

HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Director de Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma, Derecho del Trabajo

La reforma laboral de 2012 presenta una enorme profundidad por el amplio contenido de medidas que se contemplan en la misma, por la indiscutible profundidad de algunas de ellas, por la potencialidad de un elevado impacto en el desenvolvimiento futuro de nuestro mercado de trabajo y de las relaciones laborales en general, así como por el carácter perceptiblemente estructural de las medidas que se adoptan con voluntad de pervivencia en el tiempo. Son muchas y diversas las reformas laborales acometidas entre nosotros en los últimos treinta años, si bien resulta pacífico aceptar que de entre ellas sobresalen por su trascendencia dos o tres a lo sumo. Aunque todavía pueda resultar aventurado hacer un pronóstico certero, hay elementos indiciarios bastantes sólidos como para presumir que justamente nos encontramos ante una de esas reformas capitales que marcan un cambio cualitativo en el modo de entender nuestras relaciones laborales.

No cabe la menor duda de que son ya constantes y reiteradas las reformas que presentan a las necesidades empresariales de flexibilidad como leitmotiv determinantes de las mismas, siendo sin la menor duda la presente un ejemplo emblemático de ello. El interrogante que se nos plantea es si en esta ocasión nos enfrentamos a un paso adicional en ese largo proceso, en una vuelta de tuerca adicional, o, por el contrario, nos encontramos frente a algo cualitativamente diferente y no sólo cuantitativamente novedoso; si con ello no iniciamos un cambio ciclo, que exija proceder a la reconsideración de categorías clásicas bien asentadas en nuestra comprensión de la intervención del Derecho del Trabajo sobre el mundo de las relaciones laborales.

ABSTRACT

Key Words: Reform, Labor Law Rights

The 2012 labor reform can be considered as quite significant if we look at the ample content of it. The recent changes are undoubtedly profound and they will definitely have an impact in the future of our labor market and in industrial relations in general. Also, these measures will structurally change our labor relations in the future. We could say that all labor reforms done in the past thirty years are various and quite different of course, but it's important to note that only two or three can be considered as remarkable and had or will transcend. Even if we may be wrong, we see solid elements that indicate that we are facing one these "key reforms" if we consider its characteristics; and seems that it will dramatically change the way we understand our industrial relations system.

Without a doubt many reforms are here because companies need to have more flexibility and this leitmotiv has become "its reason for being", in fact the current reform is one perfect example of it. The question is whether we are facing a step forward, or a radical change, or on the contrary, if we are facing something qualitative and quantitative different -and new. And it seems that we are at the beginning of a change in the cycle that shall encourage us to reconsider the classical categories of Labor Law Rights in labor relations.

ÍNDICE

1. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO LEITMOTIV
2. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL
 - 2.1. Perspectiva formal: ausencia de diálogo social
 - 2.2. Perspectiva material: el modelo democrático de relaciones laborales
3. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS
4. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA
 - 4.1. Favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores
 - 4.2. Fomento de la estabilidad en el empleo
 - 4.3. Favorecimiento de la flexibilidad interna
 - 4.4. Remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida
5. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL

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

Estamos viviendo en los últimos tiempos un proceso de aceleración de los 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. Más aún, los cambios son tan rápidos que apenas da tiempo a una primera aproximación de comentario de urgencia de las novedades más significativas, sin, por tanto, tener la capacidad de digerir el alcance y relevancia de las mencionadas modificaciones. Incluso para quienes profesionalmente asumen la labor de adoptar las correspondientes decisiones de gestión de personal puede llegar a provocar una cierta parálisis en la medida en que, por muy correctas que sean desde el punto de vista técnico las medidas de reforma adoptadas, provocan una notable incertidumbre y, por ende, preocupación en orden a saber qué tipo de actuaciones son más correctas frente a tantas novedades.

Tan sólo 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 viviendo, en unas ocasiones adicionados unos a los otros, mientras que en otros supuestos son de corrección o supresión de medidas muy recientemente adoptadas. 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 (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 medi-

das 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 agoten 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. El último hito de todas estas reformas, ya en la nueva legislatura y que constituye el objeto central del presente número monográfico de la Revista, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹. En número sucesivos ordinarios de esta misma revista iremos completando otros aspectos específicos de esta amplia y compleja reforma laboral, pretendiendo tan sólo con el presente monográfico efectuar una primera lectura de conjunto de la misma.

Ciertamente no todas ellas presentan idéntica envergadura, por cuanto que unas tienen un carácter más puntual en los aspectos novedosos, mientras que otras incorporan una reforma más de carácter general del conjunto de nuestras instituciones laborales y de Seguridad Social. Pero, en todo caso, la simple enumeración de la lista de normas con rango de Ley, sin ni siquiera proceder a la paralela mención de las complementarias normas reglamentarias de desarrollo de las mismas, resulta bien elocuente del panorama que hemos vivido cuando menos hasta el momento presente, de profusas novedades normativas, que casi con toda seguridad no puede encontrarse otro período tan intenso como el presente en esta vertiente.

Más allá del dato numérico de la cantidad de normas que se han sucedido en lapso tan reducido de tiempo, también se advierte en el alcance de las continuas reformas la afectación de las mismas a la práctica totalidad de los

¹ Comentarios de valoración y alcance de esta reforma en M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y F. Valdés Dal-Ré, *La nueva reforma laboral*, Relaciones Laborales nº 5 (2012). I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, ed. Lex Nova, Valladolid 2012. A. Blasco Pellicer, L. M. Camps Ruiz, J. M. Göerlich Peset, R. Roqueta Buj y T. Sala Franco, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2012. AA. VV., número monográfico 57 de la Revista de Derecho Social. A. V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, *Claves de la reforma laboral de 2012*, ed. Aranzadi, Pamplona 2012. C. H. Preciado Domenech, *Una primera aproximación al Real Decreto-Ley, de reforma laboral*, ed. Bomarzo, Albacete 2012.

elementos institucionales claves 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, al extremo que casi resultaría más fácil identificar las materias que han permanecido inmutables en su regulación en este último período. Tan sólo por referirnos a la última de las reformas y centrados en la vertiente del régimen laboral individual, el cúmulo de instituciones afectadas es notabilísimo: intermediación laboral, políticas activas de empleo, derechos de formación profesional, encuadramiento profesional, modalidades de contratación, flexibilidad interna, régimen del despido, control administrativo y judicial del cumplimiento de la legislación laboral.

