



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Cruz, Jesús

Hacia un nuevo modelo laboral en España

Derecho PUCP, núm. 68, diciembre-junio, 2012, pp. 131-156

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656142007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Hacia un nuevo modelo laboral en España

Towards a new labor model in Spain

JESÚS CRUZ*

Resumen: El artículo analiza el proceso acelerado de las reformas en la normativa laboral —intenso y extenso— que ha contemplado incluso la reforma del entramado constitucional. Entre las medidas adoptadas en la reforma española se encuentran las dirigidas a incrementar la empleabilidad de los trabajadores y respecto del fomento de la estabilidad en el empleo encontramos la incorporación de una nueva modalidad contractual, literalmente denominada «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores». Mientras que, como las novedades más destacadas se ubican las siguientes: la eliminación con carácter general de la autorización administrativa para los despidos colectivos; la ampliación de las causas justificativas de los despidos económicos, con el correlativo efecto de reducción del control judicial de justificación de la medida empresarial y la posible reducción en la práctica del coste del despido; la generalización de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente a los 33 días de salario por año de antigüedad con el tope de las 24 mensualidades; la supresión completa de los salarios de tramitación cuando el empresario opta por la extinción indemnizada en caso de despido improcedente; entre otras. Todo este abanico de cambios normativos es analizado críticamente por el autor quien, partiendo de la legislación española, estudia los conceptos jurídicos más relevantes.

Palabras clave: reformas laborales – legislación española – estabilidad en el empleo – flexibilidad laboral

Summary: The article starts with confirming the acceleration process in reforms of labor regulations-intensive and extensive-which is faced by Spain that has considered even the reform of constitutional framework. It should be noted that measures taken in the Spanish reform are aimed at increasing the employability of workers and with regard to promotion of employment stability; we find the incorporation of a new contractual modality, literally called “employment contract for indefinite time to support entrepreneurs”. Meanwhile, as the most important novelties are located the following: elimination with general character of administrative authorization for collective dismissals, the expansion of the proper reasons of economic dismissals, with the corresponding reduction effect of the judicial control as justification for business measure and the possible reduction in the practice of dismissal cost, the generalization of compensatory amount for unfair dismissal after 33 days of salary per year of seniority with limit of the 24 monthly salary, the complete suppression of processing salaries when the employer chooses indemnified extinction in case of unfair dismissal, among others. All this range of regulatory changes is analyzed critically by the author who, starting from the Spanish legislation, studies the most relevant legal concepts.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Sevilla.

CONTENIDO: I. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO LEITMOTIV.– II. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.– II.1. PERSPECTIVA FORMAL: AUSENCIA DE DIÁLOGO SOCIAL.– II.2. PERSPECTIVA MATERIAL: EL MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES.– III. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS.– IV. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA.– IV.1. FAVORECIMIENTO DE LA EMPLEABILIDAD DE LOS TRABAJADORES.– IV.2. FOMENTO DE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.– IV.3. FAVORECIMIENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA.– IV.4. REMOCIÓN DE OBSTÁCULOS A LA FLEXIBILIDAD DE SALIDA.– V. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL.

I. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO LEITMOTIV

Estamos viviendo en España, en los últimos tiempos, un proceso de aceleración de cambios en las reformas de la normativa laboral de tal intensidad y extensión que incluso a los especialistas en la materia les cuesta tener un conocimiento razonable del marco completo de nuestra legislación laboral. Tan solo en los dos últimos años, se han producido modificaciones de notable envergadura cuya mera enumeración ya resulta de por sí ilustrativa del momento de cambios acumulados que estamos viviendo¹. El último hito de todas estas reformas viene articulado a través del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo².

1 Así, a mero título de ejemplo, baste con citar las siguientes normas con rango de ley correspondientes a los dos últimos años de la anterior legislatura: Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (*Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 17 de junio), de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo; Ley 35/2010, de 17 de septiembre (*BOE*, 18 de septiembre), de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo; Real Decreto Ley 3/2011, de 18 de febrero (*BOE*, 18 de febrero), de Medidas Urgentes para la Reforma de la Empleabilidad y la Reforma de las Políticas Activas de Empleo; Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio (*BOE*, 11 de junio), de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva; Ley 27/2011, de 1 de agosto (*BOE*, 2 de agosto), sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social; Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto (*BOE*, 30 de agosto), de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de los Jóvenes, el Fomento de la Estabilidad en el Empleo y el Mantenimiento del Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agotan su Protección por Desempleo; Real Decreto Ley 14/2011, de 16 de septiembre (*BOE*, 20 de septiembre), de Medidas Complementarias en Materia de Política de Empleo y de Regulación del Régimen de Actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Ley 36/2011, de 10 de octubre (*BOE*, 11 de octubre), Reguladora de la Jurisdicción Social; Ley 38/2011, de 10 de octubre (*BOE*, 11 de octubre), de Reforma de la Ley Concursal.

2 *BOE*, 11 de febrero. Para comentarios de valoración y alcance de esta reforma, ver CASAS BAAMONDE, María Emilia & otros. «La nueva reforma laboral». *Relaciones Laborales*, 5 (2012); GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio & Jesús MERCADER UGUINA (dirs.). *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Valladolid: Lex Nova, 2012; BLASCO PELLICER, Ángel & otros. *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; AUTORES VARIOS. *Revista de Derecho Social*, 57 (2012), número monográfico; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo & Antonio SEMPERE NAVARRRO. *Claves de la reforma laboral de 2012*. Pamplona:

Ciertamente no todas ellas presentan idéntica envergadura, pero desde luego se advierte en el alcance de las continuas reformas su afectación a la práctica totalidad de los elementos institucionales clave de la legislación laboral y social. Desde luego, por lo que se refiere a la legislación laboral, resulta fácil advertir que se han visto afectadas por estas normas recientes la práctica totalidad de los elementos esenciales reguladores del contrato de trabajo, así como de la negociación colectiva, sin olvidar los importantes cambios paralelos efectuados sobre el régimen de las pensiones públicas.

Más aun, por su confección, se presentan como reformas de carácter estructural, en el sentido de que pretenden alterar de manera permanente el entramado institucional regulador de las relaciones laborales. Si bien es cierto que se trata de reformas que se ven impulsadas de manera inmediata por el complejo escenario de crisis económica y de empleo que vivimos, parece que no se presentan exclusivamente como reacción de urgencia o temporal a ese complicado panorama. No se trata en ningún caso de medidas de choque, por mucho que el instrumento normativo utilizado por excelencia sea el Real Decreto Ley. Bien elocuente al respecto resulta el preámbulo del Real Decreto Ley de 2012, donde partiéndose de los evidentes datos de fuerte destrucción de empleo provocados por la crisis económica, se acaba afirmando que el modelo laboral español resulta «insostenible», de modo que se hace un diagnóstico interpretador de que los problemas de nuestro mercado de trabajo «lejos de ser meramente coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura».

Situados más en general en el terreno valorativo, todas las recientes reformas han tenido una orientación común dirigida hacia el incremento de la flexibilidad en el ámbito de la empresa, de modo que se posibilite en mayor medida la adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos empresariales de productividad y competitividad. A tenor de ello podría pensarse que todas las reformas constituyen un *continuum*, con un hilo conductor común, una vuelta de tuerca adicional, dirían algunos³. Sin embargo, a primera vista, a nuestro juicio se presentan elementos que apuntan a que en esta ocasión no estamos exclusivamente ante una vuelta de tuerca más en ese proceso acentuado de incremento de los elementos de flexibilidad. Desde luego, no puede negarse que en algunos aspectos los cambios efectuados constituyen una profundización en medidas flexibilizadoras adoptadas en el pasado.

Aranzadi, 2012; PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo. *Una primera aproximación al Real Decreto-Ley, de reforma laboral*. Albacete: Bomarzo, 2012.

³ PÉREZ INFANTE, Ignacio. «Otra vuelta de tuerca: la nueva reforma laboral». En *Fabian@s Hoy* (publicación electrónica). Disponible en: <http://www.fabianoshoy.org/2012/04/01/otra-vuelta-de-tuerca-la-nueva-reforma-laboral/>.

