Es decir, la persona física dueña de la franquicia no es el

⁴²² STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) –caso de limpiadores de escaleras–; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) –limpiador de oficinas.

⁴²³ TODOLÍ SIGNES, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicia”, *op. cit.*

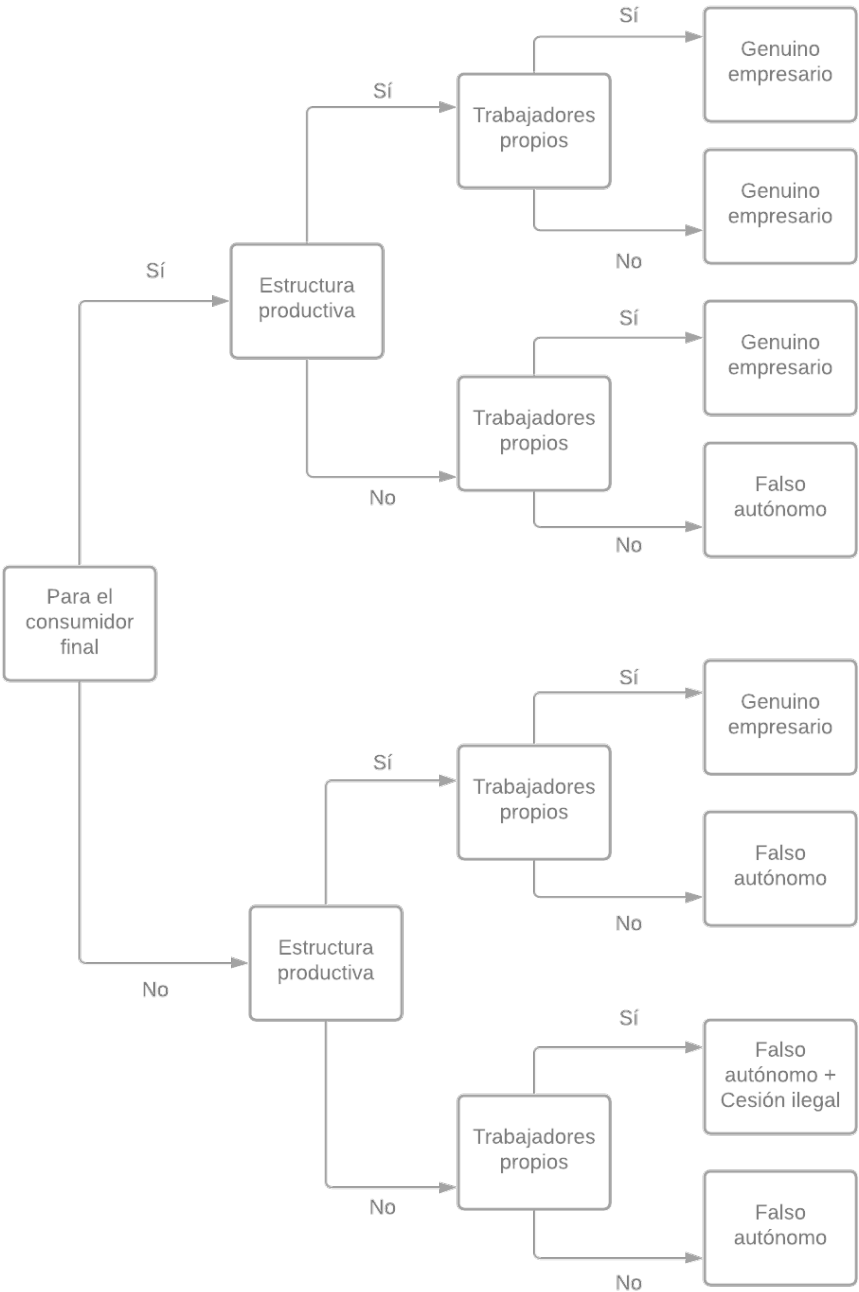
que realiza la prestación de servicios, sino la que dirige el negocio tomando decisiones de gestión empresarial real.

