

NUEVAS FORMAS DE ACCESO AL EMPLEO

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

NUEVAS FORMAS DE ACCESO AL EMPLEO

Sara Ruano Albertos

Coordinadora

Inmaculada Ballester Pastor

Francisca Moreno Romero

Fernando de Vicente Pachés

Arántzazu Vicente Palacio

Colección: Atelier Laboral

Directores:

José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2019 Sara Ruano Albertos (coord.), Inmaculada Ballester Pastor,
Francisca Moreno Romero, Fernando de Vicente Pachés
y Arántzazu Vicente Palacio

© 2019 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: atelier@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-76-3

Depósito legal: B-24050-2019

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: SU UTILIZACIÓN COMO «MODELO» DE CONTRATACIÓN LABORAL EN EL ACTUAL MERCADO DE TRABAJO	17
<i>Sara Ruano Albertos</i>	
1. Introducción	18
2. Las reformas flexibilizadoras de su regulación legal en pos de incrementar su utilización.	19
2.1. Su regulación originaria en el ET/80 y normas posteriores.	19
2.2. El nuevo tratamiento del contrato a tiempo parcial tras la reforma de 1993	20
2.3. Las reformas operadas fruto del diálogo social.	22
2.4. Los sucesivos cambios normativos encaminados hacia la configuración del concepto actual del contrato a tiempo parcial.	25
3. La flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo: las horas complementarias y las continuas vacilaciones en torno a la realización de horas extraordinarias	36
4. El control y seguimiento de la jornada en el trabajo a tiempo parcial	42
4.1. El debate sobre la existencia o no de una obligación general empresarial de registro diario de la jornada de trabajo anterior al RDL 8/2019, de 8 de marzo.	45
4.2. Obligaciones referidas a los contratos a tiempo parcial (artículo 12.4 ET) . .	49
4.3. Obligaciones impuestas por el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.	52
5. La asociación de temporalidad y tiempo parcial: un paso más en la precarización del trabajo.	57
5.1. Los intentos normativos en orden a la disminución de la temporalidad y la utilización del contrato a tiempo parcial	57
5.1.1. El impulso de la contratación temporal como medida de fomento del empleo.	58

5.1.2. Los vanos esfuerzos por dar una mayor estabilidad al empleo. .	60
6. La situación actual tras los sucesivos cambios normativos: algunos datos estadísticos a modo de conclusión	64
CAMBIOS EN EL ACCESO AL EMPLEO A RESULTAS DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL: EXTERNALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTISERVICIOS	71
<i>Arántzazu Vicente Palacio</i>	
1. Introducción	73
2. Las causas propiciatorias: culpas concurrentes del legislador y los tribunales. .	76
a) La admisión por la jurisprudencia de las contrataciones como causa justificativa del contrato de trabajo para obra o servicio determinado . . .	76
b) La victoria de la Empresa-actividad frente a la Empresa-organización en el deslinde de la subcontratación y la cesión ilegal de trabajadores	77
c) La restricción de las garantías legales previstas en el art. 42 ET a resultas de la restrictiva interpretación jurisprudencial del concepto de «propia actividad»	78
d) El triunfo de la Empresa-organización sobre la Empresa-actividad en la aplicación de las garantías para los supuestos de transmisión de empresa	79
e) La pérdida de atractivo de las Empresas de Trabajo Temporal a resultas de la mejora del régimen jurídico de los trabajadores cedidos	80
f) La búsqueda deliberada de la anomia convencional y las dudas sobre la aplicación del convenio colectivo aplicable (en las empresas multiservicios). El fomento de la empresa como ámbito preferente (por flexible) de la negociación colectiva y sus consecuencias en esta materia	81
3. La gestación del «trabajador sub-cedido»: la precarización extrema.	83
4. Algunas propuestas para la mejora (2015)	87
A) ¿Una solución judicial o legal? La dificultad de una solución a través de la negociación colectiva. Una reflexión sobre las consecuencias de la desregulación	87
B) Medidas en relación a la modalidad de contratación de los trabajadores operativos	90
C) Por la no restricción del artículo 42 ET a las contrataciones correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y otras propuestas en relación con el régimen de responsabilidades de la empresa principal en materia laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales.	91
D) Por la aplicabilidad de la subrogación empresarial (legal) en los supuestos de transmisión de contrataciones y concesiones administrativas (también a las contrataciones «inmateriales»)	93
E) Elecciones sindicales: la necesidad de superar la categoría de «centro de trabajo» en las empresas multiservicios (o, más en general, en las empresas que prestan servicios en centros de trabajo de las empresas principales). La necesidad de articular mecanismos de coordinación con la representación unitaria de la empresa cliente.	94
F) Empresas multiservicios y negociación colectiva. La necesidad de modificar las reglas de legitimación para negociar en las empresas	