Más aún, 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. Aunque se apele a la imprescindible justificación constitucional de urgencia que habilita para el uso del Real Decreto-Ley, lo relevante es que por su contenido no se incluyen medidas de carácter transitorio o limitadas en el tiempo; incluso algunas de ellas se presentan como postergadas en su entrada en vigor, lo que pudiera hacer dudar de su adecuación a la exigencia constitucional de urgencia (art. 86 CE). En todo caso, lo más relevante a los efectos que estamos valorando en este momento es que se acude al instrumento de la normativa de urgencia para acometer una reforma en profundidad y con voluntad de permanencia en el marco regulador de las relaciones laborales. 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 de conjunto del alcance de la presente reforma, y centrados en lo que directamente afecta a la vertiente estricta de lo laboral, se puede afirmar que todas las recientes reformas que se han producido en este ámbito 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. Tanto las actuaciones que se han producido sobre la regulación del contrato de trabajo en su vertiente individual como en el nuevo diseño del marco jurídico de la negociación colectiva han manifestado esa tendencia hacia el reforzamiento de los instrumentos de flexibilidad a favor de los intereses del empresario.

A tenor de ello podría pensarse que todas las reformas constituyen un continuum, con un hilo conductor común, de modo que la última de ellas sólo constituye un peldaño más de continuidad en una senda mantenida, una vuelta de tuerca adicional que dirían algunos², donde la única diferencia es la acumulación de medidas todas ellas con la misma seña de identidad. Por mucho que pertenezcan las diversas reformas a legislaturas diferenciadas y a mayorías parlamentarias de signo diverso, podría pensarse que la política legislativa que subyace a todas ellas es la misma.

Sin embargo, probablemente puede resultar prematuro formular una valoración de conjunto de la significación y alcance de esta última reforma y especialmente hacerlo en su contraste con las acometidas en el pasado más inmediato, para poder confirmar o descartar la certeza de la presunción precedente. Eso sí, a primera vista, a nuestro juicio, se presentan elementos que apuntan que en esta ocasión no estamos exclusivamente ante una vuelta de tuerca más en ese proceso acentuado de incremento de los elementos de flexibilidad en nuestra legislación laboral. Desde luego, no puede negarse que en algunos aspectos los cambios efectuados constituyen una profundización en medidas flexibilizadoras adoptadas en el pasado con una orientación similar. Es posible que ciertas actuaciones de pasado ya estuvieran anunciando la posterior senda a recorrer, siendo de todo punto acertado considerar que nos encontramos ante una vuelta de tuerca más en una línea de continuidad. 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 platillos 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 aún, en ocasiones los elementos introducidos pueden entenderse que 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 comprensión 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

² I. Pérez Infante, *Otra vuelta de tuerca: la nueva reforma laboral*, ed. multicopiada.

tendencia para situarnos en un terreno que manifiesta una concepción cualitativamente diferente del papel de la legislación laboral en la tutela de los intereses respectivos de trabajadores y empresarios. Intentaremos desbrozar esta intuición a partir del análisis más detallado del contenido y significación de la presente reforma laboral.

2. 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 procedimental como de lo material.

2.1. Perspectiva formal: ausencia de diálogo social

Desde la perspectiva procedimental, 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 (art. 7 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 su discurrir 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 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. A results de ello, las organizaciones sindi-

cales 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 colectiva³. Dicho texto le fue remitido al Gobierno, con voluntad por parte de los interlocutores sociales, sin que a resultas del mismo el Gobierno abriese ningún tipo de contacto con las mencionadas organizaciones. Este Acuerdo no agotaba las materias que habían sido objeto de discusión y las propias partes en su notificación al Gobierno daban cuenta de los aspectos en los que no había sido posible el acuerdo entre las mismas. En todo caso, lo relevante al objeto que estamos destacando es que, a resultas de todo lo anterior, el Gobierno procedió a elaborar su texto de reforma, sin información previa alguna con 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 a resultas de 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.

Más aún, en esa limitada actuación del Gobierno meramente informativa del contenido de las medidas adoptadas, no debe pasar inadvertido que al mismo nivel del encuentro con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, mantuvo otro encuentro similar con otras organizaciones diversas a las que colocó al mismo nivel de interlocución, a pesar de que las mismas no reciben el respaldo constitucional relevante de representación de los intereses de trabajadores y empresarios a tenor de lo previsto en el art. 7 CE. Me refiero en concreto a la trascendencia otorgada por el ejecutivo de contacto a idéntico nivel con las asociaciones de autónomos, que no tienen la condición de organizaciones representativas de empleadores, no tienen el carácter de asociaciones empresariales y, como tal, no pueden basar su actuación en la previsión del mencionado art. 7 CE; ni, por supuesto, tampoco poseen la condición de organizaciones sindicales, representativas de los intereses de los trabajadores en el sentido atribuido constitucionalmente al término, por lo que tampoco desde esta otra perspectiva pueden basar su actuación en la previsión a tenor del art. 7 CE. Este tipo de organizaciones pueden tener un papel relevante de interlocución con la Administración para el diseño y ejecución de cierto tipo de políticas económicas que pueden afectarles directamente, incluso en la vertiente del ejercicio profesional de sus respectivos negocios; pero, a partir del instante en el que la cuestión refiere a las políticas laborales, los interlocutores

³ BOE de 6 de febrero de 2012.

no sólo preferentes sino exclusivos han de ser las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Baste con referir las competencias atribuidas por la legalidad ordinaria a este tipo de organizaciones, para comprobar que en este terreno se produce una indiscutible extralimitación; el precepto de más inmediata referencia es aquel que le atribuye la competencia relativa a “ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos” (art. 19.2 c LETA); pero ello se circunscribe a su actuación como prestadores de servicios por cuenta propia y, en ningún caso, como empleadores, por cuanto que los intereses profesionales como autónomos no abarcan las políticas como empleadores, pues para ello constitucionalmente la interlocución se establece de forma explícita a las organizaciones empresariales y las asociaciones de autónomos no son organizaciones empresariales desde la perspectiva constitucional ni legal. En definitiva, este dato no es en absoluto secundario, por cuanto que supone una nueva ruptura de reglas, en la medida en que la interlocución a los efectos del desarrollo del diálogo social se entiende debe desarrollarse con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, sin que se puedan conformar canales paralelos al mismo.

Lo cierto es que sea por unas u otras razones, en esta ocasión el Gobierno ha estimado que no procedía abrir ningún tipo de proceso de diálogo social, ni antes de la elaboración de la norma de urgencia ni a resultas de la tramitación de la misma como proyecto de Ley ordinario. En esta otra fase, la interpretación es que el protagonismo corresponde a los grupos parlamentario y el Gobierno con quien debe entenderse es con éstos últimos, como si ello fuera materialmente incompatible con el desarrollo en paralelo de un proceso de diálogo social. Incluso a estos efectos existe una rica experiencia en nuestro sistema de mantenimiento del diálogo social, vehiculado bien a través del grupo parlamentario de apoyo al Gobierno o bien a través de contactos directos con el ejecutivo, que han permitido retocar el texto legal en debate parlamentario añadiendo consenso sindical o empresarial al correspondiente parlamentario, sin que una y otra dinámica procedimental –diálogo social y debate parlamentario- se presenten como incompatibles por naturaleza.