Es posible que ciertas actuaciones de pasado ya estuvieran anunciando la posterior senda a recorrer. No obstante, tampoco puede desconocerse que en ocasiones la acumulación de elementos en lo cuantitativo acaba provocando un cambio de carácter cualitativo. A partir de un instante, aumentar el peso en tal medida de uno de los platos de la balanza provoca un resultado de manifiesto desequilibrio, donde la novedad se transforma de meramente cuantitativa en traspaso al terreno de lo cualitativo. Más aun, en ocasiones puede entenderse que los elementos introducidos se sitúan en un ámbito diferente, en una diversa lógica. De este modo, también podría percibirse un cierto cambio de perspectiva en la intervención, cabría decir incluso una nueva filosofía, que anuncia una nueva compresión del papel interventor del poder público en el complejo sistema de relaciones laborales. La intuición es que con esta reforma se ha superado una determinada línea de tendencia para situarnos en un terreno que manifiesta una concepción cualitativamente diferente del papel de la legislación laboral.

II. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

En gran medida el entramado institucional que se ha venido construyendo y reformando sucesivamente en el marco general de nuestra legislación laboral se ha efectuado desde la perspectiva de los principios deducidos del texto constitucional en el diseño de nuestro sistema de relaciones laborales. Principios que se desenvuelven tanto en el plano de lo procedural como de lo material.

II.1. Perspectiva formal: ausencia de diálogo social

Desde la perspectiva procedural, el papel de primer orden otorgado por el texto constitucional a las organizaciones sindicales y empresariales en la articulación del tejido social, asumiendo la función de representación de los intereses de los respectivos de trabajadores y empleadores (artículo 7 Constitución Española, en adelante CE), ha desembocado en una centralidad de los procesos de diálogo social en el diseño de las diferentes políticas laborales. En particular, ello ha consolidado fuertes procesos de interlocución entre los poderes públicos y las mencionadas organizaciones en el momento de elaboración de tales políticas, particularmente acentuado cuando se ha tratado de afrontar reformas legislativas de cierto calado. Se trata de procesos complejos, donde no existe un protocolo de actuación preestablecido, donde en cada ocasión sucurrir es diverso en atención a las circunstancias particulares de cada escenario político, pero que en todo caso han provocado una dinámica recurrente de abordar procesos de consultas bilaterales o trilaterales entre el Gobierno y los interlocutores sociales, de mayor o menor intensidad, de mayor o menor duración, pero que sin excepciones, hasta el presente, han

sido seña de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales desde finales de la década de los años setenta.

Por ello, resulta especialmente significativo que en esta ocasión, casi por primera vez dentro de nuestra larga experiencia de reformas laborales, el Gobierno no ha abierto un previo proceso de consultas, ni siquiera de información, a las organizaciones sindicales y empresariales respecto de los objetivos, contenidos y efectos de las medidas que se contienen en el real decreto ley aprobado. El Gobierno se limitó a conceder a los interlocutores sociales un plazo para que alcanzasen un acuerdo entre ellos y se lo remitiesen, sin ningún tipo de contacto directo al respecto. Como resultado, las organizaciones sindicales y empresariales celebraron el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, con importantes compromisos en materia retributiva, de flexibilidad interna y de negociación colectiva⁴. Como resultado de todo lo anterior, el Gobierno procedió a elaborar su texto de reforma, sin informar previamente a las organizaciones sindicales y empresariales y sin tampoco expresar voluntad de abrir proceso alguno de diálogo social. A su vez, aprobado el texto, el Gobierno se limitó a celebrar una reunión informativa con las partes, sin pretender a partir de entonces tomar el pulso de una posible valoración de las organizaciones acerca de las posibles correcciones al mismo en la fase sucesiva de tramitación parlamentaria en vistas a la conversión del real decreto ley en proyecto de ley ordinaria. Ahora, a criterio del Gobierno, ya no era el momento idóneo a la vista de que se encontraba en sede que correspondía decidir al poder legislativo.

Con ello se produce una importante ruptura, insistimos, de una larga tradición entre nosotros de mantener abiertos los canales de conexión entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Con ello no pretendemos, ni mucho menos, reducir la legitimidad política del Gobierno para ejercer plenamente sus potestades legislativas, que no se limita ni se condiciona políticamente por los procesos de concertación social. Pero, al propio tiempo, sin que todo lo anterior impida destacar el valor positivo que ha adquirido el diálogo social en nuestro sistema de relaciones laborales, como un elemento de enorme aportación a la articulación del tejido social y a la exteriorización de las posiciones de las partes en todo proceso de discusión acerca de cualquier tipo de reforma laboral. Siempre resulta de enorme utilidad pulsar la opinión y la actitud de los representantes económicos y sociales como destinatarios de las medidas que se pretenden adoptar, sin que ello tenga que comprometer en ningún momento la autónoma decisión del Gobierno. Aunque constituya una obviedad, conviene tener presente que el desarrollo de cualquier proceso de diálogo social no lleva implícita la necesidad de acuerdo, y muchas reformas laborales se han producido entre nosotros

⁴ BOE, 6 de febrero de 2012.

tras un fuerte desencuentro entre las partes respecto del contenido oportuno de la reforma legislativa, pero con previo desarrollo de un pleno proceso de diálogo social. El diálogo social se trata simplemente de un proceso que marca posiciones, que obliga a las partes a fundamentar sus criterios y al Gobierno a argumentar más en lo concreto sus medidas; pero, en ningún caso, puede interpretarse como un fracaso el desarrollo de un proceso de diálogo social que no logre el correspondiente acuerdo.

II.2. Perspectiva material: el modelo democrático de relaciones laborales

También desde la perspectiva de la orientación de las medidas acometidas puede advertirse un cambio de rumbo en la lectura del texto constitucional. No se trata de analizar la posible confrontación entre concretos mandatos constitucionales y la articulación de específicas regulaciones de ciertas instituciones a propósito de la reforma, sino, situados más en el plano de lo general, de determinar la orientación de la lectura constitucional que se deduce del nuevo texto normativo⁵. Se trata de algo mucho más genérico, de la comprensión del modelo constitucional y de su posible impacto en las relaciones laborales, tal como puede deducirse del nuevo texto normativo.

Desde esta otra perspectiva, lo primero que resalta es la muy parca referencia en el texto normativo a los importantes preceptos constitucionales que abordan, de manera directa o indirecta, la actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo y en general sobre las relaciones laborales. A estos efectos, lo más llamativo del texto son los elocuentes silencios que se aprecian en el mismo sobre esta materia, particularmente los que se advierten en una simple lectura de su preámbulo. No hay mención alguna a los preceptos centrales reguladores de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera mención alguna a aquellos preceptos que pudieran considerarse claves para la filosofía general, más o menos consistente, que deriva del texto reformador. Por ejemplo, ninguna mención al derecho constitucional a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE), cuando hay importante incidencia sobre su regulación; nada en relación con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE), cuando son las oportunidades de colocación lo que teóricamente orienta la reforma del mercado laboral; ausencia de conexión con el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de desarrollo en especial de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE), cuando se presume que el empleo constituye la razón de ser por

⁵ Para un primer análisis de la posible inconstitucionalidad de la norma, ver dictamen 5/2012, de fecha 3 de abril, sobre el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, disponible en CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUÑA (<http://www.cge.cat/es/dictamens/>). Sitio web oficial del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

excelencia de la reforma; ninguna referencia al mandato dirigido a los poderes públicos en orden a fomentar una política que garantice la formación y la readaptación profesionales (artículo 40.2 CE), cuando la empleabilidad y el régimen de formación profesional constituye uno de los pilares de la reforma; ninguna consideración en orden al mantenimiento de prestaciones sociales suficientes especialmente en caso de desempleo (artículo 41 CE), cuando se alude a una situación de desempleo crítica como anormalidad del mercado de trabajo español y se apela a la flexibilidad como norte de la reforma.

Precisamente por ello, y por contraste, no deja de ser significativo que la única mención por parte del preámbulo legal es una mención al artículo 38 del texto constitucional, artículo relativo a la defensa por parte de los poderes públicos de la productividad como fundamento para imponer los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, con inaplicación de lo pactado entre las partes a través de convenio colectivo. No queremos indicar con ello que la libertad de empresa y los objetivos de productividad no deban constituir uno de los principios informadores del diseño general de las políticas públicas, especialmente de las económicas, entre ellas las que afectan al mercado de trabajo. Pero sí, que tal como ello se aborda en el presente texto de reforma, constituye una nueva lectura del texto constitucional con apelación aislada a determinados preceptos del mismo, sin una lectura sistemática y de conjunto del mismo dentro del entramado total de los derechos laborales garantizados constitucionalmente.