Siguiendo en esta línea, si la prestación de servicios, comercializada por una principal, no requiere elementos materiales, y es realizada personalmente por la persona contratada, habrá que entender que existe laboralidad entre la empresa que ofrece los servicios ejecutados por el trabajador. Este sería el caso de la Sentencia Ofilingua (STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015)) donde una empresa de traducción e interpretación ofrecía estos servicios que eran ejecutados por “colaboradores” contratados como independientes. En este caso, a pesar de que existiera libertad absoluta por parte de los colaboradores para rechazar servicios, elegir horarios, tomar vacaciones etc., se entendió que se daban los criterios de subordinación dado que la prestación de servicios -los traductores supuestamente independientes- solamente aportaban mano de obra comercializada por Ofilingua. De esta forma, el Tribunal Supremo concluye que los traductores son asalariados de Ofilingua.

Lo mismo ocurre en caso de que sean propiedad del prestador de servicios los elementos materiales de poco valor. Así, en caso de un camión de 3.5 toneladas, se ha considerado que no es estructura productiva suficiente para entender que estamos ante un genuino empresario (STS de 22 de enero de 2008 (rec.626/2007) y de 30 de abril de 2009 (1701/2008)).

En fin, la decisión sobre si se está ante un genuino empresario o un trabajador laboral -las dos únicas posibilidades dado que estamos ante un sistema binario de calificación- debe basarse en si existe estructura productiva suficiente o no. Para evaluar la existencia de esta estructura productiva suficiente se deben admitir tres indicios como válidos: 1) si tiene estructura para comercializar sus productos o servicios o si eso lo hace otra empresa; 2) si tiene infraestructura para producir los bienes o los servicios de manera independientes; 3) si tiene personal propio que ejecute materialmente las actividades objeto del negocio. El empresario es aquél que cuenta con capital (infraestructura propia, marca propia y diferenciada del cliente, tecnología, etc....), y, además, actúa directamente para el mercado final de ese producto o servicio, esto es, comercializa por sí mismo sus productos sin depender de otro para ello decidiendo el precio de su servicios libremente, los productos o servicios que ofrece, etc. Por último, en aquellos trabajos que no requieran elementos materiales relevantes, será genuino empresario el que, acudiendo directamente

al consumidor final para colocar sus servicios, no ejecuta de manera personal los mismos, sino que lo hace a través de otros contratados por él. En fin, estos tres elementos son los que le permite identificar quién es un verdadero empresario y, con ello, quién está subordinado en la economía del S. XXI.



“Todas las cosas fingidas caen como flores marchitas, ninguna simulación puede durar largo tiempo”.

Marco Tulio Cicerón

XII. CONCLUSIONES. MITOS SOBRE LA REGULACIÓN LABORAL Y LA ECONOMÍA

En los últimos cuarenta años, el Derecho del trabajo ha ido cediendo terreno en el cumplimiento de sus tres principales funciones. En este trabajo se han analizado las principales razones detrás de este declive en el uso de las instituciones del mercado de trabajo: i) creación de una clase alta laboral que actualmente no requiere de la intervención del Estado para tener garantizada la seguridad económica que consigue mediante rentas alternativas; ii) aparición de otros intereses prioritarios a la hora de votar distintos a la “cuestión social”; iii) debilitamiento de los sindicatos y la desconexión entre los sindicatos y los partidos políticos.

A su vez, desde una perspectiva de teoría económica, dos son los argumentos principales que se usan para defender una posición no intervencionista en el mercado de trabajo: a) de un lado, se sostiene que las instituciones laborales pueden provocar desempleo; b) de otro lado, se argumenta que la intervención legislativa provocará ineficiencias en el mercado de trabajo. En este trabajo se ha pretendido argumentar que ambas afirmaciones son, en la mayoría de casos, erróneas. Corresponden más bien a mitos sobre el funcionamiento del mercado de trabajo con insuficiente evidencia empírica que los respalde. De hecho, los estudios empíricos apuntan, en muchos casos, hacia la situación contraria: la intervención en el mercado de trabajo, y los derechos laborales, mejoran la eficiencia, la productividad y pueden ayudar a la creación de empleo.

Es habitual escuchar entre los laboristas la expresión “las reformas laborales ni crean ni destruyen empleo”. El objeto de esta manifestación no es otro que intentar desvincular la destrucción, o creación de empleo, de las normas laborales.

En un momento ideológico y político en la que el relato preponderante consiste en sostener que el Derecho del trabajo destruye empleo, parece lógico que, con objeto de defender la permanencia de las normas laborales, se sostenga la inexistencia de causalidad entre las normas laborales y el nivel de empleo.