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 a resultas de 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 tal 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 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 sin lograrse el correspondiente acuerdo.

2.2. 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 resultas 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 normativo⁴. Las posibles individualizadas tachas de inconstitucionalidad requieren de un análisis profundo y técnico-jurídico de cierta envergadura que desbordan lo que constituye el enfoque de presentación global de la reforma, por lo que no es este nuestro enfoque del asunto. 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 en esta materia, particularmente los que se advierten de una simple lectura de su preámbulo. No hay mención alguna a los preceptos centrales reguladores de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera

⁴ Un primer análisis de la posible inconstitucionalidad de la norma en Dictamen 5/2012, de 3 de abril, sobre el Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, <http://www.cge.cat/es/dictamens/>.

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 (art. 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 (art. 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 (art. 40.1 CE), cuando se presume que el empleo constituye la razón de ser por 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 (art. 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 (art. 41 CE), cuando se alude a una situación de desempleo crítica como anomalía del mercado de trabajo español y se apela a la flexibilidad como norte de la reforma.

En todo ello, no deja de existir un cierto olvido de aquellos mandatos constitucionales más conectados con el modelo de Estado social de derecho, que comportan apelación a los poderes públicos para desplegar una labor de tutela singular de los intereses del contratante débil en las relaciones laborales. Esos mandatos de intervención legislativa conforme a normas imperativas tuteladoras del contratante débil, quedan en cierto modo postergadas, en aras de la centralidad por otras preocupaciones.

Precisamente por ello y por contraste no deja de ser significativo que, dejando de lado la referencia al art. 86 CE para justificar la urgencia obligada en la aprobación de un Real Decreto-Ley, la única mención por parte del preámbulo legal lo es al art. 38 del texto constitucional, 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. Desarrollada esa lectura de reforzamiento del principio de productividad al máximo, sin consideración de otros preceptos

constitucionales, nos conduciría a avalar como correcta incluso el resurgimiento del acto de homologación de los convenios colectivos.

Por lo demás, como técnica legislativa bastante asentada desde los inicios de la década de los años noventa, a resultas del 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. Es cierto que en el texto legal, literalmente aparecen ciertos tipos de apelaciones a la intervención de las representaciones sindicales y empresariales, o bien a la actuación por parte de la negociación colectiva; sin embargo, salvo error u omisión, ninguna de ellas son nuevas, sino mera reiteración de previsiones ya establecidas en nuestra legislación precedente. Por el contrario, cuando se procede a una nueva regulación de alguna materia, el régimen en la Ley se presenta como cerrado, sin dar pie, al menos de manera expresa, a una posible intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva. A mero título de ejemplo, no se da juego alguno a la modulación del período de prueba en la nueva modalidad de contrato para las empresas de menos de 50 trabajadores; se establecen reglas de concurrencia entre convenios colectivos que impiden su corrección por parte de los propios negociadores, excluyendo pues fórmulas de supletoriedad muy asentadas entre nosotros en este terreno.

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. Una vez más, las pocas menciones que se contienen a la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en mecanismos consultivos de implementación legislativa, provienen de fórmulas ya existentes entre nosotros, que simplemente se reproducen, y cuando se presenta alguna novedad esta es la de devaluar materialmente la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en dicho proceso consultivo. Baste a título de ejemplo, mencionar el dato de que a la hora de la planificación del subsistema de formación profesional para el empleo se coloca en plano de igualdad a estas organizaciones sindicales y empresariales con los centros y

entidades de formación acreditados, mientras que antes se les perfilaba con un protagonismo exclusivo a las anteriores organizaciones.

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 a resultas de la reforma legislativa, donde se daba juego 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.

En definitiva, todos estos datos no pueden entenderse como una simple acumulación de puntos anecdóticos, sino que probablemente estén manifestando una nueva comprensión de la relación del poder público con los interlocutores sociales. Una nueva comprensión que vaya a desembocar en un progresivo debilitamiento del diálogo social y, con el mismo, del papel de intervención destacada que le debe corresponder a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de participación en los procesos decisorios del diseño de las políticas públicas laborales.

3. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS

En cierto modo complementario de lo 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. Se utilizan, de este modo, expresiones muy acuñadas en el debate recurrente de las políticas laborales, pero atribuyéndoles una significación bien distinta de la que constituye común criterio sobreentendido cuando se manejan dichas expresiones, o bien sin concretar en que medida se toman como referente efectivo para la reforma. Mencionemos algunas de ellas a título de ejemplo, para poder explicitar lo que pretendemos sacar a la luz al respecto.

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, lo relevante a los efectos que estamos comentado es que cuando posteriormente explicita las razones determinantes de la utilización del calificativo de “equilibrada”, la misma no suele 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, que pretende adoptar medidas que dentro de unos objetivos generales logren el punto de equilibrio entre los requerimientos empresariales y las expectativas de los trabajadores. Sin embargo, nada de esto deriva del uso del término “equilibrada” por parte del texto reformador, que lo sitúa en un terreno bien diverso, aludiendo a algo bien 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, etc.”. En suma, apela a un equilibrio de instituciones o de técnicas de intervención normativa, abandonando la idea del equilibrio de intereses, como si éste no fuera el dilema subyacente en toda intervención reformadora en lo laboral.

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 empresarial, 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, elemento común a ambos modelos de flexiseguridad reside en que nos encontramos ante un término apocopado de dos palabras (flexibilidad y seguridad) que se predicán 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; por ejemplo, cuando se afirma que “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. No es discutible que incorpora elementos acentuados de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, expresamente mencionando el texto la flexibilidad interna como objetivo e introduciendo igualmente elementos adicionales de flexibilidad de salida. Pero, cuando menos, la presentación de la reforma no alude a los otros contrapesos: no incorpora un régimen acentuado en el otro terreno, salvo que por tal se entiendan las medidas de empleabilidad que se contienen en el texto articulado de la norma.

Por otra parte, hay otros pasajes del preámbulo donde se utilizan los términos en un sentido bien 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 al 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”. Se trata de un hecho que en gran medida ha pasado inadvertido, a pesar de romperse con ello con una bien larga tradición en la denominación de la Administración laboral en nuestro país, pues desde sus orígenes siempre ha llevado ese apelativo de “Trabajo”, siendo esta la primera ocasión en la que lo pierde a favor del correlativo de “Empleo”. Aunque sólo fuera por esta circunstancia de supresión de una denominación centenaria entre nosotros, bien hubiera merecido la pena un “enterramiento” más digno. No es que sea relevante en sí mismo el cambio de denominación del Departamento cuando se mantiene el conjunto de sus competencias y atribuciones; pero siendo así y tratándose de una denominación centenaria, cuando menos hubiera merecido alguna explicación oficial y pública respecto de las razones determinantes del cambio de denominación, algo que no se ha hecho en ningún momento, ni por el presidente del Gobierno, ni por otros responsables gubernamentales, ni en los textos oficiales por medio de los cuales se verifica el cambio.