Por lo demás, como técnica legislativa bastante asentada desde los inicios de la década de los años noventa, debido al papel central otorgado a la autonomía colectiva y, en particular, a la relevancia constitucional asignada a la negociación colectiva, casi todas las reformas laborales a partir de tal fecha han valorado notablemente la trascendencia de la implementación de las medidas reformadoras a través de la negociación colectiva. En las mismas resultaba bastante recurrente la previsión de reglas de complementariedad, supletoriedad o suplementariedad que comportaban significativas remisiones a la negociación colectiva, en orden a que la misma bien procediera a adaptar el régimen general a las peculiaridades de los correspondientes sectores o empresa, o bien a desarrollar los postulados reformadores de la norma estatal. En esta ocasión resulta prácticamente imposible encontrar un residuo de este tipo de remisiones o delegaciones a la negociación colectiva. En esa misma lógica, tampoco se percibe incorporación relevante de intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en procesos sucesivos de desarrollo normativo o de diseño de políticas públicas derivadas de la puesta en práctica de la presente norma, con una técnica, igualmente bastante asentada hasta el presente, de lo que podríamos denominar de diálogo social de implementación normativa.

Al mismo tiempo, en un ámbito similar, dentro de un modelo, que parecía bien asentado entre nosotros, de incorporación de técnicas efectivas de origen anglosajón o comunitario propias del método abierto de coordinación, venía siendo habitual que se contemplasen procedimientos de evaluación, al cabo de varios años, de los efectos de las medidas adoptadas como resultado de la reforma legislativa, donde se daba lugar a la consulta con las organizaciones sindicales y empresariales en ese proceso evaluativo, con el posterior informe al poder legislativo; nada de esto se contempla en la presente reforma.

III. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS

En cierto modo, complementario al anterior, va a ofrecerse una lectura de la reforma aparentemente basada en ideas fuerza bien asentadas entre nosotros, pero que sorpresivamente se presentan con una lectura significativamente diversa de la que forma parte de los conceptos generalizados respecto de las mismas.

Así, uno de los valores que suelen predicarse como positivos y legitimadores de las reformas del mercado de trabajo reside en su carácter «equilibrado». También esta reforma apela en el preámbulo legislativo al mismo. Literalmente se afirma, en el preámbulo del real decreto ley, que «La reforma laboral que recoge este Real Decreto Ley es completa y equilibrada». Eso sí, cuando posteriormente explicita las razones determinantes de la utilización del calificativo de «equilibrada», estas no suelen corresponderse con las ideas al uso del mencionado término. En efecto, es valor sobreentendido que la apelación al carácter «equilibrado» de una determinada intervención legislativa en materia laboral lo es en relación con el equilibrio de intereses en juego en el ámbito de las relaciones laborales. Dicho de otro modo, que atiende tanto a garantizar los intereses de los trabajadores como los correspondientes a los de los empresarios. Sin embargo, nada de esto deriva del uso del término «equilibrada» por parte del texto reformador, que lo sitúa en un terreno bastante diverso, aludiendo a algo bastante distinto, que podría describirse como el equilibrio en el uso de diversas instituciones o técnicas legislativas, las cuales parecen trascender lo que constituye el subyacente contraste de intereses consustancial al mundo del trabajo. Precisamente a tenor de esa nueva definición de lo que es equilibrado en lo laboral afirmará que:

La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo [...].

Muy próximo a lo anterior también cabe mencionar la apelación que efectúa la reforma de la idea de la «flexiseguridad», pues la misma también conecta con la idea de equilibrio en el sentido antes referido como idea común en el debate laboral. Es cierto que la expresión flexiseguridad tiene muy diversas acepciones tanto entre nosotros como en el ámbito europeo, aunque ninguna de ellas parece corresponderse con la implícitamente deducible del texto reformador. Sin poder entrar, por razones comprensibles, en mayores precisiones en estos momentos, cabría identificar dos modelos básicos propositivos de la flexiseguridad, sin perjuicio de que ambos modelos no son necesariamente incompatibles entre sí. El primero de los modelos, que podríamos calificar de contractual, supondría establecer un régimen de flexiseguridad interna en el régimen jurídico de la relación laboral, por tanto, en el conjunto de derechos y deberes de las partes en el curso del contrato de trabajo. En esa primera comprensión, la flexiseguridad comportaría propiciar una regulación del contrato que proporcionara las dosis necesarias de flexibilidad para favorecer la competitividad y productividad empresariales, al propio tiempo que se garantizara un régimen institucional interno en el propio contrato favorecedor de la estabilidad en el empleo y de su calidad que aportara la correspondiente seguridad a los trabajadores. El segundo de los modelos, que podríamos calificar como social o en el mercado, implicaría proporcionar todas las dosis de flexibilidad empresarial necesarias en la vertiente contractual, incluso aunque ello propiciara una amplia movilidad o rotación laboral, pero al propio tiempo proporcionar un régimen de intensa protección social en situación de desempleo y una altas dosis de empleabilidad de los trabajadores que aportara una elevada seguridad en la permanencia como ocupado en el mercado de trabajo aunque no vinculado a una concreta empresa. En todo caso, el elemento común a ambos modelos de flexiseguridad reside en que nos encontramos ante un término apoculado de dos palabras (flexibilidad y seguridad) que se predicen cada una de ellas para atender a los intereses respectivos de cada una de las partes, de modo que en la expresión subyace también la idea del contraste de intereses entre las partes, que en todo caso se pretende conciliar con este desiderátum de la flexiseguridad: flexibilidad para atender a los intereses de los empresarios y seguridad para proteger los intereses de los trabajadores. El propio texto de la reforma utiliza estos presupuestos conceptuales asentados y viene a reafirmarse en ellos: «La reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social». Sin embargo, posteriormente no concreta cómo se produce esa doble garantía, cuáles son las concretas medidas que manifiestan esa doble mirada a los intereses de unos y de otros. No precisa, si esta reforma se asienta más en la clave contractual o en la clave social de la flexiseguridad.

Por otra parte, hay otros pasajes del preámbulo donde se utiliza los términos en un sentido muy diverso al habitual. Así, no deja de provocar cierto desconcierto, cuando el texto efectúa una nueva comprensión de la idea de la «seguridad» en lo laboral. Así, en el momento de describir el objetivo de seguridad buscado con la reforma, se afirma literalmente en el preámbulo que «Este real decreto-ley pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores». Es decir, la seguridad no es el valor típico de la flexiseguridad de atender a los intereses de los trabajadores, sino del conjunto de los implicados en la actividad económica, ni siquiera referido a la totalidad de los implicados en las relaciones laborales. Colofón de todo el argumento, es que se apela a la teoría de los juegos para considerar que en la reforma estamos ante una operación de suma cero: «Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos».

Finalmente, convendría también aludir a la previsión del empleo como valor prevalente defendido por el poder público, elevado a centro de atención de la actuación del Gobierno. Emblemático para este caso es el dato, a nuestro juicio no meramente anecdótico, del cambio de denominación del propio Ministerio, que ha pasado de denominarse de «Trabajo» a llamarse de «Empleo». No resultaría muy aventurado presumir que el cambio tiene alguna conexión, en el corto plazo, con la especial intensidad del problema del desempleo en nuestro mercado de trabajo y, en una perspectiva más dilatada, con la orientación cada vez más acentuada a considerar que las políticas laborales deben centrarse ante todo en ofrecer el escenario más favorable para la creación de empleo, siendo este su objetivo por excelencia. El interrogante, en todo caso, se sitúa en orden a preguntarnos si como transfondo subyace algo más, una comprensión diversa de cuál debe ser la orientación en exclusiva de la actuación de los poderes públicos en esta materia. La pregunta es si ese desplazamiento hacia la centralidad del empleo en la actuación del poder ejecutivo provoca efectos reflejos, o bien si proviene adicionalmente de una pretendida marginación de otros elementos consustanciales a la intervención del poder público en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata de preguntarse si ese desplazamiento supone una consideración adicional excluyente, en el sentido de que para el poder público, a partir de ahora, su única perspectiva de atención debe ser la de los efectos de la intervención de la legislación laboral sobre el empleo, sobre el objetivo de la creación de empleo, con total dejación de las condiciones de trabajo en la que se desarrolla la prestación de servicios de quien tiene un empleo; o mejor dicho, que el tratamiento que se deba dar al régimen de condiciones de trabajo ha de ser exclusivamente en razón de los efectos que provoca de fomento del empleo, siendo por ello de todo punto irrelevante la tutela del trabajador en el devenir del contrato de trabajo.

