

# XII European Regional Congress

International Society for Labour and Social Security Law  
Czech Society for Labour Law and Social Security Law

---

## Session 6: Recent Labour Law Reforms in Europe

### Crisis and labor reforms in Spain: a change of paradigm?<sup>1</sup>

Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo*

*Universidad Autónoma de Madrid*

**SUMARIO:** 1. PRELIMINARES. 2. CRISIS. 3. DERECHO DEL TRABAJO Y CRISIS. 4. REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA ANTE LA CRISIS. 5. FLEXIBILIDAD DE ENTRADA. 6. FLEXIBILIDAD INTERNA. 7. FLEXIBILIDAD EXTERNA. 8. LA NEGOCIACION COLECTIVA COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD DE LAS RELACIONES LABORALES: DESCENTRALIZACION HACIA EL NIVEL DE EMPRESA. 9. LA FORMACIÓN COMO DÉBIL CONTRAPARTIDA. 10. DESPROTECCIÓN SOCIAL 11. CINCO AÑOS DE REFORMA Y TRANSFORMACIONES FUTURAS: REACCIONES SOCIALES FRENTE A UN CAMBIO DE PARADIGMA

#### 1. PRELIMINARES

Hablar de “Crisis y Derecho del Trabajo” constituye una temática de enorme amplitud en la medida en que puede ser abordada desde distintas perspectivas (macroeconómica, filosófica, histórica, política o estrictamente jurídica). Incluso, con un enfoque estrictamente jurídico, es difícil abordar de un modo general el impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo entendido como una idea universal pues, como ha señalado el Profesor Adrián Goldin, es muy difícil reconocer una configuración definitiva o universal del Derecho del Trabajo, salvo en su inicial configuración histórica, y más bien sólo es posible hablar de derechos particulares de Trabajo o rasgos particulares del derecho del trabajo<sup>2</sup>.

Es por ello que considero muy acertado realizar una mesa redonda sobre el impacto que la crisis ha tenido sobre los elementos más esenciales y reconocibles del Derecho del Trabajo, si bien, enfocada en su repercusión en el sistema jurídico laboral de países concretos. Y particularmente en tres países

---

<sup>1</sup> Las ideas expuestas tienen en gran parte su origen en la Conferencia inaugural del VII Congreso Brasileiro de Derecho social publicada en *Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*, vol. 38, 2014.

<sup>2</sup> GOLDIN A., “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *Relaciones Laborales*, núm. 2/2014, pp. 29 ss, en la línea de lo que como ya señalara años antes DE LA VILLA GIL L.E., “Empleo y crisis económica”, en *Jornadas sobre empleo y crisis económica*, Subsecretaría de empleo y Relaciones Laborales, MTSS, 1982, p. 23.

mediterráneos, ya que al pertenecer los tres al denominado “modelo continental” ello permite una visión más completa y acertada desde el punto de vista de una metodología comparada.

Mi ponencia versará sobre el impacto que han tenido en los elementos esenciales del Derecho del Trabajo las reformas normativas llevadas a cabo en España. Mi país se ha convertido en un observatorio privilegiado por dos motivos: porque ha afectado gravemente la crisis y porque, además, la crisis se ha abordado mediante reformas legislativas de dos diferentes signos (socialista y conservador) lo que permite observar dos distintos enfoques dados a una misma problemática.

## 2. CRISIS

Todavía hoy podemos afirmar la crisis sigue siendo una “histórica compañera de viaje del Derecho del Trabajo”, en célebre frase del Prof. Palomeque<sup>3</sup>. Pero también es cierto que la actual crisis presenta características propias y un impacto en el Derecho del Trabajo antes desconocido.

Conviene recordar algunos elementos de la actual crisis para enfocar con perspectiva la actual situación.

Nadie discute que el origen inmediato de la crisis es estrictamente financiero y estadounidense. En el afán de ganar cada vez más dinero, los bancos de EEUU difundieron por todo el sistema financiero internacional, como si de una inversión atractiva y rentable se tratara, miles de productos financieros derivados de contratos hipotecarios que resultaron ser en realidad simple basura financiera<sup>4</sup>

Durante años estos mecanismos financieros permitieron a los bancos tener beneficios espectaculares que repartían entre sus accionistas privados, pero la situación cambió cuando la reserva federal de EEUU subió los tipos frustrando las expectativas sobre mayores subidas de precios en el mercado inmobiliario por lo que la actividad en construcción se frenó y millones de trabajadores se quedaron sin empleo y empezaron a no pagar las hipotecas o préstamos que tenían suscritos con los bancos y entonces los productos financieros que se habían distribuido perdían de inmediato su valor porque los activos originales aquellas hipotecas que estaban en la base de la pirámide dejaban de proporcionar los flujos de dinero esperados cuando las familias dejan de pagarlas perdiendo valor además la cartera inmobiliaria de los propios bancos al existir una burbuja inmobiliaria.

Todo ello provocó la quiebra de los bancos pero también de los inversores que los habían adquirido. Cuando los bancos quiebran el efecto inmediato es que dejan de dar crédito y, con ello, las empresas no pueden seguir produciendo. La caída de la producción y de la actividad económica genera un aumento del paro. Los trabajadores desempleados no pueden seguir comprando y con ello no dan de vivir a las empresas. Todo ello combinado produce un desastre en la economía y la crisis hipotecaria se convierte en crisis financiera y global

<sup>3</sup> PALOMEQUE LÓPEZ C., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, núm. 143/1984, pp. 14 ss.

<sup>4</sup> Básicamente la estafa de las hipotecas *subprime* destinadas a gente poco solvente y por ello con alto riesgo de impago, los créditos NINJA –no income, no job, no asset- arriesgados pero con tipos muy altos a pagar a los bancos por ello, y la titulación de los de los activos que consiste en convertir un activo no negociable en negociable: los bancos que provocaron la crisis titularizaron los contratos hipotecarios, es decir, venderlos bajo otra forma para así obtener liquidez y poder seguir dando créditos. En extenso y muy comprensible NAVARRO V, TORRES LÓPEZ J. y GARZÓN ESPINOSA A, *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, Ediciones Sequitur, Madrid 2011, pp. 17 ss

Los Estados además se van empobreciendo consecuencia de recibir menos ingresos por impuestos y tener que incrementar su gasto en pensiones y en protección social.

¿Qué hacen los Gobiernos?: inyectan miles de millones en la refinanciación de los bancos pensando que así los bancos otorgarán crédito y se reactivará la economía (menos cierres empresas y desempleo), pero no modifican las reglas del juego. Refinanciados los bancos, ahora imponen sus condiciones para hacer fluir el crédito ante los impagos y endurecen las condiciones para otorgar los créditos, con lo que al final el dinero sigue sin fluir y sin recuperarse la economía.

Los Gobiernos endeudados necesitan dinero para financiar sus actividades (pago de sueldos de empleados públicos entre otras partidas) por lo que emiten deuda pública (ya que la creación de dinero desde la unión monetaria se encuentra restringida). Una deuda que las agencias de rating<sup>5</sup> (por cierto entidades privadas contratadas por las mismas entidades bancarias que no dudaron en calificar de gran calidad financiera las hipotecas puestas en circulación para apoyar el negocio de los clientes que les pagaban) consideran bonos basura, es decir, a un escalón de ser inversiones consideradas especulativas. Lo que les obliga a pagar tipos de interés muy alto a quienes invierten en dicha deuda.