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 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 éste su objetivo por excelencia. En esa órbita podría situarse también el dato de que la tendencia entre las Administraciones autonómicas es a la de utilizar también el término de empleo para denominar al Departamento que asume las competencias en materia de ejecución de la legislación laboral.

El interrogante, en todo caso, se sitúa en orden a preguntarnos si como transfondo subyace algo más, una compresión diversa de cuál debe ser la orientación en exclusiva de la actuación de los poderes públicos en esta materia. No cabe la menor duda de que con el paso del tiempo se observa un desplazamiento hacia la centralidad de las políticas de empleo en toda la actuación de las Administraciones laborales y ello resulta de todo punto comprensible a la vista de la notable preocupación existente por el problema del desempleo y muy a pesar de que posteriormente, cuando se efectúan las evaluaciones de resultados, de los efectos producidos en la práctica por las mencionadas políticas públicas acabe concluyéndose que en gran medida muchas de estas políticas presenta un intenso peso muerto, no siendo la clave de la generación de empleo

en nuestro tejido económico.

En todo caso, más allá de esta disyuntiva acerca de la eficiencia real de las mencionadas políticas de empleo, el interrogante principal desde la perspectiva en la que se trae a colación este asunto 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. Dos breves consideraciones al respecto.

Primera de ellas es 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. Dicho de otro modo, si en ello hay una doble operación, consistente en asumir el término “empleo” y abandonar el término “trabajo”.

Segunda de ellas, la atribución de la titularidad de la tutela del empleo en exclusiva al poder ejecutivo, con demérito de la actuación en paralelo que puedan desplegar las organizaciones representativas de intereses colectivos, en particular la que puedan asumir y defender las organizaciones sindicales. No se trata de desmerecer y minusvalorar la responsabilidad de los poderes públicos en orden a propiciar un escenario favorable a la creación del empleo; por el contrario, conviene recordar al respecto que es el propio texto constitucional quien le encomienda ello como tarea de especial relevancia: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico... De manera especial realizarán un política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE). Sin embargo, el interrogante aquí es el de exclusividad, con negación al respecto de la intermediación también adicional de las organizaciones sindicales en esta vertiente. Al respecto aparece una afirmación bastante elocuente en el preámbulo del texto legal, cuando el poder público reivindica para sí la defensa del empleo, como si otros sujetos actuaran para tutelar otros intereses diversos, en particular exclusivamente los correspondientes a quienes ya están empleados. Como apuntamos, el preámbulo de la reforma contempla una consideración que podría tener justamente esa lectura: “El Gobierno encarna y sirve a los intereses generales y tiene la obligación de garantizar y satisfacer los intereses de todos aquellos que estén buscando un empleo”.

4. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA

Avanzando en la descripción y valoración de la reforma laboral de 2012, procede ahora descender algo más a lo concreto, sin por ello pretender abordar las medidas introducidas en su detalle y precisar la especificidad de las novedades, algo que corresponde acometer a otros en el presente número monográfico de la revista. De este modo, se trata de identificar ahora 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, vinculados a los contenidos concretos de su correspondiente articulado. 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). No es preciso mencionar el resto, por cuanto que el último de los capítulos relativo a la modificación del proceso laboral resulta instrumental a lo anterior (capítulo V), al tiempo que se insertan en un cajón de sastre acumulativo de disposiciones varias el cúmulo bien elevado de disposiciones adicionales, finales y transitoria de la norma, muchas de ellas conectadas con los primeros capítulos. Incluso sería discutible hasta qué punto la denominación del capítulo IV no deja de contener un cierto sesgo eufemístico, por cuanto que a la postre también los capítulos precedentes, si son coherentes y acertados, deberían tener igualmente como objetivo la eficiencia del mercado de trabajo, cuando en realidad se utiliza esa expresión por continuar constituyendo entre nosotros un tabú afirmar que se aborda una reforma de la flexibilidad de salida y en concreto del régimen del despido; eludiendo eufemismos, diríamos pues que el cuarto de los objetivos no es otro que el del levantamiento o remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida. Analicémoslos, pues, cada uno de ellos, eso sí una vez más exclusivamente en una valoración muy global de su contenido.

4.1. 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 modo que suelen ser las que presentan menores objeciones con independencia de quien las analice. 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 y produzcan los efectos deseables en ese objetivo abstracto de favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores. 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 ésta, 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. La novedad es más bien formal, por cuanto que materialmente ya venían desempeñando en cierto modo tales funciones utilizando mecanismos de grupos societarios, cada uno de ellos especializados en actuaciones diferenciadas, unas como empresas de trabajo temporal en el sentido estricto del término y otras como agencias de colocación. Ahora en realidad se trata de simplificarles su estructura organizativa, pudiendo utilizar 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. Puede pasar más inadvertido un posible efecto indirecto de otra de las medidas contempladas en la presente reforma, que puede reducir las oportunidades de negocio tradicionales de las empresas de trabajo temporal que ahora deban dirigir su mirada hacia servicios complementarios a los precedentes; me refiero

específicamente al posible impacto del nuevo contrato “indefinido” para empresas de menos de 50 trabajadores, cuyo amplio periodo de prueba puede hacer casi desaparecer la contratación temporal en este tipo de organizaciones y, con ello, la actividad típica de las empresas de trabajo temporal. En todo caso, haya o no influido lo anterior, 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 aún, 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 empresa 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, le 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, 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.

Por otra parte, puede pasar algo inadvertida otra novedad conectada con la intervención de las agencias de colocación, ahora en su actividad de recolocación de trabajadores. A estos efectos la reforma prevé obligaciones concretas de las empresas de ciertas dimensiones que adoptan medidas de despidos colectivos, lo que igualmente debe valorarse en clave positiva. Me refiero en concreto a la obligación impuesta a las empresas que efectúen despidos que afecten a más de 50 trabajadores de ofrecer a los trabajadores despedidos un plan de recolocación externa a través de las empresas de recolocación autorizadas (art. 51.10 ET). Me interesa llamar la atención sobre el hecho de que

esa nueva obligación impuesta a las empresas comporta un incremento de las actuaciones posibles por parte de las agencias de colocación en su vertiente de empresas de colocación, incluidas también a partir de ahora las empresas de trabajo temporal. Eso sí, con independencia de que la regla principal puede aportar elementos importantes de centralidad de los planes sociales de acompañamiento, ello no deja de suscitar algunos interrogante. El principal de ellos es si la reforma ha podido ser impositiva en exceso, al obligar a canalizar esta obligación empresarial por medio de la imprescindible contratación de estos servicios con las empresas de recolocación; dicho en sentido contrario, hasta qué punto esta imposición no llega a ser limitativa de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida, en la medida en que pudiera ser interpretada como limitativa de la opción empresarial de asumir directamente tal obligación, excluyendo una externalización de servicios; hasta qué punto introduce una diferencia de tratamiento injustificada respecto de los servicios públicos de colocación que igualmente pueden asumir funciones de recolocación, de modo que impide a las empresas optar por contratar tales servicios con los servicios públicos sin necesidad de acudir a las empresas de recolocación, con los incrementos de costes correspondientes para las empresas que precisamente se encuentran en una situación de crisis económica. Recuérdese al efecto todo el debate que se produjo en su momento respecto a la exclusividad en las labores de carga y descarga de buques en los puertos de interés general por parte de las sociedades de estiba, sin permitir la actividad con el personal propio del armador y sin necesidad de externalizar el servicio.