IV. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA

Avanzando en la descripción y valoración de la reforma laboral de 2012, procede ahora identificar cuáles son los objetivos propugnados públicamente por el propio legislador al acometer las medidas reformadoras. A tal efecto, pueden resultar muy útiles e ilustrativas las denominaciones de los primeros capítulos del texto del real decreto ley. Así, de esos primeros capítulos y de su denominación, podrían resumirse como objetivos básicos propugnados por la reforma los siguientes: 1) favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores (capítulo I); 2) fomento de la contratación indefinida (capítulo II); 3) favorecimiento de la flexibilidad interna en la empresa (capítulo III); 4) favorecimiento de la eficiencia del mercado de trabajo (capítulo IV).

IV.1. Favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores

Las medidas dirigidas a incrementar la empleabilidad de los trabajadores, vistas en abstracto, suelen ser contempladas de manera positiva por parte de todos. De un lado, incrementan las expectativas de los trabajadores de incorporarse o mantenerse en el mercado de trabajo y de hacerlo con expectativas de desarrollar una actividad profesional de superior calidad. De otro lado, proporcionan a las empresas trabajadores que aportan una superior productividad en la ejecución de su prestación de servicios. Diferente es que las concretas medidas adoptadas en este marco resulten realmente efectivas. Por lo demás, ese rasgo de bondad general y comúnmente aceptada del fomento de la empleabilidad de los trabajadores no puede en ningún caso provocar una sobrevaloración del mismo, como a veces ocurre, en el sentido de transmitir la idea de que, adquiridos por un trabajador los elementos oportunos de empleabilidad, se encuentra garantizada en la práctica la finalidad última de esta, olvidando que al final la contratación y, posteriormente, el mantenimiento en el empleo dependen de factores exógenos a lo anterior, esencialmente situados en el terreno de la competitividad empresarial, del pulso de la actividad económica y, en definitiva, de la capacidad por parte de las empresas de colocar en el mercado sus productos y servicios.

Descendiendo al análisis de las medidas acometidas en este ámbito por la reforma, las mismas se pueden resumir esencialmente en tres: la ampliación de funciones de las empresas de trabajo temporal, el reconocimiento a los trabajadores de derechos de formación permanente, y ciertas modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje.

En cuanto a lo primero, se faculta a las empresas de trabajo temporal para que intervengan a todos los efectos como agencias de colocación con fines lucrativos, sin perjuicio de que deban ser siempre y en todo caso gratuitas desde el punto de vista de los trabajadores como demandantes de empleo; con capacidad, por tanto, estas empresas de trabajo temporal,

para actuar como intermediarias en la casación entre la oferta y demanda de empleo. Se trata de asumir unas funciones adicionales, diferenciadas de las que hasta el presente venían desempeñando a través de la puesta a disposición de trabajadores para las correspondientes empresas usuarias. Se trata de que a partir de ahora puedan emplear una información de demandantes de empleo para un doble fin, con las correspondientes sinergias empresariales y a la vista de que las agencias de colocación, como tales, no acaban de consolidarse en nuestro mercado de trabajo. A nuestro juicio, la medida debe ser bienvenida, por cuanto que no existía en estos momentos argumento digno de ser tomado en consideración para impedir que las empresas de trabajo temporal pudieran actuar en el ámbito de la intermediación laboral. Más aun, la penetración de estas empresas en el mercado de trabajo, la red de oficinas, la aportación de profesionales especializados y de información de la que disponen va a facilitar en mayor medida el proceso de colocación, ofreciendo servicios complementarios a las empresas y sinergias de actuación con los servicios públicos de empleo.

A partir de la precedente valoración positiva de la medida, también conviene advertir que, desde el punto de vista del desarrollo de la regulación jurídica derivada de esta nueva actividad de las empresas de trabajo temporal, la reforma resulta parca en exceso, de modo que no toma en consideración las especialidades que puede comportar esta nueva situación de acumulación de funciones por parte de estas empresas. La norma se limita a reconocerles la capacidad de actuación en la intermediación en la contratación sin más, sin atender al régimen jurídico específico de esa nueva función que se les atribuye. Por ejemplo, se advierte una ausencia de reglas respecto de la transparencia informativa frente a empresas clientes y demandantes de empleo, de la condición con la que se relacionan con las mismas, del modo de uso de las bases de datos que gestionen para una y otra labor y, en especial, si a estos efectos van a existir reglas particulares en los convenios de colaboración con los servicios públicos de empleo, cuando actúen como agencias de colocación no de forma autónoma sino como mecanismo de gestión privada de un servicio público. En el trasfondo de todo ello subyace una relevante decisión pública: el reparto de fondos públicos destinados a la financiación de la intermediación en el mercado de trabajo, es decir, su distribución entre los servicios públicos y los mecanismos de colaboración por parte de las agencias de colocación que establecen los correspondientes convenios de colaboración.

La segunda de las medidas en este ámbito de la empleabilidad se sitúa en el reconocimiento de derechos de formación a los trabajadores, cuya principal concreción se sitúa en la imposición a las empresas de la obligación de ofrecer un crédito de horas específico para formación, consistente en 20 horas al año de formación vinculada al puesto de

trabajo (artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET). Complementariamente a ello, el reconocimiento del derecho a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (artículo 4.2.b ET), imponiéndoles a las empresas que corran con el coste de dicha adaptación, computándose a todos los efectos la dedicación por parte del trabajado a dicha formación como tiempo de trabajo efectivos (artículo 231.d ET). La idea más sobresaliente de carácter general a estos efectos es la de corresponsabilizar a las empresas en la formación de sus propios empleados, cuando hasta el presente se situaba esencialmente en el terreno externo a la empresa y esencialmente por parte de los poderes públicos. Indiscutiblemente también todas estas medidas han de valorarse muy positivamente, en la medida en que pueden resultar las más útiles y efectivas en orden a incrementar la empleabilidad de los trabajadores y, por derivación, la productividad empresarial. En todo caso, queda como interrogante si todo ello también puede provocar un efecto de signo inverso, de mayor desentendimiento por parte de los poderes públicos en orden a garantizar mecanismos efectivos de formación profesional del conjunto de la población ocupada. Me refiero sobre todo a si la prevista intensa reducción del gasto público en formación profesional, prevista en los presupuestos generales del Estado para el presente año, va a tener un carácter meramente coyuntural como imprescindible respuesta al incremento desmesurado del déficit público o, por el contrario, pueda llegar a constituirse como una actuación de carácter más estructural, desplazando estas cargas cada vez más sobre las empresas.

Finalmente, el tercer terreno en el que se proyectan medidas de actuación sobre la empleabilidad de los trabajadores se sitúa en lo que afecta a los jóvenes que sean contratados a través del contrato para la formación y el aprendizaje. A estos efectos, la modificación más polémica ha sido aquella que viene a permitir la recontratación del mismo trabajador en la misma empresa a través de esta modalidad de contrato formativo. A partir de ahora, el trabajador podrá ser contratado a la finalización del contrato para la formación por la misma empresa para una actividad laboral u ocupación distinta (artículo 11.2 c ET). La permanente duda en estos contratos para la formación y el aprendizaje es si los mismos se conciben con la finalidad de que los trabajadores adquieran competencias formativas y profesionales tanto en la perspectiva teórica como práctica, o bien por el contrario sirven exclusivamente como mecanismo de inserción profesional de demandantes de empleo jóvenes con el intenso aliciente ofrecido a las empresas de una reducción de costes laborales o incremento de flexibilidad. No es descartable, pues, que esta nueva regla permisiva de la recontratación pueda inclinar la balanza más sobre lo segundo que lo primero.

IV.2. Fomento de la estabilidad en el empleo

La medida principal recogida en la reforma en materia de fomento de la estabilidad en el empleo es la relativa a la incorporación de una nueva modalidad contractual, literalmente denominada «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», configurado como un contrato a celebrar por empresas de menos de 50 trabajadores y cuyas principales especialidades residen en el carácter formalmente por tiempo indefinido del contrato, el establecimiento de un período de prueba desde la ley de un año de duración así como un amplio abanico de incentivos económicos, estos últimos condicionados al mantenimiento del empleo durante tres años. En sentido contrario, la norma no exige que la contratación implique creación neta de empleo, algo habitual en este tipo de fórmulas de fomento de la contratación, ni impide la sustitución de estos trabajadores con otros a través de la misma modalidad contractual.