Así, dicha expresión de uso común entre los académicos progresistas se usa, en la mayoría de ocasiones, como mecanismo de defensa para evitar la desregulación del mercado de trabajo. Se argumenta, pues, que no se debería desregular el mercado de trabajo porque esto no va a tener efectos en el nivel de ocupación de un país. Esto es, como si las normas laborales tuvieran un efecto neutro en la economía. Ciertamente es también que, en muchos casos, con este discurso sobre el Derecho del trabajo y la economía, no se pretende afirmar que no exista ningún efecto de las normas laborales en la economía, sino señalar que el nivel de empleo de un país depende en mucha mayor medida de otros factores distintos a las normas laborales. Así, en efecto, la demanda de trabajo dependerá principalmente del nivel de demanda de productos y servicios existentes para ese mercado, de la eficiencia de las empresas instaladas en ese país, del nivel de inversión existente, etc.

Sin embargo, como se argumenta en este trabajo, la realidad es que todos estos factores están a su vez condicionados por la regulación del mercado de trabajo. El salario mínimo y una negociación colectiva eficaz pueden mejorar la capacidad de compra -la demanda- de un país, la reducción de la temporalidad mejora los incentivos en formación y nuevas metodologías de trabajo mejorando la eficiencia, poner fin a la competencia en costes laborales incentivará la innovación empresarial, etc. Por tanto, en este trabajo se concluye que no debería minimizar el impacto positivo que las normas laborales pueden tener en el nivel de empleo de un país y, también, en la eficiencia de las empresas que a la postre provocará mayor nivel de empleo.

De esta forma, en este trabajo se defiende que esta concepción supuestamente neutral -entendida como la falta de capacidad real de tener efectos negativos o positivos sobre la economía- de las normas laborales respecto a la economía debe abandonarse. Por el contrario, se concluye que el efecto es positivo. Para apoyar esta conclusión, en este trabajo, en primer lugar, se desmonta el mito de la “no intervención” para, en segundo

lugar, justificar la necesidad del Derecho del trabajo por razones de eficiencia económica, de redistribución de la riqueza, de meritocracia y de igualdad.

a) *No existe la desregulación.* El mercado de trabajo siempre está regulado. Cuando se habla de “desregulación del mercado de trabajo” se hace referencia a remover una regulación específica del mercado de trabajo que contemple sus especialidades -ej, las personas no son “melones”, la diferencia de poder de negociación con el empresario o entre los propios trabajadores- y quede amparado por la regulación civil. De esta forma, defender la “desregulación del mercado de trabajo” implica sostener que no existen diferencias entre la prestación de servicios realizada por una persona física y la realizada por una genuina empresa. Sin embargo, la realidad es muy distinta. En este sentido, el Derecho del trabajo vendría a reconocer las diferencias existentes entre el mercado de servicios entre empresas y la prestación de servicios como persona física -sin ser un genuino empresario-, realizando una regulación adaptada a esta realidad.

De hecho, no parece que pueda sostenerse la desregulación del mercado desde posiciones no intervencionistas del mercado dado que, como se demuestra en este trabajo, la economía está permanentemente intervenida por el Estado en beneficio de la propia economía (niveles de masa monetaria, tipos de interés y tipos de cambio decididos por el Banco central, nivel de gasto público decidido por los Gobiernos, etc...). Intervenciones que afectan enormemente al nivel de empleo en un país y que, en ningún caso, se sostiene que deben dejar de hacerse (so pena de volver a una economía medievalizada).

De esta forma, cuando se defiende la desregulación en materia laboral, pero no se hace lo mismo sobre la intervención estatal en el nivel de la masa monetaria decidido por el Banco central de turno, no se está optando por la “no intervención” de la economía, sino más bien un tipo específico de intervención: esto es, la que beneficia a los propietarios del capital (a corto plazo) sobre los propietarios del trabajo. En efecto, tal y como se argumenta en este trabajo, el Derecho del trabajo no protege al trabajador, sino reequilibra lo que el Derecho civil -y la política económica- desequilibra a favor del propietario del capital. De esta forma, la dicotomía entre “muchas regulaciones” o “pocas regulaciones” no deja de ser una falacia, dado que siempre existe regulación. El problema es el tipo de regulación: qué hace, cómo lo hace y cuáles son sus efectos.

b) *La “desregulación” del mercado laboral empeora la economía:* Parece obvio sostener que desconocer las especialidades del mercado de trabajo es mala política regulatoria. Para poder establecer una regulación eficiente, en primer lugar, se debe

admitir que el mercado de trabajo no funciona como lo hace el mercado de bienes o de servicios prestados por otros sujetos. Tal y como estableció, el 10 de marzo de 1944, la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, conocida comúnmente como la “Declaración de filadelfia”: *el trabajo no es una mercancía*. Sin embargo, esto no debería verse únicamente como un principio moral por el que no parece correcto éticamente tratar a las personas como objetos mercantiles, sino también como principio económico. En efecto, no se pueden aplicar los principios económicos de los mercados de bienes (o de prestación de servicios entre genuinos empresarios) al mercado laboral y, en consecuencia, tampoco es válida una regulación generalista cuando tratamos con la venta de la fuerza de trabajo.