Ante el endeudamiento de los Estados, los Gobiernos optan por adoptar políticas de austeridad como respuesta ante la situación. Ello debilita la economía porque se reduce el gasto y con ello se genera menos empleo se perciben menos impuestos e ingresos: más con menos ingresos<sup>6</sup>.

Los parámetros generales son extrapolables al conjunto de los países europeos si bien, España posee características propias que han provocado que los efectos de la crisis resulten aún más graves. Sobre todo porque el modelo económico y productivo español resultaba especialmente proclive a la debacle.

La incorporación a la Comunidad Europea supuso una entrada importante de fondos que permitió el desarrollo de grandes infraestructuras y la realización de obra y vivienda pública con la consiguiente generación de empleo. Asimismo nuestra entrada llevó a la paulatina desaparición de sectores industriales de España que no podían competir con la industria de valor añadido de Francia o Alemania basado en la innovación y la formación, viéndose abocada a un modelo productivo dependiente y poco competitivo basado en la construcción y el sector del turismo o del turismo, caracterizado por una mano de obra intensiva de baja cualificación que cuando la economía está en fase de crecimiento permite una elevada contratación, pero que en época de recesión aboca a que sea este tipo de trabajadores el que antes se vea expulsado del mercado de trabajo. De hecho, en España en la época de bonanza anterior a la crisis, el fácil acceso al mercado laboral en estos sectores para la juventud supuso el abandono de la formación por muchos jóvenes<sup>7</sup> que veían posibilidades inmediatas de conseguir ganancias, lograr un crédito para independizarse y consumir con cierta facilidad. Este tipo de sectores además atrajo a numerosa mano de obra extranjera que impulsó el crecimiento de la economía española. Un crecimiento basado no tanto en el incremento salarial, sino en el incremento numérico de población ocupada en el que mujeres e inmigrantes, ante la ausencia de políticas efectivas de igualdad, permitían el mantenimiento de salarios bajos. El problema en el bienio previo a la crisis

<sup>5</sup> Oligopolio de tres de EEUU: Standar and Poor's; MOodey's: Fitch. China: Dagong Global Credit Ratins. Lo que ha llevado a canciller alemán Angela Merkel a pedir la creación de una agencia europea para contraponer fuerzas y romper con la presión contra el euro.

<sup>6</sup> Receta en la que insiste la propia OCDE: *Perspectivas del empleo 2013*

<sup>7</sup> Según datos de Eurostat, la tasa de abandono escolar temprano se ha reducido en nuestro país entre 2007 y 2011 en 4,5 puntos hasta situarse en el 26,5%, todavía se encuentra muy lejos de las observadas en otros países europeos como Alemania y Francia (11,5% y 12%, respectivamente) o incluso de países periféricos como Grecia, Italia y Portugal (13,1%, 18,2%, 23,2%).

2006-2007 no era por tanto la tasa de empleo (la española con tasas registradas de paro inferior al 8% (4T 2007: INE) estaba en la línea de otras economías desarrolladas como la alemana o la francesa), sino la tasa de temporalidad, especialmente intensa entre el colectivo de jóvenes y de mujeres; una tasa que había doblado la de la UE (rondaba el 10-15%) y superaba el 30% lo que desequilibraba el normal funcionamiento del mercado de trabajo español y lo convertía en uno de los más flexibles, en su conjunto, de su entorno europeo y, especialmente, en el numeroso segmento de trabajadores con contratos de duración determinada<sup>8</sup>

Si a ello unimos un modelo económico especulativo desde los años ochenta (dinero fácil), una política bancaria de facilitación de crédito sin garantías suficientes (hipotecas concedidas por un importe superior al precio de mercado de la vivienda y que suponían un endeudamiento superior al razonable teniendo en cuenta las rentas y garantías financieras del solicitante) y que termina por crear una gran burbuja inmobiliaria. Junto a ello, la disminución de la autonomía nacional para poner en marcha y ejecutar políticas de estabilización macroeconómica (consecuencia de pertenecer a la unión monetaria), permite afirmar que el caldo de cultivo español estaba especialmente preparado para sufrir en mayor medida que otros países europeos la actual crisis.

### 3. DERECHO DEL TRABAJO Y CRISIS

Es en este contexto general de crisis donde comienza la conexión crisis y Derecho del Trabajo.

Nadie duda de que la crisis actual es extra-laboral ni de que, sin embargo, rápidamente se culpabiliza al Derecho del Trabajo y a la rígida regulación del mercado laboral de la mala situación. Y se busca con su modificación encontrar las soluciones a un problema ajeno y estructural.

Toda crisis siempre supone introducir cambios en la regulación de trabajo. Pero no siempre bonanza económica y bienestar van siempre de una mano, ni crisis y reducción de las mejoras sociales conseguidas de otra. La crisis en ocasiones se aborda con políticas tendentes a reforzar la tutela de los derechos sociales como en USA con el *New Deal* tras la crisis de 1929, o en Europa con la República de Weimar –donde por vez primera en una Constitución aparece el adjetivo social para calificar un Estado-, o en la II República española<sup>9</sup>. O incluso en la actualidad la crisis se puede encarar con medidas proteccionistas por parte del Estado: limitando despidos, aumentando el coste, aumentando la protección frente a los riesgos (Argentina)<sup>10</sup>

¿Cómo ha enfrentado la crisis el modelo europeo?

<sup>8</sup> Seminario Nacional España Documento Nacional de Referencia Anticipación y Gestión de las Reestructuraciones en España Abril 2010. Puede encontrarse en: [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CEIQFjAD&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2Fajax%2FblobServlet%3FdocId%3D5751%26langId%3Des&ei=TUBFU\\_ywE4yY0AWekYHYBQ&usg=AFQjCNGRmPUMfLj\\_k9hhHsHlkLjW1zv80g&bvm=bv.64507335.d.d2k](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CEIQFjAD&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2Fajax%2FblobServlet%3FdocId%3D5751%26langId%3Des&ei=TUBFU_ywE4yY0AWekYHYBQ&usg=AFQjCNGRmPUMfLj_k9hhHsHlkLjW1zv80g&bvm=bv.64507335.d.d2k)

<sup>9</sup> BAYLOS GRAU A., “Crisis, modelo europeo y reforma laboral”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14/201, pp. 109 ss. Puede encontrarse en <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-14.html>

<sup>10</sup> HERMIDA URIARTE O. “La crisis financiera global y el Derecho del Trabajo”, Blog de derecho y actualidad de la Facultad FDER.edu

Puede encontrarse en <http://www.fder.edu.uy/contenido/rlll/contenido/licenciatura/documentos/002.pdf>

Ya desde la crisis de los años 90 (Guerra Irak) el Derecho del Trabajo venía siendo acompañado de una de una nueva y animada compañera de viaje: la flexibilidad<sup>11</sup>. Una compañera que siempre ha perseguido la relajación de las normas típicas del Derecho del Trabajo, ya sea en la contratación (tendiendo a la promoción de las formas de empleo flexible y la contratación atípica), en la propia organización empresarial (a través de una más ágil organización y gestión interna de la empresa), o en relación con la institución del despido buscando la rebaja de normas sustantivas formales y procesales como mecanismo para facilitar el ajuste empresarial y la competitividad ante los vaivenes de un mercado absolutamente globalizado y tecnificado. Flexibilidad de entrada, flexibilidad interna y flexibilidad de salida con un único propósito: relajar las normas laborales para que la empresa pueda enfrentar con mayor facilidad y autonomía las transformaciones incesantes de la actividad productiva.