Ciertamente, el aspecto que ha provocado mayor polémica y discusión ha sido el régimen del período de prueba, con una imposición desde la norma que no es lo habitual y, sobre todo, con una ampliación muy notable en cuantía respecto de lo establecido con carácter general por la regulación del período de prueba, sin diferenciación alguna en atención al nivel profesional del trabajador. Las duraciones habituales en las regulaciones europeas suelen ser del tenor de la establecida con carácter general hasta el presente en nuestra legislación laboral, sin fijar duraciones tan prolongadas como las de un año⁶. Tan solo en Francia, en el período 2005-2008, se estableció un contrato de similares características, denominado «nouvelles embauches» para empresas de hasta 25 trabajadores, si bien el mismo acabó siendo suprimido y posteriormente un fallo de la Corte de Casación lo consideró contrario a las exigencias del convenio 158 de la OIT sobre extinción del contrato de trabajo⁷. Por tanto, ello introduce las razonables dudas acerca de si con ello se produce una desnaturalización de la figura del período de prueba, por cuanto que es difícil que una empresa, especialmente si es de pequeñas dimensiones, requiera de un plazo tan prolongado de tiempo para comprobar las aptitudes y actitudes profesionales del trabajador contratado como idóneo para la realización de las tareas que se le encomiendan. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha llegado a declarar contrario a derecho el establecimiento

⁶ De acuerdo con el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña antes citado, «en Francia se establece una duración máxima de 2 meses para los obreros; 3 meses para los técnicos y 4 meses para los «cuadros» profesionales (art. L. 1221-19 del Código de trabajo). En Italia, el período máximo es de 6 meses (art. 10 Ley 604-1996, de 15 julio, sobre normas de despido individual); en Portugal, 90 días para el conjunto de los trabajadores, 180 días para los trabajadores que ejerzan cargos de complejidad técnica o un elevado grado de responsabilidad, y 240 días para los trabajadores que ejerzan un cargo de dirección (Ley 7/2009, de 12 de febrero, que aprobó la revisión del Código de trabajo); y en Alemania, la duración máxima del período de prueba es de 6 meses y la resolución unilateral del contrato durante este período está sometida al requisito del preaviso de un mínimo de 2 semanas (art. 622.3 BGB [Código civil alemán]).».

⁷ Corte de casación, sala de losocial (*Cour de cassation, Chambre sociale*), 1 de julio de 2008, fallo 1210. Fallo disponible en el sitio web oficial de la *Cour de cassation* (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_11710.html).

de plazos tan prolongados del período de prueba cuando el mismo ha sido pactado con este tipo de duraciones por parte de la negociación colectiva⁸. Todo ello ha provocado que algunos autores se hayan cuestionado la posible constitucionalidad de la medida, bien lo sea por introducir una excepción injustificada a la necesaria causalidad en la resolución del contrato de trabajo por decisión del empleador, bien por suponer un tratamiento discriminatorio injustificado⁹.

Más allá de esta concreta discusión, lo importante es que los alicientes contemplados en esta norma para esta modalidad contractual, pueden llegar a tener un fuerte impacto en las preferencias empresariales a la hora de optar por una u otra forma de contratación, al extremo de que en términos prácticos se llegue a convertir en la modalidad absolutamente prevalente de contratación en las empresas de menos de 50 trabajadores, llegando incluso a poder convertirse, desde el punto de vista estadístico, casi en el contrato único a celebrar por estas empresas. Todo ello puede provocar un efecto de mantenimiento de las altas tasas de rotación en la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo, a pesar de que estadísticamente se muestre una reducción significativa de la contratación temporal a la vista de que formalmente estos contratos figurarán como contratos celebrados por tiempo indefinido. A la postre, a efectos de la garantía de la estabilidad en el empleo, la clave se encuentra en el dato material de la continuidad efectiva en el tiempo de los contratos de trabajo y no tanto en la formalidad del tipo de contratos de trabajo que se celebren. A tal efecto, debe recordarse también que la experiencia muestra que los incentivos económicos a la contratación indefinida que obligan al mantenimiento del empleo durante tres años, como es el caso de esta nueva modalidad de contratación, manifiestan una elevada tasa de «defunción» de estos contratos justo al momento de superación de tal período de los tres años.

IV.3. Favorecimiento de la flexibilidad interna

De notable extensión e intensidad son las medidas recogidas en la reforma dirigidas a propiciar un mayor uso de los mecanismos de flexibilidad interna en nuestras empresas. Baste con la mención de la relación de instituciones afectadas por la reforma legislativa para intuir la trascendencia de las modificaciones introducidas en esta materia: generalización de la clasificación profesional sobre la base de los grupos profesionales (artículo 22 ET) y correlativa adaptación de régimen de movilidad interna en la empresa (artículo 39 ET), consolidación de la regla sobre jornada irregular de trabajo

8 Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, 20 de julio de 2011, resolución judicial 6.680 FJ 2; 12 de noviembre de 2007; resolución judicial 701/2008.

9 Por todos, ver GÓMEZ ABELLERÍA, Francisco Javier. «Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales». En GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio & Jesús MERCADER UGUINA (dirs.). Ob. cit., pp. 52-76, pp. 65 y ss.

(artículo 34.2 ET) así como permisividad de la realización de horas extraordinarias para los trabajos a tiempo parcial con independencia de la duración del contrato y manteniendo acumulativamente el régimen alternativo vigente hasta el presente de las horas complementarias (artículo 12.4 c ET), toma en consideración de los requerimientos empresariales organizativos a la hora del ejercicio de los derechos dirigidos a propiciar la conciliación de responsabilidades familiares y laborales (artículo 37 ET), ampliación de las posibilidades de uso de la movilidad geográfica (artículo 40 ET), mayores facilidades para el desarrollo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET), supresión de la autorización administrativa para las reducciones de jornada y suspensiones de la relación laboral por causas empresariales (artículo 47 ET), mayor amplitud del mecanismo de descuelgue de condiciones de trabajo pactadas a través de convenio colectivo estatutario (artículo 82.3 ET), plena preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa frente a los convenios sectoriales, sin admisión de reglas alternativas por medio de los acuerdos interprofesionales (artículo 84.2 ET), decadencia final de la regla de la ultraactividad del convenio colectivo tras la superación de los dos años de prórroga ultraactiva (artículo 86.3 ET).

Muchas de las medidas que se incorporan al respecto se sitúan en la senda de profundización en el fomento de la flexibilidad interna entre nosotros, algo que para algunas materias tiene ya un muy largo recorrido. En general, existe una inicial predisposición tanto de las organizaciones empresariales como de las sindicales más representativas a potenciar los instrumentos de flexibilidad interna. Los recientes acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva vienen insistiendo en ello en los últimos años, por lo que en esta materia caben márgenes para el consenso. Incluso era fácil prever algunas de las novedades introducidas como continuidad de una línea de actuación ya iniciada tiempo atrás. Ahora bien, en otras medidas se observa un salto cualitativo, en el que se tiende a abandonar el necesario equilibrio entre poderes empresariales unilaterales y flexibilidad negociada.

De nuevo, las principales dudas en esta materia se pueden presentar en orden a la efectividad práctica de estas medidas en cuanto a su alcance para el conjunto de las empresas, a tenor del juego conjunto de todas las instituciones y conformación de nuestro entramado empresarial. De un lado, resulta obligado tener presente que nuestras prácticas de gestión de personal, desde hace ya bastantes décadas, han asentado la presencia de importantes mecanismos alternativos de satisfacción de las necesidades de flexibilidad. En concreto, que otros mecanismos de uso alternativo de la rotación laboral (contratación temporal, flexibilidad externa, descentralización productiva, contratación de autónomos) han sido utilizados de manera recurrente como sucedáneos de los mecanismos

formales institucionalizados de flexibilidad interna¹⁰. Más aun, estos mecanismos alternativos, como vías de escape, incluso en el nuevo escenario pueden resultar para las empresas menos costosos, más ágiles y a la postre más fáciles de gestionar que los propios ortodoxos de la flexibilidad interna. Por tanto, en la medida en que la reforma no actúa adoptando medidas de desincentivo o de freno de las vías de escape mencionadas, es probable que se mantengan altas dosis de rotación en la contratación temporal como fórmula de adaptación de las condiciones de trabajo.