multiservicios para excluir la diversidad normativa en la empresa y la instrumentación torticera de los convenios empresariales	95
G) Empresas multiservicios y seguridad social ¿un incremento de la cotización por «precariedad»? Sobre el establecimiento de un eventual «coeficiente de temporalidad»	96
H) Otras cuestiones	97
5. Algunos avances en la tutela jurídica del trabajador subcedido (2016-18). Un rápido recorrido	98
A) En relación al ingreso en la empresa y la extinción del contrato: el contrato de obra y servicio y la extinción de la contrata. ¿Nos hallamos ante el mismo contrato en los supuestos de renovación de la contrata?	98
B) En relación a la negociación colectiva: la experiencia del Convenio Colectivo Adecco Outsourcing-Atlas Servicios Empresariales (2017)	101
C) En relación a la subrogación empresarial: la STJUE de 11-7-2018 (Somoza Hermo) y sus consecuencias sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo	104
D) En relación a la aplicación del art. 42 ET a todas las contrata, correspondan o no a la propia actividad de la empresa principal	105
E) La directa intervención del legislador en la subcontratación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: el desplazamiento de la «prioridad aplicativa del convenio empresarial» y su alcance	107
F) Sobre la modificación unilateral de las condiciones de trabajo a resultas de las modificaciones de la contrata	109
G) Sobre el ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores de la contratista y contratación del servicio por la empresa principal de otra empresa: el esquirolaje comercial	110
H) La (tímida) introducción de un «coeficiente de temporalidad» en los contratos de duración determinada de duración igual o inferior a cinco días	113
I) El papel de la Inspección de Trabajo: el Plan de Trabajo Digno (2018-20)	113

**EL IMPULSO Y EFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOCIÓN
DEL AUTOEMPLEO Y EMPRENDIMIENTO: UNA VISIÓN CRÍTICA DESDE
LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL** 115
Francisca Moreno Romero

1. Una visión general	115
2. Análisis de un caso concreto de medida de incentivación al autoempleo: los incentivos en materia de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia	119
2.1. Desarrollo y ampliación de la medida de beneficios en la cotización a la Seguridad Social —Incentivos en materia de Seguridad Social para trabajadores por Cuenta Propia—, la denominada «tarifa plana»	119
2.2. ¿Es la «tarifa plana» una medida eficiente en términos de apoyo al emprendimiento?	123
2.3. ¿Es conveniente que la medida de beneficios a la cotización	

de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos corra a cargo del presupuesto de la Seguridad Social? ..	127
2.4. La «tarifa plana» ¿añade precariedad a una, de por sí, baja contributividad de los trabajadores por cuenta propia o autónomos? ..	129
3. Algunas reflexiones finales	132

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO AUTÓNOMO Y SU PROTECCIÓN SOCIAL: CONTENIDO, ALCANCE Y RETOS PENDIENTES 137
Inmaculada Ballester Pastor

1. Nuevas tecnologías, nuevas formas de empleo y el resurgir del trabajo autónomo.	137
2. Nuevas formas de empleo y nuevos problemas: la baja calidad del empleo convencional.	143
3. La digitalización y la consecuente confusión en las formas tradicionales de empleo.	145
4. Nuevas formas de empleo y mecanismos de protección social adecuados: posibles fórmulas.	148
4.1. El trabajo autónomo vulnerable y su alcance real: algunas cifras.	149
4.2. El contenido de la protección social de los autónomos y su nivel: el panorama en la Unión europea.	152
4.3. Una protección social adecuada con independencia del vínculo. El pilar europeo de derechos sociales y su impulso reciente	153
5. Implicaciones en el ordenamiento español de los empleos no convencionales.	158
5.1. El TRADE: un autónomo con protección social casi idéntica a la del autónomo ordinario	159
5.2. ¿Necesita nuestro ordenamiento un híbrido para acoger al profesional en precario?	165
6. ¿En qué ha quedado la protección social del autónomo? Un contenido similar y un nivel inferior de protección respecto al trabajador por cuenta ajena	167
7. Reflexiones finales acerca de la magnitud de la habitualidad y de la futura regulación del trabajador autónomo a tiempo parcial.	174

ACOSO Y DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO A TRAVÉS DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS O DIGITALES: SU INCIDENCIA EN LA FASE DE SELECCIÓN Y ACCESO AL EMPLEO 181
Fernando de Vicente Pachés