En efecto, la perspectiva histórica nos muestra como la ley de la oferta y la demanda *no* explica el funcionamiento del mercado de trabajo. En los años 70 se produjeron múltiples periodos de bajos salarios y alto nivel de desempleo demostrando que, al menos no siempre, la reducción de salario implicará un aumento de los trabajadores empleados. Muchas son las posibles explicaciones a este fenómeno. El más visible es que unos salarios bajos reducen la capacidad de compra, lo que impide que los empresarios puedan vender sus productos. En efecto, por muy barata que sea la mano de obra, si el empresario no tiene quién le compre su producto difícilmente tendrá incentivos para producir.

De la misma forma, una posición monopolista o de gran concentración empresarial en el mercado de trabajo puede provocar que el empresario consiga mantener los salarios bajos de los trabajadores sin tampoco crear empleo. Dado que, la empresa podría usar su poder de mercado para obligar a los trabajadores a trabajar por salarios bajos, sino que ello implique un aumento del empleo existente en la economía. E incluso, sin necesidad de que exista una posición *monopsonista*, la debilidad negocial de los trabajadores -cuando no existe negociación colectiva- puede conducir a la existencia de salarios bajos a la vez que persiste el desempleo.

En resumen, la ley de la oferta y la demanda sostiene que reducir el precio de una cosa aumenta su demanda. Aplicando esta teoría al mercado laboral, la reducción de los salarios aumentará el empleo. Sin embargo, las series históricas de datos muestran que la realidad del mercado laboral es la contraria. Un alto nivel de desempleo implicará un poder de negociación muy bajo de los trabajadores -miedo al paro y al despido-, lo que implicará que los trabajadores no podrán negociar mejoras salariales, ni de otras condiciones laborales, acabando con una economía con alto desempleo y bajos salarios.

Por esta razón, se observa que no es solamente que remover las protecciones laborales no conducirá a mayores niveles de empleo, sino lo contrario, son precisamente los países con altos niveles de desempleo los que requieren mayores niveles de regulación del mercado de trabajo.

En efecto, los países con más desempleo tendrán trabajadores con menos poder de negociación, lo que implicará que la empresa estará en posición de abusar de su poder de negociación provocando bajos salarios, condiciones laborales más precarias y resultando en ineficiencias de mercado (baja formación de los trabajadores, bajo nivel de innovación tecnológica y organizativa, incapacidad de compra, etc.). Los Derechos laborales rompen este círculo vicioso permitiendo la mejora de la eficiencia.

En efecto, recuérdese que la “flexibilidad” o la “desregulación” no son más que eufemismos de un incremento del poder unilateral del empresario -regulación civil- lo que permitirá al empresario extraer la mayor parte de la renta generada por los trabajadores permitiéndole comportarse en el mercado como si de un monoposonista se tratara. Esto es, provocará el mantenimiento de los salarios bajos a pesar de que haya gran desempleo en el país.

Incluso, desde una perspectiva neoclásica, y aceptando que la ley de la oferta y la demanda sin adaptaciones se aplica al mercado de trabajo, la doctrina económica sostiene que los mercados tienen fallos que la regulación debe solventar. La falta de información perfecta, los costes de transacción, los problemas de orden colectivos, la necesidad de colaboración y confianza, la inelasticidad de la oferta de trabajo y las externalidades negativas impiden que el mercado de trabajo funcione correctamente, por lo que son necesarias normas que mejoren sus resultados. De esta forma, se debe rechazar otro de los mitos en relación con la economía y el Derecho del trabajo: la desregulación como forma de mejorar la eficiencia.