De otra parte, el cambio de orientación principal derivado de todas las medidas acometidas en materia de flexibilidad interna reside en pivotar todas ellas sobre el criterio del reforzamiento a todos los efectos de los poderes unilaterales de decisión empresarial. Si se quiere, dicho en sentido negativo, suprimiendo los correlativos procedimientos de flexibilidad negociada. No cabe la menor duda de que estas fórmulas de flexibilidad unilateral son mucho más sencillas para las empresas y comportan menores dificultades que las técnicas más complejas de la flexibilidad interna, con riesgos incluso a veces de inefficiencia de las mismas. No obstante, tampoco debe desconocerse que nuestro modelo de protagonismo sindical, hasta el momento presente construido en clave de importantes competencias de información, consulta y negociación asumidas por los representantes de los trabajadores en la empresa, ha propiciado útiles sistemas de entendimiento entre las partes. Sistemas que, si son gestionados con la debida habilidad, resultan mucho más eficaces y, por añadidura, proporcionan la posibilidad de tomar en consideración todos los intereses en juego y, en la medida de lo posible, articular las medidas flexibilizadoras con las debidas compensaciones de equilibrio frente a otras medidas más perjudiciales para los intereses de los trabajadores, singularmente aquellas que dificultan en mayor medida la debida conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

Esta nueva filosofía de potenciación sin contrapesos de la flexibilidad interna se lleva a su intensidad máxima cuando se abordan las medidas relativas a la modificación del régimen de negociación colectiva. La de mayor calado se contempla respecto de la posibilidad de descuelgue de condiciones de trabajo de lo pactado en cualquier tipo de convenio colectivo estatutario, con la significativa singularidad de que la misma se puede producir a iniciativa de la dirección de la empresa y sin el consenso de la representación sindical¹¹. Indiscutiblemente ello provoca una importante erosión de la vinculabilidad de lo pactado a través de convenio colectivo entre las representaciones de trabajadores y

10 CRUZ VILLALÓN, Julio. «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010». *Relaciones Laborales*, 21-22 (2010), pp. 81-110, pp. 81 y ss.

11 Sobre el particular, ver CRUZ VILLALÓN, Julio. «El descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012». *Revista de Derecho Social*, 57 (2012).

empresarios, con un evidente efecto de debilitamiento de los procesos de negociación colectiva. En todo caso, la resistencia que pueden mostrar los sujetos colectivos al uso de este mecanismo de inaplicación de lo pactado colectivamente, la manifiesta oposición al procedimiento por parte sindical, pero en similares términos por parte de las organizaciones empresariales más representativas, abre notables incertidumbres acerca de la viabilidad práctica en la utilización de estos procedimientos de descuelgue, de modo que su impacto real puede relativizarse mucho.

Conviene resaltar también la previsión de una regla de preferencia absoluta aplicativa de los convenios colectivos de empresa respecto de los convenios sectoriales. Ya la reforma de la negociación colectiva de junio de 2011 introdujo por primera vez una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pero era una regla de carácter supletorio, de modo que vía acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma establecieran reglas diferenciadas de resolución de las situaciones de concurrencia entre convenios colectivos. La novedad principal, ahora con la reforma de 2012, se sitúa en el dato de que la regla de preferencia aplicativa, tal como está prevista, deja de tener carácter supletorio para convertirse en indisponible para las organizaciones sindicales y empresariales representativas a través de lo que puedan pactar en ese nivel convencional estatal o autonómico. A partir de ahora, las mismas pierden una fuerte capacidad de diseño de la estructura de la negociación colectiva, en la medida en que los acuerdos interprofesionales dejan de tener la posibilidad de fijar reglas de ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos sectoriales y de empresa. Se trata de una intervención legal fuertemente invasiva en la conformación de la estructura de la negociación colectiva que, como es fácil imaginar, puede provocar una considerable devaluación de los convenios colectivos sectoriales, que hasta el momento presente han desempeñado una función central en la homogeneización de las condiciones de trabajo de las empresas pertenecientes al mismo sector de la actividad económica.

En la práctica, también dependerá de si en las pequeñas empresas hay efectiva voluntad de crear unidades de negociación colectivas propias o hay factores de peso que les decidan a mantener el escenario actual de regulación de sus condiciones de trabajo a tenor del convenio sectorial. Debe tenerse en cuenta que en empresas de pequeñas dimensiones, en la mayoría de las ocasiones, no compensan el esfuerzo de mantener un pulso negocial propio y, por ende, el convenio sectorial puede mantener en la práctica una influencia superior a la que se deduciría de la formalidad teórica de la norma. Debe tenerse en cuenta que las dimensiones medias de las empresas en España son mucho más reducidas que en otros países. Y, por añadidura, que hay una larga tradición en la Europa continental, especialmente en el sur y centro, de influencia de los convenios sectoriales, que no se altera fácilmente

de la noche a la mañana. A mayor profundización, habrá que estar a la expectativa de en qué medida esta plena preferencia aplicativa de los convenios empresariales puede provocar un efecto de actuación más o menos espuria por parte de cierto tipo de empresas que desplieguen una actuación de *outsiders* en el conjunto de un sistema de negociación colectiva que hasta el momento presente ha sido más o menos gestionado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Actuación como *outsiders* que, no cabe la menor duda, puede provocar problemas de competencia desleal entre cierto tipo de empresas y a la postre con efectos más negativos que positivos sobre el desarrollo de la actividad económica en general.

Un importante elenco de las medidas adoptadas en este ámbito de la flexibilidad interna van dirigidas no solamente a evitar despidos, sino a marcar una política de fuerte contención salarial, a la vista de la pérdida de instrumentos tradicionales de política económica por parte de los Gobiernos nacionales europeos a partir de la introducción del euro, que impiden adoptar medidas de devaluación de las monedas nacionales ya inexistentes. En ese escenario, las presiones para lograr efectos asimilados se sitúan en el ámbito de la congelación cuando no de la directa reducción de las rentas salariales. A tal efecto, conviene resaltar que los mismos resultados se pueden intentar obtener, incluso con mayor eficiencia, a través de mecanismos diversos de fuerte contención salarial lograda de manera ordenada, gestionada de manera estructurada por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y, por tanto, sin los evidentes riesgos de descontrol del modelo, tanto de relaciones laborales, como de evolución del sistema económico en su conjunto. En particular, conviene resaltar que objetivos similares, pero en esa otra clave de gestión ordenada y estructurada, pretenden lograrse a través de la celebración del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, alcanzado entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas¹². Probablemente no se ha resaltado la trascendencia de este Acuerdo y de las posibilidades de actuación por parte de los poderes públicos en una línea de colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales para lograr una implementación efectiva de tal Acuerdo, lo que hacía innecesario adoptar medidas desestructuradoras de nuestra negociación colectiva y de nuestro sistema de flexibilidad negociada.

IV.4. Remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida

El último gran bloque de intervención sobre el que se actúa en la reforma laboral de 2012 es el relativo al despido por causas empresariales, tanto en su modalidad de adopción individual vía el despido objetivo como la de carácter colectivo a través del régimen correspondiente. Entre

12 BOE, 6 de febrero de 2012.

las novedades más destacadas, resaltarían las siguientes: la eliminación con carácter general de la autorización administrativa para los despidos colectivos; la ampliación de las causas justificativas de los despidos económicos, con el correlativo efecto de reducción del control judicial de justificación de la medida empresarial y la posible reducción en la práctica del coste del despido; la generalización de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente a los 33 días de salario por año de antigüedad con el tope de las 24 mensualidades; la supresión completa de los salarios de tramitación cuando el empresario opta por la extinción indemnizada en caso de despido improcedente; la reducción del abono por parte del Fondo de Garantía Salarial de parte de la indemnización por despido, retornándose al régimen establecido con precedencia a la reforma laboral de 2010; una mayor precisión en las obligaciones relacionadas con el plan de recolocación impuesto a las empresas que despidan a más de 50 trabajadores en caso de despidos colectivos.