La flexibilidad reclamada por el modelo europeo es consecuencia también de la imparable globalización. La deslocalización, la innovación y la competencia salvaje con salarios a la baja, las nuevas tecnologías, la innovación como valor añadido a la producción, la diferencia como ventaja competitiva, etc., exigen un cambio de modelo productivo y la superación de los viejos modelos fordistas y tayloristas que impiden cambios rápidos y estructuras productivas flexibles con las que competir adelantándose en el mercado mediante la diferenciación e innovación. Cambio de modelo que exige una mano de obra permanentemente adaptable, más formada y con funciones menos rígidas.

La globalización además provoca la progresiva parcelación del mundo en Regiones para hacerla frente. El ámbito nacional, marco dónde el Derecho del Trabajo encuentra su tradicional frontera, se ve superado. Los Estados pierden con ello poder en la economía mundial en favor de los mercados y de las instituciones económicas internacionales, dando entrada a organizaciones no estatales (Banco Mundial, OCDE, FMI, Organización Mundial del Comercio, Unión Europea, Mercosur, entre otras) y a acuerdos de cooperación como el G20 que terminan por reducir la soberanía de los Estados imponiéndoles sus recetas incluso aunque ello sobrepase las competencias cedidas. Una gobernanza sin gobierno que presenta el mercado como instrumento de regulación no solo económica, sino social, es decir, que resucita los bien conocidos argumentos del *laissez faire, laissez passer* de Adam Smith o al menos recuerdan a los planteamientos iniciales consagrados en el Tratado de Roma originario.

El virus de la flexibilidad y la desregulación en Europa se inocua a través de las políticas de empleo, estando orquestado por las propias instituciones comunitarias. En concreto, a partir del «Libro Blanco de Delors» (Presidente de la Comisión Europea) de 1993 sobre el crecimiento, la competitividad y el empleo, donde en materia laboral se apostaba por un nuevo modelo de desarrollo que permitiera disminuir los costes laborales y aumentar la productividad y la realización de más políticas activas para luchar contra el paro, principalmente el juvenil y de larga duración.

Como en otros países europeos, en España, que pertenecía a la Unión Europea (en aquél entonces Comunidades Europeas) desde 1986, las nuevas propuestas también tuvieron una inmediata repercusión dando lugar a la mayor reforma sufrida por el Estatuto de los Trabajadores desde su aprobación en 1980, una reforma no pactada que terminó por provocar la refundición del Estatuto de los Trabajadores dando lugar al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El cambio flexibilizador fue manifiesto: con una clara retirada de espacios tradicionales de la ley a favor de la negociación colectiva y afectando

---

<sup>11</sup> En España la EM de la reforma más relevante que hasta el momento había tenido el Estatuto de los Trabajadores de 1980, la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23), es clarividente en este sentido.

a la gran mayoría de las instituciones laborales para dotar a la vez al empresario de mayores poderes empresariales de gestión<sup>12</sup>.

Y la flexibilidad fue calando en toda Europa progresivamente mediante reformas laborales que relajaban las normas que rigen el trabajo temporal, pero dejando incólume la protección de los trabajadores permanentes, lo que dio lugar a una creciente segmentación del mercado de trabajo<sup>13</sup> y a un incremento de formas atípicas de trabajo de la que los empresarios se sirven como elemento de flexibilidad de *facto*. El hecho de que el trabajo se decline en plural, ha llevado a la búsqueda de nuevos marcos reguladores en los que al mismo tiempo se asegure un razonable nivel de flexibilidad que permita a los empresarios adaptarse a los cambios procedentes de un mercado progresivamente más abierto y competitivo, y un igualmente razonable nivel de seguridad en el empleo y en la protección social a los trabajadores: la conocida como “flexiguridad”<sup>14</sup>

La flexiseguridad se basa originariamente en el sistema danés e inicialmente se sustentaba en un denominado “triángulo dorado” integrado por: a) flexibilidad en la relación de trabajo, b) sistema generosos de prestaciones por desempleo, c) y una nueva política de activación del mercado de trabajo que supere las políticas pasivas y se centre en mantener la empleabilidad de las personas a lo largo de su vida (aprendizaje de por vida)<sup>15</sup>. Su recepción en el Libro Verde “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”<sup>16</sup> transita hacia una ya elaborada noción en la Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y seguridad de 2007”<sup>17</sup> donde ya se explicitan sus cuatro componentes esenciales: a) disposiciones contractuales y organización del trabajo flexibles y fiables tanto desde la perspectiva del empleador como la del empleado mediante una organización del trabajo moderna, b) políticas activas de mercado laboral eficaces que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, periodos de desempleo, la reintegración y, sobre todo, que faciliten la transición hacia nuevos puestos de trabajo para asegurar el elemento de seguridad en la transición de un puesto de trabajo a otro, c) aprendizaje efectivo de por vida para garantizar la permanente adaptabilidad y empleabilidad de todos los trabajadores permitiendo a las empresas mantener altos índices de productividad, lo que incluye disposiciones que permitan la conciliación. Y se añade como elemento crucial: d) el diálogo social “alentador y productivo” para la introducción de las políticas de flexiseguridad integrales que cubren estos componentes.

La flexiseguridad se ha proyectado sobre todos los países de la Unión Europea a través de las políticas de empleo y del MAC (Método abierto de coordinación). Pero el problema real es que, en la actualidad, la idea de equilibrio que la sustentaba se ha perdido, llevando a los Gobiernos a promover exclusivamente la flexibilidad y la seguridad, pero sólo de los empresarios en cuanto a que sus

<sup>12</sup> Ley 10/1994 de 19 de mayo y Ley 11/1994, de 19 de mayo, reformas socialistas

<sup>13</sup> RECIO A., “La segmentación del mercado de trabajo en España”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en España*, Madrid (Siglo XXI), 1995, 2ª ed., p. 101.

<sup>14</sup> Para una detallada evolución del concepto *vid.* VALDÉS DAL-RE F., LAHERA FORTEZA J., “La flexiseguridad laboral en España”, *Fundación Alternativas*, núm. 157, 2010, pp. 24 ss

<sup>15</sup> BLANCAS C., “Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral”, *Revista Derecho PUCP*, núm. 68, 2012, pp. 383-402; AUER P., “Seguridad de los mercados laborales: combinando flexibilidad y seguridad para el trabajo decente”, *Documento OIT sobre los mercados económicos y laborales*, núm. 3, 2008, OIT, Ginebra, pp. 3-4, [http://www.ilo.org/empelm/pubs/WCMS\\_113925/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/empelm/pubs/WCMS_113925/lang--es/index.htm)

<sup>16</sup> Bruselas, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final.

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Bruselas, 27-6-2007, COM (2007) 359 final Disponible en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

decisiones no van a ser cuestionadas por órganos administrativos o judiciales ajenos a la empresa. Al menos eso es lo que dejan claramente traslucir las últimas reformas laborales en España<sup>18</sup>.