Como bien señaló el premio nobel en Economía John Kenneth Galbraith, cuando el Estado ejerce un control sobre el entorno, por mal que lo haga, siempre será mejor que si no hubiera habido ningún tipo de regulación. Para ilustrar este ejemplo este economista expone la planificación de las ampliaciones de las ciudades que se dieron a finales del S. XIX y principios del XX. En este caso, Galbraith, admitiendo que el desarrollo de las grandes avenidas planificadas por los arquitectos municipales de la ciudad de Washington DC puede ser muy mejorable, hace notar que, sin duda, el resultado es mucho mejor que

si cada cual hubiera podido edificar donde hubiera querido sin planificación ni control público alguno como ocurre en otras partes de la ciudad -y en otras ciudades-⁴²⁴.

En efecto, el mito de la mano invisible que lo “soluciona” *todo*, ha quedado rebatido en múltiples ocasiones. Así, existen multitud de ejemplos en los que el mercado laboral requiere de intervención legislativa para solucionar los fallos del mercado y mejorar la eficiencia: i) insuficiente nivel de aseguramiento en contingencias laborales derivado de la información imperfecta -miopía económica- que justifica la Seguridad Social obligatoria; ii) la reducción de la cooperación y el incremento del conflicto derivado del ejercicio oportunista del poder del empresario que requiere límites al poder unilateral del empresario; iii) los bajos niveles de cooperación y de formación específica cuando los trabajadores no tienen garantizada la estabilidad en el empleo que justifica la preferencia por el contrato indefinido; iv) la incapacidad del derecho civil y la responsabilidad por daños para reducir los accidentes laborales que obliga a una regulación específica en materia de salud laboral; v) los incentivos empresariales para externalizar los costes de formación de sus trabajadores mediante despidos de personas mayores y contratación de jóvenes formados, etc. que propugna por un desincentivo al despido que interiorice los costes sociales de las decisiones empresariales; vi) los costes de transacción hacen que se requiera una estandarización de las reglas aplicables a todos los trabajadores mediante soluciones colectivas y no meramente individuales.

De esta forma, a pesar de que la regulación laboral pueda ser mejorable -o muy mejorable en algunos casos- esto no es razón para eliminarla -esto es, sustituirla por una regulación civil de carácter generalista-. Por el contrario, lo relevante será evaluar públicamente los efectos de una concreta regulación para conocer si da buenos resultados y cambiarla por otra distinta si no es así.

c) *La regulación laboral mejora la economía*: La realidad es que la regulación laboral no debe ser meramente una intervención para reducir los fallos de mercado. Por el contrario, una buena regulación permite mejorar la eficiencia, impulsar la innovación, mejorar la inversión en capital humano y en formación, inducir hacia una competencia en calidad de los productos y no en costes laborales, así como, facilitar el incremento en el tamaño de las empresas para permitirle aprovechar las economías de escala de la inversión realizada. En este trabajo se han analizado múltiples estudios

⁴²⁴ GALBRAITH J.K., *The new industrial State*, Boston: Houghton Mifflin, p 360.

empíricos que demuestran como la regulación laboral mejora la eficiencia productiva. Así, por ejemplo, el salario mínimo y la negociación colectiva incentivan la innovación tecnológica y organizativa de las empresas mejorando la productividad, así como la inversión en capital humano y en formación. En efecto, cuando la falta de regulación permite que los salarios tiendan a cero, las empresas tienen pocos incentivos en invertir en tecnología y en formación del capital humano dado que es relativamente más barato contratar más mano de obra para obtener el nivel de producto que requieren. Es decir, la “desregulación” del mercado de trabajo provoca niveles poco deseables en materia formativa y de inversión tecnológica.

De la misma manera, sin una regulación específica que lo impida, las empresas harán recaer las ineficiencias del negocio sobre el trabajador desincentivando con ello que las propias empresas se vuelvan más eficientes -mejor nivel organizativo, mejores metodologías de trabajo-. Esto no tendría que ser un problema para la economía, en general, si no fueran las empresas las únicas que tienen el capital para mejorar tecnológicamente los procesos productivos, para formarse, para innovar metodológicamente, etc. Esto es, si las empresas no asumen el reto de reducir las ineficiencias, y no tienen los incentivos para mejorar, no habrá mejoras en la eficiencia de la economía.

A su vez, los convenios colectivos de sector y la estandarización de las protecciones permitirán que las empresas compitan en calidad de sus productos y servicios y no en bajos costes laborales –que desincentivan la formación, la inversión en tecnología y la propia eficiencia. En efecto, si se permite que ciertas empresas compitan en costes laborales y acaparen gran parte de la cuota de mercado gracias a estas “ventajas comparativas”, el resto de empresas tendrán pocos incentivos para invertir en mejoras tecnológicas o productivas dado que sus esfuerzos inversores no se verán recompensados con mejores cuotas de mercado dado que están copadas por empresas ineficientes que reducen precios derivado de las condiciones laborales precarias de sus trabajadores.