El real decreto ley inserta las modificaciones en materia de despido dentro del objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. A tal efecto, el preámbulo viene a centrar la inefficiencia del régimen hasta el momento presente en esta materia, considerando que las prácticas empresariales en materia de despido resultan disfuncionales tanto para el interés de los trabajadores como para el de las empresas. Ciertamente, gran parte del diagnóstico efectuado por la exposición de motivo de la norma puede resultar compatible de manera pacífica por la mayoría de los analistas. Diferente es que, con las medidas acometidas por la reforma, vayan a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se vayan a abandonar este tipo de métodos de actuación con el fin de reducir empleo. El principal problema reside en que el modo a través del cual las empresas reducen empleo, adaptando las dimensiones de sus plantillas a su situación económica y productiva, no responde a lo que está previsto en el diseño legal de los diferentes canales y procedimientos de resolución contractual de la relación laboral. Por un lado discurre la programación de la norma laboral y por otro bien diferente las prácticas de actuación por parte de los gestores de personal en el seno de las empresas. Indiscutiblemente se trata de un asunto nada fácil de reconducir, por cuanto que el asunto se viene considerando entre nosotros desde tiempo atrás y por añadidura no es algo exclusivo de nuestro sistema de relaciones laboral sino que concurre en muchos otros países¹³.

En primer lugar, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. Dicho de otro modo, siendo una causa común para

13 Al respecto, ver CRUZ VILLALÓN, Julio (ed.). *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

responder a la situación de la empresa, lo coherente es que prime el canal del despido colectivo frente a medidas adoptadas de manera individualizada. Sin embargo, el uso del despido colectivo en nuestro país resulta estadísticamente muy reducido en comparación con los procedimientos individualizados de extinción del contrato de trabajo. En ello influyen factores de muy diversa naturaleza, unos sobre los que no actúa la norma reformadora, otros sobre los que no puede actuar, como son los derivados de las reducidas dimensiones de las empresas y su falta de adecuación de los procedimientos de despido colectivo. La única regla que podría incidir al respecto dentro de la reforma sería la relativa a la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos. Habrá que estar a la expectativa de la aplicación práctica de la reforma y el impacto que esta modificación pudiera tener sobre la dualidad individual-colectivo, aunque puede presumirse que esta medida no será suficiente para garantizar un desplazamiento en bloque desde una vía hacia la otra.

En segundo lugar, la presencia de la dualidad contractual entre contratos temporales y contratos indefinidos ha provocado que en los momentos de excedentes de personal en las empresas, estas comiencen por reducir el número de trabajadores contratados temporalmente, denunciando los correspondientes contratos temporales a su vencimiento, sin necesidad de acudir a los procedimientos de despidos. De este modo, la temporalidad se utiliza en muchas ocasiones en nuestro mercado de trabajo no como mecanismo de atención a circunstancias coyunturales de empleo, sino como bolsa de regulación de empleo. De ahí que la propia norma conecte la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo con la corrección de la dualidad del mercado de trabajo. A estos efectos no se aprecia una actuación directa que pueda incidir sobre este particular, sin medidas relevantes que puedan afectar a la práctica de la contratación temporal injustificada. La única medida de impacto que puede mencionarse para ello es nuevamente la introducción, como novedoso, del contrato indefinido para empresas de menos de 50 trabajadores. Como ya indicamos en su momento, de tener resultados de verdadero impacto esta nueva modalidad contractual, ello puede provocar un desplazamiento de la contratación temporal por tiempo inferior a un año en estas empresas por este contrato indefinido con período de prueba de un año de duración. Sin embargo, de verificarse este resultado, la consecuencia será meramente formal, pues lo previsible será que se produzca un mantenimiento a todos los efectos de la dualidad; la única novedad será el modo a través del cual se conforma jurídicamente la mencionada dualidad laboral: hasta ahora sería preferencia en la selección de los temporales en el momento de reducir empleo, a partir de ahora será preferencia en la selección del desistimiento de los contratados con un período de prueba de un año en el momento de reducir empleo.

Finalmente, cuando se acude a los procedimientos de despido colectivo es donde aparece el fenómeno tan diáfanoamente explicado por el preámbulo de la norma reformadora del despido exprés, por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, sea en el acto de conciliación preprocesal o antes de ello. Ahora bien, a pesar de que la norma contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, puede que finalmente ninguna de ellas provoque efecto relevante sobre el mecanismo tan asentado ya entre nosotros a favor del despido exprés. Mecanismo que puede seguir subsistiendo con idéntica presencia a como ha sucedido hasta el momento presente. Varios elementos pueden mantener esta práctica empresarial, siempre más ágil, acelerada, segura y de cierre definitivo de un posible litigio entre las partes, garantizando en todo caso la ausencia de dilación derivada de que queda conjurado el riesgo de sucesiva intervención judicial, y la desaparición ya casi definitiva de los salarios de tramitación; así, la aproximación del diferencial indemnizatorio entre despidos procedente e improcedentes orienta aun más si cabe la opción empresarial por la preferencia por el despido exprés, sin olvidar que por mucho que la reforma haya ampliado la causa justificativa del despido por motivos económicos, la regla ha acentuado aun más, si cabe, la dosis de incertidumbre jurídica y de la respuesta de control judicial al efecto.

Por ello mismo, no es descartable que se mantenga ese dato apuntado por el preámbulo de la norma, indicando que «las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido». A nuestro juicio, no hay ningún dato novedoso en el nuevo régimen del despido que apunte a un cambio de tal entidad que pueda provocar una modificación en este criterio.

A la postre, todos los cálculos de costes pueden resultar especialmente influyentes en las decisiones empresariales allí donde se trate de trabajos de baja cualificación profesional o donde quepa una amplia fungibilidad de los trabajadores por cuanto que sus competencias personales y profesionales pasen a segundo plano en el momento de la selección por parte de la dirección de la empresa. Solo cuando se trate de otro tipo de trabajadores, que desempeñen actividades donde haya un valor añadido profesional específico de tales empleados, cabrá que los criterios selectivos sean de orden diverso. Del mismo modo, en la medida en que vayamos hacia un modelo de crecimiento económico configurado sobre la base de empleos en los que prime más la innovación y el desarrollo, por tanto, donde el capital humano sea cualitativamente decisivo por razón de su empleabilidad, en mayor medida perderán peso los criterios tradicionales selectivos basados exclusivamente en el dato mecánico de la antigüedad del trabajador.

V. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL

Para concluir este análisis de carácter general de la reforma laboral de 2012 estimo que pueden resultar oportunas algunas reflexiones de la posición que progresivamente va adoptando la legislación laboral de superior autonomía respecto del Derecho Civil y, por derivación, el posible nuevo equilibrio que se está verificando en los principios clásicos informadores del ordenamiento laboral.

No está de más, a estos efectos, comenzar por recordar los orígenes históricos de emergencia del Derecho del Trabajo, como una normativa que va consolidándose en la medida en que adquiere sus propias señas de identidad por comparación con el Derecho Civil. Recordar, específicamente, que constituye una idea generalizada para explicar este fenómeno de progresivo distanciamiento en sus orígenes de ambos ordenamientos sobre la base de que el principio de autonomía contractual individual propio del Derecho Civil partía de una valoración de equiparación de posiciones de ambos contratantes, no adecuada en el mundo del trabajo, a la vista de la presencia de un contratante marcadamente débil: el trabajador subordinado. De ahí que la orientación desde sus orígenes del Derecho del Trabajo respecto del resto del Derecho Privado no fuera otra que diseñar una intervención legislativa de particular tutela del contratante débil y, sobre la base de ello, distanciarse de las reglas más clásicas de la contratación privada; especialmente de las reglas que primaban la autonomía de la voluntad contractual sobre la base de atribuir un carácter dispositivo a la mayoría de las reglas legales, que solo primaban cuando jugaban intereses de orden público. De ahí, por contraste, la centralidad en la legislación laboral de la norma imperativa, especialmente en clave de establecimiento de derechos indisponibles mínimos a favor del trabajador. De ahí también una presencia más intensa de la administración laboral, con una labor complementaria de control de la efectividad del cumplimiento de esas normas de mínimos de derecho necesario. De ahí, adicionalmente, un singular fomento de las instituciones propias que manifestaban el desarrollo de la autonomía colectiva, igualmente como instrumento indirecto de compensación del desequilibrio inicial de posiciones entre las partes. De todo lo anterior, se ha ido procediendo igualmente a una identificación de todo un conjunto de principios informadores específicos de la legislación laboral, presididos por ese criterio de tutela del contratante débil.