1. Introducción	181
2. ¿Estamos ante un nuevo fenómeno de violencia digital en el trabajo?	184
3. Hacia una delimitación y caracterización del acoso digital en el trabajo.	185
4. Supuestos de prácticas frecuentes de acoso digital laboral.	188
1° Distribuir en internet imágenes o datos delicados.	188
2° Dar de alta en sitio web para estigmatizar o ridiculizar a la víctima.	189
3° Crear un perfil falso en nombre de la víctima con demandas sexuales.	189
4° Usurpar identidad de la víctima para hacer comentarios ofensivos.	190
5° Dar de alta el email de la víctima para convertirla en blanco de <i>spam</i> y contactos con desconocidos.	191

6°	Acceder al ordenador de la víctima.....	191
7°	Enviar mensajes o realizar en redes sociales comentarios ofensivos, hostigadores, amenazantes e incomodar y perseguir a la víctima en espacios de internet que frecuenta	192
8°	Acciones de presión para actuar conforme a las solicitudes del acosador digital	196
9°	Uso del teléfono móvil como instrumento de acoso	197
5.	La respuesta del derecho frente al acoso y discriminación digital en el trabajo.....	198
5.1.	La protección jurídica desde la normativa laboral y civil-penal.....	198
1°.	La protección desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)	199
2°.	La protección desde la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS).....	201
3°.	La protección desde el Estatuto de los Trabajadores (ET).....	202
4°.	La protección desde la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y desde la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA).....	203
5°.	La protección desde la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)	205
6°.	La protección del acoso digital laboral desde la perspectiva civil y penal	206
5.2.	La normativa interna de las organizaciones: instrucciones, guías, buenas prácticas, códigos éticos o de conducta y otros instrumentos y directrices de actuación y prevención frente al acoso digital laboral ..	210
6.	Discriminación en el acceso al empleo por medios tecnológicos: los procesos de selección de trabajadores y la información contenida en redes sociales	214

PRESENTACIÓN

Hace unas décadas, la permanencia del vínculo contractual era el principal indicio para el análisis de la calidad en el empleo. El contrato indefinido y a jornada completa constituía el paradigma del empleo de calidad y así lo sancionaba el Estatuto de los Trabajadores, consagrando el principio de causalidad en la contratación laboral, imponiendo también limitaciones para la concertación de contratos a tiempo parcial. Incluso la posterior ruptura de la tradicional bilateralidad de las relaciones laborales a resultas de la aceptación legal de las empresas de trabajo temporal (1994), convergía en la misma lógica tradicional del principio objetivo, por cuanto la posibilidad de cesión de trabajadores temporales estaba restringida a las mismas necesidades temporales de mano de obra bajo el principio de causalidad. La aceptación de la contratación temporal «coyuntural» en el marco de las relaciones bilaterales —que caracterizó un periodo prolongado de nuestro sistema de relaciones laborales— no dejaba de ser una «excepcionalidad», que encontró una sanción legal muy transitoria en nuestra norma laboral, aunque no así en un cuerpo normativo (legal o reglamentario) «alternativo», al que cabe imputar la dualidad del mercado de trabajo que caracteriza nuestro mercado de trabajo desde hace décadas, segmentación que permanece en la actualidad pese a las diferentes reformas legislativas tendentes al establecimiento de límites en la encadenación contractual. La generalización de la contratación temporal como vía de flexibilización ha sido justificada tradicionalmente en la rigidez de nuestro sistema de extinción contractual, a la que se responsabiliza del temor empresarial en la creación de empleo. El mantenimiento de una alta temporalidad en nuestro mercado de trabajo pese a las sucesivas reformas del régimen jurídico de la extinción del contrato ha puesto de relieve la falsedad de este discurso.

Por su parte, el contrato a tiempo parcial, inicialmente residual en nuestro mercado de trabajo, constituye también en la actualidad una forma habitual de acceso al mismo. El tradicional desfavor del legislador ha ido cediendo paso a la flexibilización de su régimen jurídico, supuestamente como vía «declarada» para la conciliación de la vida laboral y familiar pero antes bien como otro sis-

tema para la reducción de las tasas de desempleo, sin olvidar su virtualidad para blanquear supuestos de economía irregular, logrando un abaratamiento de la cotización al sistema de seguridad social. En todo caso, y sin negar la precarización que supuso y supone la contratación temporal y el fraude en el contrato a tiempo parcial, visto en perspectiva, estos mecanismos de elusión de las garantías laborales podrían catalogarse como pequeñas grietas del sistema, que no comprometen su estructura.