En fin, en este trabajo se concluye que no existe *trade off* entre la eficiencia económica y la regulación laboral. Más bien al contrario, los estudios empíricos analizados apuestan porque ambas van de la mano: solamente mediante una buena regulación laboral es posible conseguir el deseado crecimiento económico.

Otro de los mitos que se desmonta en el presente trabajo es la dicotomía entre la eficiencia económica y la igualdad. Desde postulados neoliberales se sostiene que si se

trata a todo el mundo igual no existirán incentivos para esforzarse perjudicando con ello la productividad y el crecimiento económico. Por esta razón, se argumenta que estas regulaciones deben decaer o, al menos, limitar los principios de igualdad solamente a aquellos casos más fragantes de discriminación (ej., por razón de género, nacionalidad, religión, edad, etc.).

No obstante, en este trabajo se sostiene que no existe *trade off* entre la eficiencia y la igualdad. Por el contrario, lo que perjudica la eficiencia es tratar de manera distinta a los que son iguales sin una causa justificada suficiente. Para llegar a esta conclusión en primer lugar se han analizado las teorías sobre la meritocracia. En efecto, el ideal meritocrático exige que lo percibido por un trabajador en concepto de salario, o la contratación o despido de un trabajador, dependa únicamente de causas basadas en el mérito: esto es, que los operadores económicos sean recompensados conforme a su contribución y su esfuerzo es una máxima del mercado. De hecho, los economistas sostienen que sin un reparto equilibrado entre lo que uno aporta y lo que uno recibe (“mercecimiento”) los incentivos para esforzarse y colaborar desaparecerán rápidamente (y con ello la productividad y el crecimiento económico).

De esta forma, las diferencias decididas por el empresario basadas en estereotipos históricos, que nada tiene que ver con lo que uno aporta y se “merece”, provocarán reducciones en el nivel de esfuerzo y en los incentivos para colaborar. Así pues, con objeto de garantizar la eficiencia productiva y la colaboración está justificado la normativa en materia de prohibición de la discriminación.

A mayor abundamiento, si bien es cierto que las diferencias de trato basadas en estereotipos históricos pueden ser las que mayores niveles de injusticia provocan -y con ello peores resultados en materia de eficiencia-, la realidad es que *todo tipo* de diferencia de trato no “merecido” es apto para causar desafecciones en el trabajo e ineficiencias productivas. Por esta razón, se sostiene que la regulación debería permitir únicamente diferencias de trato basadas en el mérito. Esto debería implicar que las decisiones fundamentadas en criterios irrelevantes desde el punto de vista del mérito deberían estar prohibidas. Así, esto incluiría las diferencias -incluyendo no contrataciones o despidos- basadas en género, raza, religión y razones no laborales-, pero también las basadas en el tipo de contrato -temporal o indefinido, a tiempo parcial o a tiempo completo-, si se trabaja para una ETT, una contrata o para una empresa distinta dentro del mismo grupo empresarial.

A su vez, se argumenta que el mérito sí permite aceptar diferencias de trato basadas en criterios objetivos relacionados con la prestación de servicios. Así pues, en este trabajo no se argumenta que se deba tratar a todos los trabajadores igual, sino permitir diferencias fundada en una casusa objetiva, justificada, proporcionada y relacionada con el trabajo prestado. En definitiva, por razones de eficiencia y de compromiso con un funcionamiento meritocrático de la economía, el principio de igualdad no debería aplicarse solamente a las Administraciones públicas y a las normas, sino también a los sujetos privados, concretamente al contrato de trabajo.

En definitiva, la relación entre Derecho del trabajo y política económica actualmente parece plagada de prejuicios que difícilmente soportan un embate empírico. Una serie de mitos creados para reducir el apoyo social hacia los Derechos de los trabajadores. Una serie de mitos que ponen en duda cada una de las regulaciones laborales existentes y que paralizan la innovación normativa en materia de Derechos sociales. Cualquier propuesta de nueva regulación que se realice por académicos o partidos políticos es atacada por provocar ineficiencia en el mercado. Un ataque que no viene acompañado por datos o pruebas empíricas que rebatan la utilidad de la normativa, sino simplemente por mitos y prejuicios.