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 (art. 23.3 ET). Complementariamente a ello el reconocimiento del derecho a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 4.2.b ET), tanto en el sentido positivo de imponerle a la empresa que corra a cargo de la misma el coste de dicha adaptación, computándose a todos los efectos la dedicación por parte del trabajador a dicha formación como tiempo de trabajo efectivos (art. 231.d ET), como en negativo que el ofrecimiento de dicho curso de reciclaje se convierta en requisito imprescindible antes de que pueda procederse a despedir al trabajador por falta de adaptación a su puesto de trabajo (art. 52 b 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, su productividad en el seno de las empresas.

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 a la necesidad de consolidación fiscal de nuestras cuentas públicas, 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 recontractación 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 (art. 11.2 c ET). La permanente duda en estos contratos para la formación y el aprendizaje es si los mismos se conciben y, por tanto, facilitan una funcionalidad de adquisición de competencias formativas y profesionales de trabajadores descualificados tanto en la perspectiva teórica como práctica, o bien por el contrario de hecho 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 recontractación pueda inclinar la balanza más sobre lo segundo que lo primero, por tanto incrementando los riesgos de una escasa funcionalidad de favorecimiento de la empleabilidad de este tipo de contrataciones. Más allá de ello, puede que resulte más influyente aún el efecto indirecto provocado por otras medidas situadas en otro terreno por parte de la reforma; me refiero de nuevo al nuevo contrato “indefinido” para empresas de menos de 50 trabajadores, de nuevo en la clave de que los alicientes de costes y flexibilidad ofrecidos por el mismo son tan intensos que comparativamente pueden provocar una marginación de hecho de las posibles opciones de las empresas por los contratos para la formación, de modo que estos queden marginados en la práctica por las empresas a la hora de elegir la modalidad de contratación más adecuada a sus intereses.

4.2. Fomento de la estabilidad en el empleo

La medida principal recogida en la reforma en materia de fomento de la estabilidad en el empleo, al menos tal como se presenta en el Real Decreto-Ley, 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 periodo 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 periodo 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 año⁵. Tan sólo en Francia en el período 2005-2008 se estableció un contrato de similar 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 n° 158 de la OIT sobre extinción del contrato de trabajo⁶. Por tanto, ello introduce las razonables dudas acerca de si con ello se produce una desnaturalización de la figura del periodo de prueba, por cuanto que es difícil que una empresa, especialmente si es de pequeñas dimensiones, requiera de un plazo

⁵ 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 periodo 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 periodo de prueba es de 6 meses y la resolución unilateral del contrato durante este periodo está sometida al requisito del preaviso de un mínimo de 2 semanas (art. 622.3 BGB [Código civil alemán])”.

⁶ Cour de Cassation, Chambre Social, 1 de julio de 2008, arrêt n° 1210: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_11710.html.

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 ha llegado a declarar contrario a derecho el establecimiento de plazos tan prolongados del período de prueba cuando el mismo ha sido pactado con este tipo de duraciones por parte de la negociación colectiva⁷. 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 injustificado⁸.

Más allá de esta concreta discusión, me parece importante resaltar 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. En particular, conviene destacar que las ventajas comparativas son indiscutibles respecto de cualquiera de las dos formas básicas de contratación temporal causal (eventual y para obra o servicio determinado), incluso de los contratos formativos. De este modo, no es descartable que las empresas antes de acudir a estas formas de contratación temporal celebren esta nueva modalidad de contratación: son manifiestas las ventajas en lo que se refiere a la plena libertad de desistimiento contractual, de hacerlo sin trabas en cualquier momento a lo largo del primer año de vigencia del contrato de trabajo, de hacerlo sin riesgo de que el control judicial posterior determine la causalidad o no de la temporalidad del vínculo, de hacerlo sin abonar indemnización alguna por la extinción contractual, de poder sucesivamente sustituir a este trabajador cuya relación se extingue dentro del primer año por otro trabajador conforme a la misma modalidad contractual sin necesidad de incrementar empleo neto, sin riesgo alguno de aplicación de la regla de conversión en indefinido del contrato por la existencia de encadenamiento sucesivo de contratos dado que no se trata de contratos temporales.

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

⁷ STS, sala de lo social, de 20 de julio de 2011, RJ 6680 FJ 2; 12 de noviembre de 2007, RJ 701/2008 .

⁸ Por todos, F. J. Gómez Abellería, *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 AA. VV., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012...*, op. cit., pgs. 65 ss.

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. Por tanto, habrá que estar atentos a los efectos prácticos provocados por esta nueva fórmula de contratación, que va a tener dos momentos críticos: uno, la llegada del período límite de la libertad de desistimiento al año; dos, la llegada del período máximo de tres años de mantenimiento de empleo como contrapartida a los incentivos económicos.

Por otra parte, aunque situado sistemáticamente en otro lugar, la norma adelanta a finales del presente año 2012 la conclusión de la suspensión aplicativa de la regla de la conversión en indefinido del contrato por sucesivo encadenamiento de contratos temporales. A parte de que la dilación en el tiempo de la efectividad de esta regla pone en duda el cumplimiento del requisito de urgencia exigido constitucionalmente para que esta medida se recoja en un Real Decreto-Ley (art. 86 CE), la recuperación de la regla se efectúa sin la debida precisión de qué tipo de contratos empiezan a computar para la superación de la conversión en indefinido; es decir, si cuentan también los contratos temporales celebrados con anterioridad a final del presente año 2012 pues la clave es que la superación del plazo máximo se produzca a partir del inicio de 2013, o sólo computarán los nuevos contratos temporales celebrados a partir de inicios de 2013. En todo caso, lo más relevante de todo una vez más son los efectos indirectos provocados por otras medidas: de nuevo, si se verifica una generalización de la nueva modalidad de contratación indefinida en empresas de menos de 50 trabajadores para atender a necesidades de contratación temporal, con reiteraciones de contratación indefinida mediante el uso de la libertad de desistimiento, puede quedar fuertemente neutralizada la presente regla de la conversión por encadenamiento de contratos temporales, que se utilizaría exclusivamente por las empresas de más de 50 trabajadores.