#### 4. REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA ANTE LA CRISIS

La crisis en España se afronta con variadas normas y desde dos perspectivas diferentes, ambas centradas en la flexibilización de las relaciones laborales.

De un lado, el Gobierno socialista aprobó el Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral del mercado de trabajo que, tras su tramitación parlamentaria, se convierte en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Con dicha Ley se modificaban varios aspectos de la relación laboral tanto para promover la flexibilidad interna (facilitando la modificación de las condiciones de trabajo, así como la suspensión temporal de los contratos y la reducción de la jornada laboral), pero también la externa (facilitando la entrada y la salida del mercado de trabajo rebajando el rigor de las causas de despido objetivo). Asimismo, el Gobierno socialista procedió a una importante reforma de la negociación colectiva mediante el Real Decreto Ley 7/2011, d 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que no pudo ser ratificado como Ley al adelantarse las elecciones (20 noviembre de 2011). Estas reformas modificaban el texto básico regulador de las relaciones laborales en España: el Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

Fruto de las nuevas elecciones, y ante la mayoría absoluta del Gobierno del partido popular, conservador, se comenzaron a preparar las reformas anunciadas en su programa. En materia laboral, dieron lugar al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que tras algún cambio en el proceso de su tramitación como ley, se convirtió en la Ley 3/2012, de 6 de junio. Esta norma abordaba los mismos aspectos que las anteriores pero de un modo mucho más liberalizador y flexibilizador, sobre todo en relación con la flexibilidad externa al eliminar la autorización administrativa para los despidos colectivos y rebajar el coste de la indemnización para el despido declarado improcedente. Posteriores reformas, ya sólo de ajuste o profundización flexibilizadora en algunas materias<sup>19</sup>, abocaron a una nueva refundición en el que quedaron integradas las mismas: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET 2015).

En términos generales puede afirmarse que aunque los problemas son los mismos y las instituciones laborales afectadas por las reformas son comunes y persiguen el mismo objetivo de dotar de mayor flexibilidad a las relaciones laborales, el enfoque es ciertamente diferente. Así, la flexibilidad propiciada por el Gobierno progresista tiene como elemento aglutinador el de buscar una flexibilidad “negociada”, en el que la participación de los sujetos colectivos para adecuar las condiciones de trabajo a las nuevas realidades y a la crisis es determinante. Por el contrario, la reforma conservadora busca

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO Y FERRER M., “Las claves de la reforma laboral de 2012”, *Tres décadas de Relaciones Laborales en España*, (Universidad de Sevilla), 2015, p. 460

<sup>19</sup> Además de normas al margen del Estatuto de os Trabajadores y que afectan al sector público, con modificaciones de la negociación colectiva de los empleados públicos no funcionarios, se producen cambios en la contratación temporal y de flexibilización del contrato a tiempo parcial en virtud del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto (posteriormente Ley 1/2014, de 28 de febrero, que modificaba también la comisión negociadora durante el periodo de consultas en los procesos de modificación de condiciones de trabajo, suspensiones, reducciones de jornada y extinciones para que se lleve a cabo “en una única comisión negociadora” derogando la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo como se preveía hasta ese momento), y el RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

alcanzar el objetivo de modo inmediato, a través de la potenciación del poder de dirección y organización unilateral del empresario. Incluso aunque en algunos aspectos, se vea sometido su poder a un control colectivo previo, pero no decisorio, salvo en la inaplicación de convenios colectivos como luego se dirá. Lo novedoso no son así pues los objetivos, cuanto la intensidad de los cambios<sup>20</sup>; una intensidad reconocida en el propio texto normativo donde el propio Preámbulo afirma que se trata de una reforma “de envergadura”.

El importante impacto que la reforma de 2012 ha tenido en el sistema español de relaciones laborales ha llevado a calificarla de una reforma con un “grado de radicalidad desconocido” hasta el momento, que ha provocado graves consecuencias para los trabajadores al debilitar su capacidad de negociación y provocar un agudo proceso de devaluación salarial<sup>21</sup>.

Conviene así exponer algunas de las instituciones más directamente afectadas a lo largo de la crisis y proceder a dar una visión muy sintética y general de la regulación actual que ponen de manifiesto el alejamiento, cuando no muerte, del sistema europeo de flexiseguridad.

## 5. FLEXIBILIDAD DE ENTRADA

Las líneas generales que en materia de flexibilidad se proclamaban en Europa apostaban por una “política *activa* de empleo” en sus dimensiones de cualificación profesional y fomento del empleo. Se trata de potenciar las políticas *activas* de empleo, especialmente para determinados colectivos que se consideran más vulnerables (como mujeres, jóvenes o personas mayores), haciendo hincapié en el aprendizaje permanente para toda la vida, tanto para trabajadores en activo como para desempleados, para permitir su adaptabilidad a los cambios productivos, garantizando que todos los adultos puedan acceder a una nueva formación. La individualización de las políticas activas, tratando de realizar itinerarios personalizados, de asesoramiento especializado y de acciones formativas hechas a la medida de cada desempleado para su rápida incorporación al mercado de trabajo es otra de las directrices comunitarias. Para contribuir a la colocación de trabajadores se propone reconocer modalidades lícitas de prestamismo laboral, como las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) y de mejorar la intermediación y colocación en el mercado de trabajo permitiendo la participación de servicios privados de empleo junto a los tradicionales servicios públicos, facilitando su coordinación y eficiencia.

Asimismo la flexibilidad de entrada se centra en la regulación de vías contractuales que faciliten el acceso al mercado de trabajo. Frente al modelo clásico de contrato de trabajo indefinido con jornada completa, se proponen nuevas fórmulas contractuales flexibilizadas en su contenido y en su extinción como mecanismo para evitar la destrucción de empleo o la huida del contrato de trabajo. Inicialmente se fomentan modalidades contractuales temporales y jornadas parciales, con menores costes extintivos y dotados de mayor flexibilidad (minijob, call contract, etc), si bien es cierto que aun siendo esta flexibilización la nota imperante en los años anteriores a la crisis, en la actual crisis las propuestas se dirigen más a la lucha contra la temporalidad laboral y la segmentación laboral, buscando fórmulas para su progresiva homogeneización con el contrato indefinido, aproximación de costes que en definitiva se traduce en aumento de costes de los temporales y rebajas para los indefinidos, o la unificación formal de todos ellos como en las propuestas del contrato único.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO Y FERRER M., “Las claves de la reforma laboral de 2012”, *Tres décadas de Relaciones Laborales en España*, (Universidad de Sevilla), 2015, p. 460

<sup>21</sup> PÉREZ INFANTE J.I., “Las reformas laborales en la crisis económica: su impacto económico” *Ekonomiaz* N.º 87, 1.º semestre, 2015, p. 253



La plasmación de estas líneas de tendencia en España ha sido paulatina, si bien la reforma de 2012 ha supuesto una inclinación de la balanza hacia el lado de una desconocida flexibilidad.