Con mucha mayor preocupación deben valorarse otras «nuevas» formas de acceso al empleo. Aun respondiendo a diferentes lógicas, presentan como elemento común que la pérdida de garantías deriva de la adopción de nuevas formas de organización por parte del empleador. Indudablemente, no es un fenómeno reciente: las empresas de trabajo temporal fueron admitidas legalmente el año 1994, en los inicios de las políticas neoliberales y, como se señalará posteriormente, han ido cediendo cuota de mercado en beneficio de la externalización empresarial de actividades. En esta cesión ha tenido mucho que ver la mejora legal (1999; 2001) y convencional del estatuto jurídico del trabajador cedido a las empresas usuarias, que ha reducido su atractivo empresarial como vía para el abaratamiento de la mano de obra; pero mucho más importante ha sido la generalización de la externalización por parte de las empresas de muchas de sus actividades, incluyendo las actividades que no precisan de complejos ni costosos medios materiales. Y es que la generalización de la subcontratación ha sido, sin duda, cuantitativa, pero muy por encima de todo lo ha sido «cualitativa», al pasarse de la especialización de recursos materiales y personal, antaño característica de las empresas contratistas, a su polivalencia, a empresas externalizadas y en muchos casos, multiservicios, cuya actividad se sustenta casi en exclusiva en el elemento personal, en los trabajadores que, cedidos, prestan sus servicios para la empresa principal. Y todo este cambio se ha llevado a cabo sin una reforma legislativa de aquellas instituciones directamente relacionadas con la externalización de un ordenamiento jurídico construido sobre el concepto de empresa-organización, que es el modelo de la empresa fordista. Quizá no sea exagerado considerar que esta apatía del legislador en el establecimiento de garantías ajustadas a los nuevos tiempos para estos supuestos constituye una simple manifestación de la doctrina del «laissez faire» que, en concurrencia con la jurisprudencia —que ha desempeñado en esta materia un papel clave— y las reformas legales de otros preceptos estatutarios, han abierto brechas profundas en el ordenamiento laboral.

La subcontratación de servicios ha encontrado un nuevo aliado en el trabajo autónomo, que ha recibido un significativo impulso en las políticas legislativas de los últimos años. Si inicialmente el legislador adoptó medidas normativas para contener el cuestionable recurso a la precarización de los (nuevos) trabajadores autónomos económicamente dependientes (2007), la llegada de la crisis económica (2009) dio la ocasión al legislador de acometer un cambio en sus políticas de empleo, dirigidas ahora al fomento del autoempleo y de la cultura del emprendimiento. El fracaso de las tradicionales políticas de fomento de la contratación por cuenta ajena en la creación de empleo estable y de calidad, la

lenta y progresiva influencia del pensamiento neoliberal en las instituciones comunitarias y la digitalización -creadora de la falsa apariencia del éxito fácil- son también factores que explican este cambio de enfoque, que hasta las instancias normativas internacionales y transnacionales asumen en sus actuaciones más recientes (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; Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)]

La influencia de las nuevas tecnologías también ha alcanzado al trabajo y al trabajador por cuenta ajena. Las redes sociales han asumido un destacado protagonismo en el ámbito laboral al convertirse en una forma generalizada para la selección de personal, bien a través de portales específicos (Infojobs, Monsters, Laboris), bien como mero escaparate digital (LinkedIn, Facebook, Twitter) al que acuden las empresas a la búsqueda de la más variada información que el eventual candidato haya podido ir dejando en las redes sociales en relación, ya no a sus capacidades y habilidades laboral o profesionales, sino en relación a su conducta y hábitos sociales. Las redes sociales también han contribuido a la aparición de una nueva forma de acoso y violencia en el trabajo al convertirse en fáciles canales (Whatsapp; Telegram) para este tipo de deleznable conductas.

En definitiva, el ordenamiento laboral se enfrenta a nuevos desafíos. Por un lado, a la generalización de unas formas de acceso al empleo que están generando una dualidad en el mercado de trabajo entre un mercado de trabajo primario —constituido por trabajadores ampliamente protegidos en sus derechos individuales, colectivos y de seguridad social— y un mercado de trabajo secundario, formado por trabajadores precarios, con escasas garantías laborales cuando tienen empleo, nulos derechos colectivos y con grandes dificultades para acceder a un sistema de seguridad social articulado sobre la base de la condición de trabajador y la cotización durante cada vez más largos periodos de tiempo. Por otro lado, a una ampliación del «entorno laboral relevante» que alcanza también a las redes sociales, convertidas ahora en espacio para la localización y difusión de información y la perpetración de actos de acoso y violencia en el trabajo, de efectos aún más dañinos de lo habitual por su amplificación.

Los trabajos que se presentan en este libro abordan todos estos temas, complementando así otros estudios que los autores hemos realizado durante la ejecución del proyecto de investigación «Nuevas formas de acceso al empleo: diagnóstico de problemas y propuesta de soluciones» [IP: Sara Ruano Albertos. Plan de Promoción de la investigación Universidad Jaume I-Castellón (2016-18)]. Su finalidad ha sido contribuir al debate desde una perspectiva crítica y propositiva a estos nuevos desafíos.

Castellón, a 7 de septiembre 2019

Los autores