Finalmente, habría que señalar también que, aunque situado dentro de capítulo diferenciado, la reforma también pretende poner en conexión las medidas adoptadas en materia de despido con un posible efecto de favorecimiento de la estabilidad en el empleo. En efecto, estas medidas se afirma en el preámbulo de la norma se orientan con vistas a favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. Se trata de una visión muy extendida

en ciertos sectores, que consideran que una rígida tutela frente al despido acaba provocando un efecto desincentivador de la contratación por tiempo indefinido y, por ende, favorecedor de la rotación contractual por la vía de altas tasas de temporalidad en la contratación laboral. Sin necesidad de entrar en la valoración de estas tesis, baste con resaltar que el legislador en este punto se decanta apoyándose, por lo que las medidas de aligeramiento de la tutela frente al despido se pretenden presentar con esa finalidad de incentivo a favor de la estabilidad en el empleo. En todo caso, nos remitimos a las consideraciones que efectuaremos más adelante en el apartado específicamente dedicado a las modificaciones en materia de despido.

4.3. 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 (art. 22 ET) y correlativa adaptación de régimen de movilidad interna en la empresa (art. 39 ET), consolidación de la regla sobre jornada irregular de trabajo (art. 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 (art. 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 (art. 37 ET), ampliación de las posibilidades de uso de la movilidad geográfica (art. 40 ET), mayores facilidades para el desarrollo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), supresión de la autorización administrativa para las reducciones de jornada y suspensiones de la relación laboral por causas empresariales (art. 47 ET), mayor amplitud del mecanismo de descuelgue de condiciones de trabajo pactadas a través de convenio colectivo estatutario (art. 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 (art. 84.2 ET), decadencia final de la regla de la ultraactividad del convenio colectivo tras la superación de los dos años de prórroga ultraactiva (art. 86.3 ET).

La complejidad técnica de la materia y la pluralidad de aspectos sobre los que incide la reforma en esta vertiente nos impiden entrar en los necesarios análisis de las novedades introducidas por la reforma, a tenor del enfoque que

pretendemos efectuar en este estudio de análisis general de la reforma. Por ello, nos detenemos en lo que consideramos pueden ser reglas de impacto más relevante previsible o de interrogantes de consecuencias derivadas de la presente reforma.

Desde luego, 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 algunas de las novedades introducidas era fácil preverlas como continuidad de una línea de actuación ya iniciada tiempo atrás; baste con mencionar sólo a título de ejemplo lo hecho en materia de encuadramiento profesional, abandonando definitivamente el sistema de categorías profesionales y sustituyéndolo por el de grupos profesionales de manera definitiva y generalizada, que como tal no puede sino valorarse de manera positiva. 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.

Ante todo destacar que, 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 adaptación por parte de las empresas a los requerimientos productivos de cambios en las condiciones de trabajo. 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 interna⁹. Más aún, 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 contrata-

⁹ J. Cruz Villalón, La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, Relaciones Laborales n° 21-22 (2010), pgs. 81 ss

ción temporal como fórmula de adaptación de las condiciones de trabajo. En suma, que las nuevas medidas de flexibilidad interna no tengan todo el impacto deseado, al menos si las mismas son proyectadas con la finalidad de que un uso más intenso de ellas reduzca significativamente el uso de los mecanismos de rotación contractual provocados por las vías de escape.

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 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 ineficiencia 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, que si son gestionados con la debida habilidad resultan mucho más eficaces y, por añadidura, proporcionan la posibilidad de tomar en consideración de 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, donde resaltan por su importancia las novedades en materia de descuelgue de condiciones de trabajo así como de preferencia aplicativa de los convenios de empresa frente a los sectoriales.

Menor trascendencia a mi juicio, sin embargo puede tener la decadencia final de la ultraactividad, por cuanto que la misma sigue presentando ciertas dosis de modulación que en la práctica pueden relativizar su impacto. Sobre todo, conviene llamar la atención sobre el dato de que la regla estatutaria donde se recoge esa decadencia de la ultraactividad por el transcurso de dos años tiene el carácter de norma supletoria, de modo que es posible que los convenios colectivos mantengan con mayor amplitud, incluso con carácter indefinida, la ultraactividad convencional. Más aún, a tenor de esa supletoriedad, conviene destacar que ya en el momento de la entrada en vigor de la reforma, un elevado porcentaje de convenios colectivos por propia previsión contempla la vigencia

ultraactiva indefinida, regla que por no se contraria al mandato legal puede seguir aplicándose a todos los efectos en este tipo de convenios colectivos.

Sin embargo, sí que presenta un alcance de mayor calado la amplitud con la que se contempla la posibilidad de descuelgue de condiciones de trabajo de lo pactado en cualquier tipo de convenio colectivo estatutario, con la significativa singularidad que la misma se puede producir a iniciativa de la dirección de la empresa y sin el consenso de la representación sindical¹⁰. Indiscutiblemente ello provoca una importante erosión de la vinculabilidad de lo pactado a través de convenio colectivo entre las representaciones de trabajadores y 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. Habrá que estar a la espera, de un lado, de la posible corrección de esta fórmula a lo largo de la tramitación parlamentaria como proyecto de Ley, al mismo tiempo que habrá que dejar transcurrir el tiempo necesario para comprobar el efecto práctico de una fórmula que puede no aplicarse en la práctica en términos estadísticamente significativos.

Finalmente, conviene resaltar, por su trascendencia y posible mayor influencia en la práctica, 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 interven-

¹⁰ Sobre el particular, J. Cruz Villalón, El descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012, RDS nº 57 (2012).

ción 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.

A partir de ahora, los convenios sectoriales el único espacio teórico de influencia garantizado se situaría en el ámbito de la microempresa, especialmente las que no llegan a superar los 6 trabajadores, en la medida en que al no poderse elegir en ellas delegados de personal, no resulta viable la celebración de un convenio de empresa para las mismas. En la práctica, también dependerá de si en empresas de superior tamaño 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 de referencia a su ámbito. Por ello, más allá de ello, dependerá de la voluntad efectiva de las correspondientes empresas de acometer la creación de una unidad de negociación propia, con todas las dificultades e incertidumbres que puedan derivar de ello. Debe tenerse en cuenta que en empresas de pequeñas dimensiones en la mayoría de las ocasiones no compen-san 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.