**Intermediación.** En España a lo largo de diferentes reformas que pueden enmarcarse dentro de la tendencia hacia la flexibilización de las relaciones laborales se fueron incorporando nuevos agentes intermediarios en la colocación de los trabajadores como las agencias privadas y las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), pasándose de un sistema anclado en el tradicional modelo de monopolio de servicios públicos de empleo prohibitivo de cualquier práctica de cesión de mano de obra a un modelo en el que a partir de 1994 se admiten las Empresas de Trabajo Temporal, la presencia de agencias privadas de colocación al año siguiente si bien limitadas a las que actuaban sin ánimo lucrativo, pero permitiéndose incluso las que persiguen ánimo de ganancia a partir del año 2010. El avance de la privatización deja a los servicios públicos de empleo básicamente la gestión de la política activa de empleo (programas de formación profesional y de fomento del empleo), así como de las pasivas (prestaciones y subsidios de desempleo) perdiendo protagonismo en las tareas clásicas de intermediación, colocación y formación salvo para los grupos de población con mayores dificultades como jóvenes discapacitados o trabajadores maduros.

Aunque la centralidad de los servicios públicos de empleo era reivindicada por el Libro Verde para favorecer las transiciones entre un empleo y otro, la realidad demuestra con creces que han experimentado una clara regresión tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, es decir, de la diversificación y eficacia de las acciones llevadas a cabo por ellos en función de los diferentes tipos de desempleados<sup>22</sup> y que se ha pasado de un régimen de monopolio público a un modelo liberalizado y competitivo en línea con lo que ocurre en otros países europeos, generándose un verdadero mercado de los servicios relacionados con el empleo<sup>23</sup>.

Las reformas conservadoras de los últimos años dan un paso más al romper con la obligación de actividad exclusiva de puesta a disposición de mano de obra temporal que caracterizaba a las ETT permitiendo que se conviertan en operadoras multiservicio dentro del mercado de trabajo al poder ahora actuar también como agencias privadas de colocación con ánimo de lucro (intermediación y colocación) y que utilicen más modalidades contractuales a la hora de proceder a la cesión temporal<sup>24</sup>.

**Contratación.** La creciente segmentación del mercado laboral español, una de las más altas de Europa, ha llevado a que en el régimen de flexiseguridad se llame la atención sobre la necesaria rebaja de costes de los contratos estables como vía para fomentarlos y provocar que los empresarios no necesiten acudir a vías temporales más que cuando la temporalidad sea realmente estructural. Llama la atención que en todos los países europeos se hayan admitido nuevas formas contractuales estables que han flexibilizado su contenido y rebajado el coste de su extinción y ello, sin embargo, no haya reducido la destrucción de empleo, lo que demuestra que la reducción del nivel de tutela de los trabajadores estables no evita de modo automático la destrucción de empleo<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ R., “La aplicación de la Reforma Laboral de 2012 o el anunciado *requiem* por la flexiseguridad”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 88

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., “El nuevo marco para la formación, contratación e inserción laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013,

<sup>24</sup> El Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo permite ya la celebración de contratos para la formación y aprendizaje con los trabajadores para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, lo que hasta este momento no era posible.

<sup>25</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *cit.*, p. 75

La alta segmentación laboral en España llevó, en un alarde de compromiso democrático, a que los agentes sociales firmaran un gran Acuerdo en 1997<sup>26</sup> con el objeto de evitar la utilización abusiva y fraudulenta de la contratación temporal de corta duración. En dicho Acuerdo, por vez primera, los sindicatos admitieron traspasar una de las líneas rojas de negociación cual era la del coste del despido. En concreto se admitió la creación de un nuevo contrato, el *contrato de fomento de la contratación indefinida*, limitado a ciertos colectivos de trabajadores más vulnerables (jóvenes hasta 29 años, personas con discapacidad y personas a las que se convierta en indefinido su contrato temporal) cuya contratación se pretendió favorecer estableciendo un régimen indemnizatorio más favorable para el empresario en el supuesto de despido por causas económicas en caso de ser declarado improcedente, pasándose de pagar una indemnización de 45 días con un máximo de 42 mensualidades a una indemnización de 33 días con un máximo de 24 mensualidades, si bien sólo par tales contratos. Conociendo el peligro de abrir la puerta a una rebaja generalizada del despido, se delimitaba temporalmente su vigencia a un periodo de 4 años.

Los temores resultaron ciertos cuando transcurrido dicho periodo, se decidió por el Gobierno conservador<sup>27</sup>, y ya sin acuerdo con los agentes sociales, extender la vigencia de dicho contrato incluyendo a nuevos colectivos (mujeres en sectores infrarrepresentados, parados de más de 6 meses) apelando al gran éxito cosechado que, en realidad, fue debido sobre todo a la regularización de las bolsas fraudulentas de contratos temporales, estableciéndose una penalización en la finalización de contratos por obra y servicio y eventuales al llegar su extinción con una indemnización de 8 días por año trabajado para frenar este tipo de contratos.

Este contrato para el fomento de la contratación indefinida ha quedado derogado con la reforma de 2012 al haberse extendido este régimen indemnizatorio a todos los supuestos de despido improcedente cualquiera que sea la modalidad de contratación. En su lugar se ha creado una nueva modalidad contractual que pretende formalmente incentivar la contratación indefinida en lugar de la temporal. El novedoso *contrato indefinido*, denominado *contrato de apoyo a los emprendedores* dirigido a empresas que tengan menos de 50 trabajadores que debe celebrarse por tiempo indefinido y a jornada completa, con igualdad de derechos legales y convencionales con el resto de empleados y dotado de ayudas económicas para promoverlo, exige el mantenimiento del contrato por un mínimo de tres años y prohíbe que determinadas empresas que han amortizado irregularmente puestos de trabajo lo puedan usar para evitar el efecto sustitución de unos trabajadores por otros. Pero dicho contrato, presenta una gran peculiaridad frente al resto de contratos indefinidos en materia de periodo de prueba. Se prevé un periodo de prueba de un año “en todo caso”, es decir por mandato legal y sin que ni la voluntad de las partes, ni la negociación colectiva, puedan limitar o condicionar su ejercicio. La desnaturalización de la figura del periodo de prueba es evidente, como también lo es que resulta cuestionable su conformidad con los compromisos internacionales<sup>28</sup>. De hecho, pronto dio lugar a alguna sentencia de instancia<sup>29</sup> considerando que la extinción durante dicho periodo de prueba debe calificarse como despido improcedente por contravenir la regulación legal el Derecho Internacional, y en concreto el artículo 4.4 de la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España donde se reconoce el derecho de los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo extrapolando

<sup>26</sup> Acuerdo Interconfederal para la estabilidad del empleo. Puede encontrarse en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9797120229A/32568>

<sup>27</sup> Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

<sup>28</sup> SALCEDO BELTRÁN M.C., El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional como europea y nacional”, *Revista de Derecho Social* núm. 62/2013

<sup>29</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de Noviembre de 2013, autos 426/13

una decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>30</sup> en respuesta a una queja de los sindicatos griegos sobre una de las normas dictadas como consecuencia de la intervención europea y que extendía el periodo de prueba a todos los trabajadores con independencia de cuál fuera su cualificación profesional. Después sería el propio Comité Europeo de Derechos Sociales quien señalara que “la falta de preaviso y la ausencia de indemnización no previstos en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no es conforme a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea”<sup>31</sup>. Del mismo modo las organizaciones sindicales más representativas españolas (UGT y CCOO) presentaron una queja ante la OIT alegando la vulneración del Convenio OIT núm. 158 por considerar que con esta regulación del periodo de prueba se instaura un despido sin causa y sin indemnización adecuada<sup>32</sup>.