No cabe la menor duda de que la descripción precedente adolece de una notable simplicidad valorativa de la enorme complejidad que actualmente presenta el ordenamiento laboral, especialmente derivada de la progresiva evolución del Derecho del Trabajo, que ha desembocado en multitud de matices a las perspectivas anteriores. En todo caso, ese desarrollo evolutivo en ningún caso llega a desmentir, en una comprensión global,

la diferencia comparativa que se mantiene entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil, y que por añadidura puede seguir considerándose que esa diferencia comparativa continúa sustentándose en cierto modo en los datos antes muy superficialmente descritos.

Eso sí, uno de los matices principales en este ámbito proviene del cada vez más profundo proceso de incorporación de mecanismos de flexibilidad laboral, dirigidos a atender a los requerimientos empresariales de gestión de la empresa conforme a sus necesidades de incremento de la competitividad y productividad económica. Esta línea de tendencia indiscutiblemente provoca no solo una minoración de la tutela del contratante débil en el ámbito del Derecho del Trabajo, sino la presencia cada vez más fuerte de una legislación laboral que en su seno busca un nuevo equilibrio de intereses. Legislación en la que se pretenda ahora atender tanto los asuntos correspondientes a la seguridad de los trabajadores como a la flexibilidad de los empleadores. Lo que a la postre obliga también a una reconsideración acerca de cuáles son en estos momentos esos principios informadores del contemporáneo Derecho del Trabajo y en qué medida obliga a alterar los más clásicos y «ortodoxos».

Posiblemente estamos viviendo desde hace ya bastantes décadas ese proceso evolutivo de los contenidos y orientaciones de la legislación laboral, de modo que ello casi constituye un interrogante recurrente en los últimos años en la doctrina laboral. Sin embargo, se trata dentro de estas reflexiones finales simplemente de intentar comprobar hasta qué punto ello presenta una intensificación singular a través de la últimas de las reformas laborales y, en particular, en qué medida ello pueda ser igualmente un elemento que nos aproxime a la pregunta inicial de este estudio de en qué medida con la reforma de 2012 nos encaminamos hacia un nuevo modelo laboral, hacia una nueva comprensión del tipo de intervención que corresponde al poder público en el ámbito de las relaciones laborales.

Sin poder entrar en mayores profundidades, nuestra primera intuición en el enfoque de arranque de este apartado es que la evolución de la normativa laboral no nos conduce a una vuelta de la misma a su casa de origen, al Derecho Civil, sino todo lo contrario: un acentuarse aun más, si cabe, la separación entre un ordenamiento y otro. Eso sí, un reforzamiento de la autonomía del Derecho del Trabajo respecto del Derecho Civil ahora concebido con una funcionalidad diversa a aquella que lo determinó en su origen histórico.

En efecto, ahora lo que puede percibirse es una clara tendencia a evitar la aplicación de las reglas más genuinas del Derecho Privado, pues ahora lo que vendrían a provocar la aplicación de las reglas civiles no sería otra cosa que un efecto obstaculizador de la articulación de técnicas jurídicas flexibles dirigidas a atender los requerimientos empresariales

de competitividad y productividad. En otros términos, podemos estar experimentando ahora una separación de signo diverso para construir un sistema jurídico laboral diferenciado del civil que se muestra rígido en exceso para atender las necesidades ahora del contratante fuerte. Baste al efecto con señalar algunos ejemplos emblemáticos.

El primero y probablemente más significativo es el modo comparativamente diferencial con el que se articula el tradicional principio del *pacta sunt servanda*, tanto en su vertiente individual (modificación sustancial de condiciones de trabajo) como colectiva (descuelgue salarial). Ese clásico principio del *pacta sunt servanda* se concreta en lo civil en la regla de que «el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (artículo 1.256 CC), del que deriva la protección novatoria que exige la voluntad concurrente de ambas partes para alterar las condiciones de ejecución de lo pactado. Para adaptar dicha fórmula a las peculiaridades del trabajo subordinado y al ejercicio del poder de dirección del empleador, ello se ha pretendido conciliar sobre la base de la identificación de condiciones esenciales del contrato que formaban parte del trabajo pactado y, por ende, que requerían en todo caso del consentimiento de la contraparte —bien individual o bien colectiva— para modificarlas o bien de la concurrencia de circunstancias de cierta excepcionalidad que admitieran transitoriamente el ejercicio del *ius variandi*. Ahora bien, esas diferencias y fronteras se han venido difuminando con el paso del tiempo, de modo que, como resultado de reformas sucesivas, la exigencia de la concurrencia de esas circunstancias de excepcionalidad ha desaparecido prácticamente por completo, al tiempo que la extensión de lo modificable se amplía intensamente hasta límites difíciles de identificar, al extremo que obliga a preguntarnos cuál es el juego más o menos residual que mantiene el principio civil del *pacta sunt servanda* en el ámbito de lo laboral.

Este mismo asunto se presenta igualmente en la perspectiva colectiva, cuando el principio del *pacta sunt servanda* colectivo, técnicamente articulado entre nosotros bajo la regla de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se procede a exceptuar por la vía de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, que a partir de la reforma de 2012 se apartan del modelo de flexibilidad negociada y, con ello, se pueden desencadenar como resultado de la iniciativa de una de las partes (la dirección de la empresa) y sin el necesario concurso de la otra (la representación colectiva de los trabajadores) por la articulación de un mecanismo de arbitraje obligatorio. También aquí, con base en causas muy amplias, se rompe con el principio civil de la protección novatoria, con el agravante adicional de que en esta ocasión el principio del *pacta sunt servanda* colectivo tiene reconocimiento constitucional (artículo 37.1 CE). En todo caso, no se trata de reiterar lo ya tratado en otra ocasión, sino de traer a colación otro ejemplo que rompe las

perspectivas de conservación de principios civiles para la contratación laboral, ahora de carácter colectivo.

Todo lo anterior desemboca en que a partir de ahora tendremos que profundizar en una discusión más general, relativa al espacio aplicativo que resta a las reglas generales del Derecho Civil para la interpretación o integración de la normativa laboral. La respuesta será fácil cuando expresamente el correspondiente precepto laboral aluda a uno de estos criterios generales de la contratación civil. Sin embargo, las dudas cada vez serán más intensas respecto de los pasajes donde se advierta un silencio al respecto. Doctrinalmente hemos siempre partido del principio general interpretativo de que las reglas de la contratación civil, y en general los principios informadores del Derecho Civil, son aplicables supletoriamente a los efectos de integrar e interpretar la norma laboral allí donde concurra alguna dificultad al respecto y no se aprecie contradicción finalista entre el sentido de la norma laboral y la correspondiente civil. Ahora bien, esa presuposición de partida pacífica en nuestra doctrina no se basa en ningún concreto mandato legal presente en nuestro ordenamiento vigente. Por decirlo de otro modo, mientras que esa supletoriedad ha sido siempre expresa en la legislación procesal laboral respecto de la ley de Enjuiciamiento Civil, no ha ocurrido regla explícita paralela para la vertiente del Derecho sustantivo o material, es decir, del Derecho del Trabajo respecto del Derecho Civil.

Baste con mencionar algún concreto ejemplo en forma de interrogante: *icabrá a partir de ahora deducir que los principios generales de proporcionalidad y causalidad constituyen un canon hermenéutico imprescindible para comprobar la concurrencia de causa justificativa para despedir por motivos económicos?* Sin poder entrar en mayores precisiones, en términos aproximativos probablemente existan mayores argumentos de peso para decantarnos por la respuesta afirmativa, en la medida en que se trata de principios generales orientadores del conjunto del ordenamiento jurídico, y no patrimonio exclusivo de uno de ellos. Eso sí, ya es suficientemente ilustrativo de que a partir de ahora se plantee un interrogante que con toda certeza en el pasado nadie hubiera ni quisiera discutido. No se trata de un ejemplo aislado, sino que, a nuestro juicio, provoca una enfoque de carácter general, que acaba incidiendo sobre la funcionalidad general del Derecho del Trabajo, sobre sus principios informadores, sobre los criterios idóneos de interpretación e integración de sus normas, por lo que no constituye ningún tipo de exceso respecto de si nos encaminamos hacia una nueva concepción del Derecho del Trabajo en las sociedades modernas.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012