Ciertamente si nos movemos en el ámbito de una negociación colectiva empresarial de cierta consistencia, se puede presuponer que la misma contendrá un régimen de condiciones de trabajo más específicamente adaptado a las peculiaridades de la misma, a sus necesidades y a las propias de los trabajadores. Sin embargo, ante una estructura empresarial como es la española de fuerte presencia de la empresa de pequeñas dimensiones, una regla de este tipo sin sus debidos contrapesos puede provocar un efecto negativo de desarticulación de la negociación colectiva. A mayor abundamiento, 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 competencial 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 y no exclusivamente en el ámbito del deterioro de las condiciones de trabajo entre la población ocupada.

En todo caso, un importante elenco de las medidas adoptadas en este ámbito de la flexibilidad interna van dirigidas no solamente a propiciar mecanismos que eviten tener que acudir a regulaciones de empleo más negativas, como son las propias de la correspondiente a los despidos colectivos. Bien es conocida 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. El efecto está siendo el de la correspondiente presión sobre la deuda pública nacional, que obliga a acometer políticas de austeridad. En ese escenario, la imposibilidad de adoptar las tradicionales medidas de devaluación de la moneda, las presiones para lograr efectos asimilados se sitúan en el ámbito de la congelación cuando no de la directa reducción de las rentas salariales. Sin poder entrar en el análisis de carácter eminentemente económico, que nos desborda, sí traer a colación necesariamente este contexto para marcar los objetivos de la reforma laboral en este orden, precisamente dirigidas a presionar para lograr ese resultado de depreciación de las rentas salariales. Sin entrar en la valoración del acierto o menos de tales objetivos en el conjunto de las necesarias reformas orientadas a la superación de la actual crisis económica y de empleo, lo que sí conviene resaltar es 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 representativas¹¹. Aparte de importantes compromisos en materia de flexibilidad interna y de estructura de la negociación colectiva, dicho Acuerdo implica materialmente un decisivo pacto de congelación salarial para el conjunto del sector privado, sin parangón en el resto de Europa y que podía coadyuvar a un escenario de intensa pacificación social unido al esfuerzo del conjunto de los asalariados de plena austeridad, con una distribución de sacrificios gestionada desde las organizaciones sindicales. Probablemente no se ha resaltado la trascendencia de este Acuerdo y de las posibilidades de actuación por parte de

¹¹ BOE de 6 de febrero de 2012.

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.

4.4. 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 las novedades más destacadas resaltaría las siguientes: la eliminación con carácter general de la autorización administrativa para los despidos colectivos, de modo que ya no debe ser correcto técnicamente seguir utilizando la expresión “expedientes de regulación de empleo”; 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, tanto para los despidos objetivos como para los disciplinarios, con correlativa supresión del contrato indefinido de fomento del empleo; 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.

No puede desconocerse que la profundidad de las reformas adoptadas en este ámbito, tiene un enorme calado en cuanto a su posible impacto. Desde luego las mismas facilitan notablemente la decisión empresarial de reducción de empleo, tanto por lo que afecta a lo causal, a lo procedimental como a los costes económicos anejos a ello.

El Real Decreto-Ley, como ya hemos indicado en apartado precedente, 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 ineficiencia del régimen hasta el momento presente en esta materia en la presencia muy generalizada del denominado despido “expres”, considerando que el mismo resulta disfuncional tanto para el interés de los

trabajadores como para el de las empresas¹². 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, siendo esta práctica del despido “expres” una de las manifestaciones más señaladas de las disfunciones aplicativas de nuestro régimen del despido, aunque posiblemente no sea la única. 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 a los efectos de reducir empleo. Más allá de la evidente tensión de intereses provocada por la discusión en torno al coste del despido en nuestro ordenamiento jurídico, desde un punto de vista más cualitativo del funcionamiento del modelo, 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, resulta ciertamente difícil establecer una sintonía entre régimen legal y prácticas empresariales, 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.

Apuntemos, pues, los elementos disfuncionales más destacados al efecto y el posible mantenimiento o superación de los mismos a resultas de la presente reforma laboral.

En primer lugar, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de

¹² “El «despido expres» crea inseguridad a los trabajadores, puesto 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, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Pero también desde el punto de vista empresarial, el éxito del «despidos expres» también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional —el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial— despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se reside en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciado, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables”.

¹³ Cfr. Al respecto, AA. VV. (J. Cruz Villalón editor), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2012.

reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. Dicho de otro modo, siendo una causa común para 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 comparativamente 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 y, con la misma, unas expectativas de aligeramiento de controles que pudiera provocar que las empresas no desviarán determinadas decisiones extintivas hacia las vías individualizadas. 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, éstas 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 al efecto 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 tempora-

les 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.

En iguales términos, no es descartable que con precedencia al uso de los mecanismos de despidos, se siga acudiendo a las fórmulas de jubilación en sus diferentes variantes (forzosa pactada en los convenios colectivos, anticipada o prejubilación) antes de adoptar las medidas de resolución contractual por vía de despidos. Tampoco aquí se aprecian novedades legislativas dignas de resaltar que puedan alterar esta otra preferencia empresarial y sindical.

Finalmente, cuando se acude a los procedimientos de despido colectivo es donde aparece el fenómeno tan diáfano 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, 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. La desaparición ya casi definitiva de los salarios de tramitación unida a la aproximación del diferencial indemnizatorio entre despidos procedente e improcedentes orienta aún más si cabe la opción empresarial por la preferencia por el despido exprés. Por mucho que la reforma haya ampliado la causa justificativa del despido por motivos económicos, la regla ha acentuado aún más si cabe la dosis de incertidumbre jurídica y de la respuesta de control judicial al efecto. Y, sobre todo, la clave a estos efectos no se encuentra en el coste del despido aisladamente considerado para cada supuesto, sino al diferencial cuantitativo entre uno y otro; por decirlo de otro modo, lo importante es que a resultas de la reforma se reduce el diferencial entre el despido improcedente y el procedente: antes de 25 días de salario por año de antigüedad (45-20), ahora sólo de 13 días de salario por año de antigüedad (33-20); también en los topes máximos: antes 30 mensualidades (42-12), ahora sólo 12 mensualidades (24-12). Dicho con cierta simplicidad, al final el empleador efectuará un simple cálculo de costes, computando qué le resulta más costoso, si el despido improcedente con 33 días o el despido procedente con 20 días más abono de los costes de tramitación judicial (defensa judicial más informe económico justificativo de la concurrencia de la causa), sin desmerecer la trascendencia siempre otorgada al cálculo del riesgo de incertidumbre de la respuesta judicial. Las cantidades precedentes variarían

de tomarse en consideración las cantidades que antes y a partir de la reforma asume o deja de asumir el Fondo de Garantía Salarial, como detracción de costes para el empleador, pero en todo caso el resultado comparativo a resultas de la reforma sería el mismo --reducción del diferencial de costes entre la procedencia y la improcedencia--, con lo cual se podrían mantener idénticos criterios de valoración de costes diferenciales por parte del empleador.