Pese a ello, este periodo de prueba ha sido considerado conforme con la Constitución española por nuestro Tribunal Constitucional<sup>33</sup>, sin mencionar ninguna obligación internacional, doctrina seguida por los órganos judiciales<sup>34</sup>. Tampoco el TJUE parece considerar que se vulnere ya que, aunque se declara incompetente para examinar la cuestión planteada, deja claro que el Derecho de la UE “no impone ninguna obligación concreta por lo que respecta a los períodos de prueba en los contratos de trabajo”<sup>35</sup>. Y ante la queja presentada por los sindicatos españoles, el Comité de la OIT que la examinó reitera que corresponde a cada país establecer la duración del periodo de prueba siempre que tal determinación se haga “de buena fe” y considera que todavía no cuenta con criterios suficientes para determinar la razonabilidad del estipulado en el contrato de apoyo a los emprendedores, por lo que invita al Gobierno español a aportarlos y alcanzar acuerdos con los agentes sociales<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Decisión de 23 de mayo de 2012 (reclamación 65)

<sup>31</sup> Conclusiones XX-3 (2014), emitidas en Enero de 2015

<sup>32</sup> <http://www.ugt.es/actualidad/2012/mayo/Queja%20OIT%20RDL%203-2012%20Despido.pdf>

<sup>33</sup> STC 119/2014, con un duro y razonado voto particular del Magistrado y Catedrático de Derecho del Trabajo, Fernando Valdés Dal-Re.

<sup>34</sup> STSJ Cataluña Pleno 22 de junio de 2015 (rec. 134/2015) o de 1 de marzo 2016, rec. 6039/2015; TSJ Castilla y León (Valladolid) de 22 de abril 2015 (rec. 164/2015), entre otras.

<sup>35</sup> (STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-117/14, Grima Janet Nisttahuz Poclava y José María Ariza Toledano) por no ser un contrato de duración determinada comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, por entender que el artículo 151 TFUE, que expone los objetivos de la Unión y de los Estados miembros en materia de política social, “no impone ninguna obligación concreta por lo que respecta a los períodos de prueba en los contratos de trabajo” y porque tampoco lo imponen las “orientaciones y recomendaciones en materia de política de empleo adoptadas por el Consejo en virtud del artículo 148 TFUE”. Sin que, por otra parte, “el hecho de que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores pueda financiarse con cargo a los fondos estructurales no es en sí mismo suficiente para considerar que la situación analizada en el litigio principal implique una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta” (ap. 41). En definitiva, ratifica lo mantenido al examinar el «contrat nouvelles embauches» (contrato de nuevas contrataciones para el fomento del empleo) francés, donde resolvió que “aunque la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato de trabajo sea uno de los medios que permiten alcanzar los objetivos fijados por el artículo 151 TFUE y el legislador de la Unión tenga atribuidas competencias en este ámbito, en las condiciones establecidas en el artículo 153 TFUE, apartado 2, no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión situaciones que no han sido objeto de medidas adoptadas con fundamento en esos artículos (*Polier*, C-361/07)”.

<sup>36</sup> Informe llevado a cabo en la 321ª reunión en Ginebra, el 13 de junio de 2014. Para el Comité de la OIT los convenios internacionales del trabajo son normas mínimas, aceptadas a nivel internacional, que protegen los derechos fundamentales de los trabajadores, si bien considera que aunque las funciones básicas de las normas internacionales del trabajo siguen siendo las mismas, sus disposiciones deben ser aplicadas a la luz de distintos contextos históricos y ciclos económicos. Invita al Gobierno español a aumentar sus esfuerzos para reforzar el diálogo social y, en consulta con los interlocutores sociales, a encontrar soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el Convenio núm. 158. El Comité

Bendecido el “despido libre y gratuito” durante el primer año para las PYMES y Autónomos con menos de 50 trabajadores, este contrato continúa vigente en tanto en abril de 2017 la tasa de desempleo seguía siendo superior al 15% (en concreto: 17,8%). Sin que, por otro lado, sea fácil que el Gobierno ni los sindicatos puedan dar datos del uso, o uso abusivo, de la extinción de estos contratos días antes del término del año de prueba al tratarse de trabajadores precarios que normalmente no reclaman y aunque lo hagan terminen por meterse en procedimientos de imposible final feliz, ante la prueba diabólica que para ellos supone estimar que se hizo un uso abusivo de una norma legal que permite dicha extinción y que ha sido bendecida por el Tribunal Constitucional (SSTC 119/2014 y 8/2015). En todo caso, por si fuera difícil la contratación a través de esta vía, el RD Ley 16/2013, de 22 de diciembre, fomentó aún más su utilización al permitir que pueda realizarse a tiempo parcial, frente a su regulación inicial que lo condicionaba a la realización a jornada completa.

Precisamente la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial ha sido también uno de los aspectos modificados por la reforma de 2012 para favorecer la creación de empleo. Frente al modelo anterior, que no permitía hacer horas extraordinarias, ahora se permite su realización en proporción a la jornada pactada y se permiten tanto en los contratos indefinidos como de duración determinada a tiempo parcial.

Finalmente, en materia de contratación temporal, la reforma de 2012 introduce un nuevo régimen jurídico para el contrato de formación y aprendizaje, fomentadas en posteriores normas<sup>37</sup>, cuya finalidad formativa no consigue superar a su finalidad de medida de fomento de empleo y de vía precaria de entrada al mercado laboral. La posibilidad de que la empresa pueda impartir directamente la formación, la reducción del tiempo dedicado a la formación en el segundo y tercer año de vigencia y la mayor elasticidad en el momento de impartirla, cuestionan que al final se logre una mejora de los niveles de empleabilidad de los jóvenes.

Por otra parte, desde Europa (Libro verde) se apostaba por otorgar un mayor grado de protección a los trabajadores temporales, pero la legislación de los diferentes países sólo ha avanzado tímidamente en esa dirección sin que se hayan adoptado medidas eficaces para combatir el fraude de ley. En España el Gobierno conservador continuó la reforma en 2013 con medidas destinadas a limitar la precariedad

---

resalta que el contrato de apoyo a los emprendedores sólo se pueda realizar por empresas de menos de 50 trabajadores (el 99,23 % de las empresas españolas) y que se incluyan previsiones para evitar que el período de prueba sea utilizado de forma abusiva (imposibilidad de utilizarse por trabajadores temporales previamente contratados por la empresa y prohibición de su uso por empresas que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado despidos por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial, o hubiera procedido a un despido colectivo) así como el carácter temporal de esta modalidad (previsto sólo hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%). También destaca que esta modalidad contractual fue establecida sin diálogo social. Considera que el art. 2.2.b) del Convenio núm. 158 no contiene una definición de período de prueba ni de lo que debe entenderse por duración razonable del período de prueba, habiendo ya señalado en el párrafo 40 del Estudio General de 1995 sobre el Convenio núm. 158, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que “corresponde a cada país determinar los períodos que se consideran razonables, siempre que tal determinación se haga de buena fe” precisando la Comisión de Expertos que “el único requisito establecido en el Convenio es que la duración del período se fije de antemano, en particular para que el trabajador tenga presentes las condiciones de su contratación y para evitar que dicho período se prolongue indebidamente”. Pero considera que no tiene datos para saber si es razonable en su aplicación práctica. Por ello: “el Comité invita al Gobierno a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio” (ap. 247).