En este trabajo se sostiene que esta situación ha sido permitida por parte de los defensores de las normas laborales por el hecho de rechazar el debate económico. Gran parte de la doctrina laboralista prefiere no intentar negar los efectos negativos del Derecho del trabajo en la economía, sino simplemente defender la neutralidad o irrelevancia de las normas laborales en la economía. Por el contrario, las más acérrimas defensas se juegan en el campo de batalla de los valores. De esta forma, históricamente la doctrina laboralista ha abogado por la necesidad de la regulación con fundamento en valores sociales, imperativos morales de ayuda a la parte desprotegida y Derechos humanos. Sin embargo, estas entusiastas defensas no parecen haber alcanzado su objetivo en un mundo en el que la economía parece estar en el centro de todo. La ideología promercado imperante ha conseguido convencer de la capacidad de la economía de mejorar la situación de todos los implicados. Si la economía va bien todo mejorará. Con esto en mente, en el imaginario colectivo, los valores sociales se alcanzan únicamente si la hay crecimiento económico. Probablemente, por esta razón, los argumentos usados en defensa de la regulación laboral centrados únicamente en los valores sociales y desvinculados de los efectos en la economía no han conseguido convencer.

En este contexto, la regulación laboral necesita un relato adaptado a las nuevas circunstancias políticas e ideológicas si quiere alcanzar su objetivo. Necesita modernizar su fundamentación filosófica para incluir las prioridades de la sociedad actual. Esto no significa, en ningún caso, abandonar las justificaciones basadas en los valores sociales o en la protección de la parte contractual débil, sino en dejar de ignorar, o de minimizar, la importancia social que tienen otras justificaciones. Las propuestas normativas en materia laboral deberían venir justificadas no solo por valores sociales, donde el laboralista se siente cómodo, sino también, cuando sea posible, en fundamentaciones económicas. Lo contrario, ignorar los efectos económicos, dejará el flanco abierto a ser atacadas con perjuicios y mitos que fácilmente podrían ser rebatidos.

Así, se concluye que el factor de la eficiencia, como argumento de legitimidad social de las normas laborales, no debería ser monopolizado por los que apoyan la desregulación de los mercados laborales cuando, en muchas ocasiones, la realidad es la contraria: la búsqueda de la eficiencia requiere de una regulación laboral fuerte.

Ahora bien, para detener el auge de los nacionalismos, la división y el conflicto social que está volviendo a inundar nuestras sociedades no es suficiente con el crecimiento económico. Cada vez parece más claro que las políticas de “no intervencionismo” de los últimos años han generado, en los países desarrollados, un incremento sin precedentes de desigualdad social y de desafección con el sistema político y económico poniendo a ambos en jaque si se sigue por el mismo camino. El *lassie-affair* se ha mostrado incapaz de propiciar oportunidades para todos los segmentos de la población, por el contrario, el crecimiento se ha ralentizado y los beneficios de la economía se han repartido sin correspondencia con los esfuerzos realizados para generarlos.

No puede ser casualidad que los años dorados del capitalismo -los años con mayor nivel de crecimiento económico- hayan coincidido con los años en los que las protecciones laborales eran más fuertes. Alcanzar cuotas altas de igualdad económica y de seguridad económica para todas las capas de la sociedad es lo que permite un mejor desarrollo de la economía. Particularmente, un reparto meritocrático, conforme al valor aportado, de las rentas generadas es lo único que puede garantizar la implicación de los agentes económicos en la generación real de valor. Permitir el uso de un superior poder de negociación por parte del empresario para extraer mayores rentas de las merecidas a

costa de los trabajadores, no solamente generará desigualdad, desarraigo e inestabilidad social, sino también creará desmotivación y desincentivará los esfuerzos para producir valor. A nivel empresarial la negociación colectiva, el salario mínimo y otras instituciones laborales bien conocidas son las únicas que pueden propiciar los resultados deseados.