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; es decir, es previsible que se sigan efectuando las opciones selectivas de los empresarios atendiendo al coste del despido, incluso puede suceder que con ciertos aspectos de la reforma ello se vea acentuado aún más si cabe. Baste con mencionar tres ejemplos al respecto. De un lado, si antes la dualidad lo era entre trabajadores temporales e indefinidos, la reforma laboral de 2010 contemplaba un sistema de cierta convergencia de costes que ahora en cierto modo se trunca a resultas del retorno al régimen precedente en materia de abono parcial por el Fondo de Garantía Salarial de la indemnización, de modo que en el diseño final las empresas por una y otra vía podrían llegar a soportar el mismo coste por despido (12 días de salario por año de antigüedad). De otro lado, al entrar en juego el desistimiento durante el primer año de la nueva modalidad contractual para empresas de menos de 50 trabajadores, el desplazamiento hacia la opción preferente por el desistimiento de estos trabajadores puede ser más intenso aún si cabe a la vista de que en tales supuestos no se contempla indemnización alguna por la extinción contractual a diferencia de lo que sucede con los contratos temporales. Finalmente, el mecanismo de progresiva aplicación de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente, desde los 45 días a los 33 días, durante una primera fase temporal de la aplicación de la reforma también puede reforzar la selección del empleador en atención a la antigüedad de los trabajadores, ahora preferencia a despedir primero a los contratados con posterioridad a la reforma (toda la indemnización a 33 días) frente a los contratados con anterioridad a la misma (sólo una parte de la indemnización a 33 días).

A la postre todos estos 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. Sólo 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.

5. 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 sólo 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 sólo una minoración de la tutela del contratante débil en el ámbito del derecho del trabajo, sino la presencia cada vez más de una legislación laboral que en su seno busca un nuevo equilibrio de intereses, en la que se pretenda ahora atender tanto los 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 la-

boral no nos conduce a una vuelta de la misma a su casa de origen, al Derecho Civil, sino todo lo contrario: un acentuarse aún 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 que pueden derivar directamente de la presente reforma legislativa, junto con algunos otros más de carácter dubitativo.

El primero y probablemente más significativo es el modo comparativamente diferencial con el que se articula el tradicional principio del “*pacta sunt servanda*”, tanto es 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” (art. 1256 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 a resultas de reformas sucesivas la exigencia de la concurrencia de esas circunstancias de excepcionalidad han 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. Baste con mencionar un ejemplo emblemático al respecto derivado de la reforma de 2012: a partir de ahora es posible que se produzca una alteración sustancial de la cuantía del

salario pactada individualmente al margen del convenio colectivo por decisión unilateral del empleador por meras causas bien genéricas conectadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica de la empresa (art. 41 ET); mientras que por contraste en aquella específica relación laboral especial donde no se aplica este precepto por resultar de supletoria aplicación el Derecho civil, es decir para el personal de alta dirección, ese tipo de cambio en ningún caso es posible de no concurrir el consentimiento de ambos contratantes.

Ello no significa, desde luego que haya desaparecido todo rastro del principio del *“pacta sunt servanda”* individual en el ámbito de lo laboral, pues ante todo conviene recordar que el Estatuto de los Trabajadores mantiene el principio de partida de que la voluntad de las partes expresada a través del contrato de trabajo constituye una de las fuentes reguladoras de la relación laboral (art. 3.1.c ET). Más aún, a lo largo del texto estatutario van apareciendo recurrentes menciones a la necesidad de que concurra el consentimiento de ambas partes para la introducción o modificación de determinadas instituciones claves para ambas partes: conversión de contrato a tiempo completo en a tiempo parcial y viceversa (art. 12.4 e ET) y en paralelo la reducción de jornada a resultados de la celebración de un contrato de relevo (art. 12.6 ET); pacto de no competencia una vez concluido el contrato (art. 21.2 ET); pacto de plena dedicación (art. 21.3 ET); celebración del pacto de permanencia (art. 21.4 ET), obligatoriedad de celebración de las horas extraordinarias (art. 35.4 ET) así como de realización de horas complementarias (art. 12.5 a ET), determinación del objeto de la prestación especialmente cuando se pacte un régimen de polivalencia funcional (art. 22.5 ET). Eso sí, el problema que se suscita a partir de ahora para el resto del régimen contractual no mencionado expresamente por un específico precepto legal; es decir hasta qué punto para lo demás pervive la exigencia de aceptación expresa por parte del trabajador de otro tipo de alteraciones de lo pactado, qué pactos contractuales quedan al margen de lo modificable unilateralmente a través del art. 41 ET. Por citar un solo ejemplo no poco emblemático al respecto: la conversión de un trabajo en presencia en uno a distancia o viceversa requiere la aceptación del trabajador o puede verificarse acudiendo al mecanismo del art. 41 ET; hay que preguntarse igualmente si la conversión de un contrato de trabajo ordinario en relación laboral de carácter especial o viceversa requiere o no del consentimiento de ambas partes.

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 a re-

sultas 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 en 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 (art. 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.

Más aún este último ejemplo, también puede servir para remarcar otro de los elementos a los que aludimos al inicio de este apartado en relación con la mayor presencia de la administración laboral en el ámbito de lo laboral, por contraste con el Derecho Civil, al objeto de reforzar el control del cumplimiento de la legislación laboral. Bien es cierto que una vez más la línea de tendencia evolutiva en las sucesivas reformas legislativas laborales en España ha consistido precisamente en extender un progresivo repliegue de ese intervencionismo administrativo, que se va poco a poco minorando en aras de favorecer la flexibilidad laboral requerida por las empresas. No es que con la última de las reformas laborales no se acentúe esa de tendencia en los términos antes descritos, pero no deja de ser cierto que se aprecia un cierto cambio de orientación, que está por ver si con el mismo no se produce un cierto punto de inflexión aunque, insistimos, lo sea con una funcionalidad diversa, no por ello exento de cierto grado de contradicción. Me refiero al hecho de que con esta reforma, por un lado, se suprimen cierto tipo de autorizaciones administrativas para despidos colectivos y suspensiones de la relación laboral, a primera vista presumiblemente para favorecer una mayor flexibilidad empresarial; pero, por otro lado, al propio tiempo se introduce una nueva intervención administrativa ahora en clave de arbitraje obligatorio público a los efectos de facilitar los descuelgues de condiciones pactadas en convenio colectivo, eso sí, ahora con esa funcionalidad diversa a la tradicional de propiciar aún más la flexibilidad interna.

Todo lo anterior desemboca en que a partir de ahora tendremos que profundizar en una discusión más general, relativa al espacio aplicativo que restan 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 pacíficamente 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 concurrido 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: ¿cabrá 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 siquiera discutido. No se trata de un ejemplo aislado, sino que, a nuestro juicio, provoca un 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 de si nos encaminamos hacia una nueva concepción del Derecho del Trabajo en las sociedades modernas.