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_247068.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf)

<sup>37</sup> Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia

en el empleo, aumentando, por ejemplo, la cotización por desempleo de los contratos de menos de tres meses de duración, y tratando de dotar de mayor seguridad a los contratos a tiempo parcial, fijando límites mínimos en su prestación laboral. Pese a ello, en los últimos años se ha incrementado mucho el número de trabajadores temporales y, pese a la declarada voluntad de evitar la segmentación del mercado de trabajo, el propio Gobierno ha introducido el “contrato de primer empleo joven” (RDL 4/2013), un contrato temporal para el fomento del empleo cuya única causa no es una necesidad empresarial, sino una causa “laboral”: otorgar una primera oportunidad de trabajo a los jóvenes.

El panorama nacional debe completarse con la política de ambos Gobiernos de potenciar el trabajo autónomo. El número de trabajadores autónomos que, en muchos supuestos, no son tales sino una huida fraudulenta del contrato de trabajo, ha llevado a la extensión de derechos a los autónomos económicamente dependientes (Italia, parasubordinati, España TRADE en 2007<sup>38</sup>). Junto a ello, el nuevo Gobierno conservador ha potenciado esta vía de entrada al mercado especialmente en relación con los jóvenes menores de 30 años dentro de la denominada Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016<sup>39</sup>, para rebajar los índices de desempleo juvenil (tarifa plana en la cotización de la Seguridad Social durante 9 meses; compatibilidad de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia; ampliación de las posibilidades para que se pueda capitalizar la prestación por desempleo, hasta el 100%, para realizar aportaciones al capital social de todo tipo de sociedades mercantiles, siempre y cuando se establezca una relación de carácter indefinido con la empresa y que se trate de una empresa de nueva creación; posibilidad de reanudar el cobro de la prestación por desempleo tras realizar una actividad por cuenta propia si antes del quinto año se produce baja en el régimen de autónomos, etc<sup>40</sup>). A pesar de ello los últimos datos de la Comisión Europea indican que el 35% de los autónomos de entre 25 y 39 años en España está en riesgo de pobreza (por debajo del 60% de la renta media anual), sólo por debajo de Rumanía, a pesar de las medidas de apoyo al emprendimiento, indicando que la principal causa del problema reside en los falsos autónomos<sup>41</sup>.

## 6. FLEXIBILIDAD INTERNA

Las tendencias europeas desde hace años buscan potenciar la flexibilidad interna como alternativa al despido mediante la ampliación y potenciación del poder del empresario para introducir modificaciones en las condiciones de trabajo. Ampliación que progresivamente aumenta su espacio dotando de unilateralidad empresarial a decisiones que previamente establecía unos más rigurosos controles bien por parte de la negociación colectiva, bien mediante controles de carácter administrativo. Se trata de medidas que afectan a las tareas desarrolladas por el trabajador, al alcance del poder empresarial de especificación, de modificación temporal o definitiva de las funciones y de otras condiciones de trabajo, como el tiempo, el salario o el lugar en que se desarrolla.

En España ya antes de la crisis se habían fomentado la flexibilidad interna sobre todo con el cambio de modelo 1994, pero es con la legislación de crisis cuando se profundiza en ella si bien con distinta óptica y enfoques según se trate de un gobierno socialista con un gobierno popular y conservador. Así mientras que en 2010 los socialistas dejan que sea la propia negociación colectiva la que impulse la

<sup>38</sup> Sobre estos colectivos *vid.*, la Revista *Documentación Laboral* núm. 98/2013. En Francia no hay una regulación específica sino que se extienden algunas disposiciones del Código de Trabajo a ciertas profesiones y actividades ejercidas por trabajadores independientes.

<sup>39</sup> [http://www.empleo.gob.es/ficheros/garantiajuvenil/documentos/EEEJ\\_Documento.pdf](http://www.empleo.gob.es/ficheros/garantiajuvenil/documentos/EEEJ_Documento.pdf)

<sup>40</sup> Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

<sup>41</sup> Chart 3.31: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8030&furtherPubs=yes>

flexibilidad interna, propiciando que sea la negociación en la empresa la que regule esta flexibilidad, la reforma conservadora de 2012 reduce los espacios pagados al autonomía colectiva e incluso la individual, para trasladarlos directamente al poder unilateral del empleador.

De este modo las reformas de 2012 han actuado sobre varios frentes. En primer lugar, se abandona el sistema de categorías profesionales (más propio del sistema de producción fordista) imponiendo obligatoriamente uno más flexible de “*grupos profesionales*” en los que los trabajadores se agrupan por tareas y responsabilidades. Con ello se amplía el poder absoluto del empresario a la hora de especificar el objeto del contrato de trabajo y poder modularlo sin control ni causa, ampliando su poder de especificación. Junto a la movilidad unilateral dentro del grupo, la movilidad funcional descendente también se amplía mediante la relajación de las exigencias causales que la permiten, eliminando la exigencia de necesidades perentorias o imprevisibles de la organización productiva siendo suficiente una causa técnica u organizativa.

Dentro de esta potenciación del poder de dirección unilateral del empresario se inscribe también la *distribución irregular de la jornada de trabajo* que antes de la crisis venía siendo regulada por la negociación colectiva y los acuerdos de empresa, pero que en la legislación de crisis -tanto socialista como conservadora- se permite poner en marcha unilateralmente por el empresario en un porcentaje máximo (5% en 2011 y 10% en 2012) en defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>42</sup>.

Asimismo la *modificación sustancial de condiciones de trabajo* se ha ampliado enormemente con la reforma de 2012. No sólo por la ampliación de las condiciones de trabajo susceptibles de ser modificadas, incluyendo expresamente la cuantía salarial, sino por la relajación de la definición de las causas que permiten dicha modificación al exigirse tan sólo que existan razones relacionadas con la competitividad, productividad u la organización del trabajo la empresa, eliminando las anteriores exigencias finalistas que obligaban a un juicio de razonabilidad entre la medida adoptada y la causa alegada. Relajación causal que se traslada igualmente a la movilidad geográfica. Asimismo se reducen los espacios de intervención de los representantes de los trabajadores en la conformación de la decisión empresarial ampliándose el ámbito de las modificaciones sustanciales individuales/plurales de decisión unilateral del empleador al considerar ahora el art. 41 ET que la modificación de condiciones reconocidas por acuerdo o pacto colectivo, o decisión unilateral del empleador con efectos colectivos es individual o colectiva sólo en función del número de trabajadores afectados -y no siempre colectiva como se preveía antes de la reforma de 2012<sup>43</sup>-. Se confía la modificación al poder unilateral del empresario, sin obstáculos o resistencias oponibles por la voluntad colectiva o la individual de *todas las condiciones pactadas a título individual o individual con efectos colectivos*<sup>44</sup>, incluida la cuantía salarial que no parecía poder modificarse antes de la reforma de 2012. La modificación individual o plural sólo exige su notificación a los afectados y a los representantes de los trabajadores, pero sin necesidad de un previo periodo de consulta con los representantes de los trabajadores. Al igual que

<sup>42</sup> Ciertamente con unas garantías de preaviso para el trabajador y respetando los periodos mínimos de descanso.