Las tendencias recientes nos muestran como en los próximos años la digitalización, el teletrabajo, la automatización y el desarrollo de la Inteligencia artificial permitirán una mayor extensión de los efectos perjudiciales de la falta de regulación. Los mercados de trabajo se volverán mundiales -globalización de la prestación de servicios mediante las plataformas digitales-, así como, el poder de negociación de la fuerza de trabajo irá reduciéndose conforme la tecnología es capaz de sustituir un mayor número de tareas humanas. Ello implicará que los trabajadores que tradicionalmente eran capaces de autoprotegerse, sin necesidad de intervención legislativa, -profesionales de alta cualificación (médicos, ingenieros, informáticos, arquitectos, abogados, etc.- se vean arrastrados en esta mundialización de los servicios con una consecuente pérdida de poder de negociación frente a los propietarios de la tecnología (plataforma digital).

Esto abre nuevas oportunidades para el Derecho del trabajo. De un lado, como forma de reequilibrar el poder de negociación que la globalización y el avance tecnológico desequilibra a favor de los propietarios de capital. De otro lado, estos cambios tecnológicos provocarán en los próximos años que aparezcan cada vez más sujetos que requerirán de protecciones laborales.

En este sentido, en este trabajo se concluye que, con objeto de evitar comportamientos extractivos de rentas -obtener más de lo merecido derivado de una superior posición de negociación- que generan desigualdad y desafección e ineficiencia en el mercado, parece necesario que las regulaciones laborales se apliquen siempre que exista una relación de subordinación económica del prestador personal de servicios. Para ello, se propone que se abandone un concepto restrictivo de trabajador, basado en la existencia de dependencia jurídica, para aplicar el Derecho del trabajo a todos los que venden su fuerza de trabajo. Es decir, a todos aquellos que prestan servicios sin ser un genuino empresario.

De hecho, la adaptación del concepto de trabajador a la realidad económico-empresarial del S.XXI debe verse como un reto para el Derecho del trabajo, pero también como una gran oportunidad. Como se ha argumentado en este trabajo, una de las razones históricas del éxito del Derecho del trabajo como fuente de eficiencia, redistribución e igualdad fue, precisamente, que la parte “alta” dentro la clase trabajadora se vio

necesitada de regulación para poder disfrutar de seguridad económica (“vivir como burgueses siendo asalariados”). En este sentido, es posible que la mundialización del trabajo (teletrabajo), las plataformas digitales y la automatización provoquen, de nuevo, un interés inusitado en el Derecho del trabajo por sujetos que actualmente creen no necesitarlo más. El primer paso para satisfacer estas necesidades de protección pasa por desanclar al Derecho del trabajo de un ámbito de aplicación restrictivo que excluye del mismo a gran parte de los trabajadores.

ESTUDIOS

Esta obra pretende modernizar el relato respecto a por qué necesitamos las normas laborales –y con qué contenido– en el siglo XXI. Así, se comienza con un estudio de las razones que dieron origen al Derecho del trabajo en el contexto de la Revolución Industrial y su evolución, para posteriormente analizar el contexto actual dominado por la globalización y la digitalización económica. Posteriormente, se estudian las principales justificaciones para la intervención en el mercado de trabajo en el contexto económico-empresarial actual, siendo éstas: 1) el crecimiento económico; 2) la redistribución de la riqueza; 3) una asignación meritocrática de las condiciones laborales entre los propios trabajadores. Para ello, se analizan todas las instituciones laborales desde una perspectiva económica con objeto de conocer las ventajas que aportan éstas a la eficiencia, a la productividad y al crecimiento económico.

Este trabajo concluye que el factor del crecimiento económico, como argumento de legitimidad social de las normas laborales, no debería ser monopolizado por los que apoyan la desregulación de los mercados laborales cuando, en muchas ocasiones, la realidad es la contraria: la búsqueda de la productividad requiere de derechos laborales fuertes.

En fin, para alcanzar los objetivos del Derecho del trabajo se defiende como necesaria una interpretación finalista del concepto de trabajador adaptada a las nuevas realidades económicas y empresariales. Así, en este trabajo se propone una serie de criterios e indicios para adaptar el ámbito subjetivo de aplicación de las normas laborales a todos los que prestan servicios sin ser una genuina empresa.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico).

ACCEDE A LA VERSIÓN EBOOK
SIGUIENDO LAS INDICACIONES
DEL INTERIOR DEL LIBRO.



CÓDIGO DE USO EXCLUSIVO POR LA EDITORIAL

C.M.: 74460

ISBN: 978-84-1391-479-4



9 788413 914794

THOMSON REUTERS
ARANZADI

ESTUDIOS
REGULACIÓN DEL TRABAJO Y POLÍTICA ECONÓMICA
DE CÓMO LOS DERECHOS LABORALES MEJORAN LA ECONOMÍA