<sup>43</sup> Antes de la reforma de 2012, salvo alguna excepción (horario y funciones), el carácter colectivo o individual y su procedimiento (con o sin intervención de los representantes de los trabajadores) dependía del origen o fuente de regulación de la condición que se pretendía modificar por el empresario. De este modo se exigía procedimiento colectivo cuando la condición de trabajo se contenía en un acuerdo o pacto o decisión colectiva. Y el procedimiento individual cuando la empresa quería modificar una condición de trabajo disfrutada a título individual por el trabajador (en el contrato de trabajo o como condición más beneficiosa individual)

<sup>44</sup> Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos

antes de la reforma de 2012, sólo se prevé un breve periodo de consultas de máximo de 15 días cuando la modificación sustancial sea “colectiva” es decir, afecte en un periodo de 90 días al menos a un determinado umbral de trabajadores<sup>45</sup>. Pero dicho periodo de consultas actualmente puede realizarse con los representantes legales de los trabajadores, pero también (y como novedad) con una comisión elegida por los propios trabajadores de la empresa (3 máximo) en caso de inexistencia de éstos. El empresario puede decidir unilateralmente la reducción de las condiciones laborales incluido el salario sin otra posible para el trabajador que la de seguir trabajando por nuevo salario o rescindir su contrato de trabajo con la indemnización de 20 días de salario por año de servicio sin perjuicio de la impugnación judicial de la decisión empresarial para que el juez examine su justificación causal. La modificación de condiciones de trabajo, antes considerada como un poder extraordinario, se convierte en claro instrumento de gestión de las relaciones laborales en la empresa<sup>46</sup>

El modelo español concibe así la flexibilidad interna como derecho "individual" del empresario, lo que ha permitido a los estudiosos de otros países calificar a la reforma española en este extremo de "primera experiencia europea"<sup>47</sup>

Cierto es que cuando se quiere llevar a cabo la modificación sustancial de esas mismas condiciones, incluida la cuantía salarial -que no parecía poder modificarse antes de la reforma de 2012-, pero dichas condiciones están reconocidas en un convenio colectivo (de empresa o sectorial) estatutario (es decir, eficacia personal general y fuerza jurídica teóricamente normativa) dicha modificación sólo puede realizarse mediante un “acuerdo” de inaplicación o descuelgue entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sin que sea posible, en tal caso, la mera decisión unilateral de la empresa. Si bien, como luego se dirá, la negociación colectiva se configura en la legislación de crisis definitivamente como un mecanismo más de flexibilidad añadido por la reforma a favor de la empresa.

Del mismo modo se ha potenciado la posibilidad de proceder a *suspensiones de contratos de trabajo y a la reducción temporal de jornada*<sup>48</sup> como mecanismo de flexibilidad interna. La reducción de la jornada ya se reguló de modo sustantivo con la reforma de 2010, pero la novedad reside en el procedimiento, al redefinirse las causas de modo más laxo (no exigiendo ya al empresario la demostración de la razonabilidad de la medida para contribuir a prevenir una situación negativa de la empresa o mejorar su situación) y agilizando el procedimiento mediante la supresión de la autorización administrativa. No obstante, a diferencia de la modificación de otras condiciones de trabajo, la decisión empresarial aquí siempre está sujeta en todo caso a un previo e igualmente breve periodo de consultas cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y de los afectados por la suspensión.

Asimismo, se conocen en los distintos países medidas de congelación y de reducción salarial pactadas en los propios convenios y, en España e Italia, minoraciones o congelaciones de las retribuciones del personal de las Administraciones Públicas con el objetivo de reducir el déficit público, lo que ha

<sup>45</sup> En concreto se consideran modificaciones de carácter colectivo las que, en un período de noventa días, afecten al menos a: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, c) 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO Y FERRER M., “Las claves de la reforma laboral de 2012”, *Tres décadas de Relaciones Laborales en España*, (Universidad de Sevilla), 2015.

<sup>47</sup> Como expone CASAS BAAMONDE M.E., “Empleo y flexibilidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 17

<sup>48</sup> La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor

supuesto una pérdida de capacidad adquisitiva, aparte de una intensa devaluación interna. En España se optó por suprimir temporalmente la paga extra de navidad de los funcionarios como medida contra la crisis, siendo devuelta la mitad de la paga que quedaba pendiente en el año 2015.

## 7. FLEXIBILIDAD EXTERNA

El Libro Verde sobre modernización del Derecho del Trabajo proponía "una revisión legal del grado de flexibilidad en los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual y colectivo o la definición de despido improcedente", algo que han hecho las distintas legislaciones en general ya sea en el régimen general de la extinción del contrato o en el ámbito más específico de la extinción por causas empresariales<sup>49</sup>. En España las reformas han actuado sobre los dos elementos.

En primer lugar, *se ha rebajado de modo directo e indirecto el coste de la extinción de los contratos sin causa legal*.

(i) De modo directo, y como elemento horizontal de aplicación, se ha procedido a cruzar una línea roja tradicional de los sindicatos, cual es la *rebaja del coste de toda extinción sin causa o causa ilegal* (extinción improcedente)<sup>50</sup>. Se trata de una rebaja anunciada y que confirma los temores de los sindicatos cuando en un ejercicio de responsabilidad ya dieron el visto bueno 1997 a un contrato de fomento a la contratación indefinida que rebajaba la indemnización, aunque sólo y exclusivamente respecto de los despidos económicos individuales (por no superar los umbrales para ser calificado de despido colectivo) que pudieran declararse posteriormente como improcedentes. Con la nueva reforma conservadora de 2012 se instaura ya de modo definitivo una reducción que pasa desde los 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades a una indemnización de 33 días con un máximo de 24 mensualidades. Ello supone una cuantía percibida por despido improcedente del 57% menor de la que había antes de la reforma con carácter general lo que, como ha anunciado la doctrina, repercute sobre todo en los trabajadores mayores y demás antigüedad<sup>51</sup>.

(ii) De modo indirecto, se ha reducido también la indemnización como consecuencia de la *supresión de los salarios de tramitación*, es decir aquellos salarios que recibía el trabajador mientras duraba la tramitación judicial de la impugnación de la decisión empresarial por considerarla improcedente (no conforme a Derecho) cuando posteriormente el juez confirma dicha improcedencia. La reforma justifica la medida en el hecho de que un elemento externo a la empresa, no debe aumentar las indemnizaciones porque ello sólo actúa como un mecanismo para incentivar las reclamaciones por los trabajadores. Los salarios de tramitación quedan ahora reducidos a los supuestos en que el empresario procede a la readmisión del trabajador o cuando el trabajador despedido es un representante de los trabajadores.

En segundo lugar, la reforma encuentra una de sus "novedades estelares" en la figura del despido por causas económicas, especialmente, en la *nueva regulación del despido colectivo por causas empresariales*.

<sup>49</sup> En general una síntesis de las reformas en Alemania, Francia, Italia o Reino Unido se encuentra en el Informe sobre "El despido individual y colectivo y su protección social en la Unión Europea", *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, núm. 3/2009.

<sup>50</sup> La extinción con vulneración de derechos fundamentales, no obstante, sigue calificándose como nula y no es posible en tal caso sustituir la obligatoria readmisión por una indemnización: *restitutio in natura* en todo caso.

<sup>51</sup> CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA J.F., *Derecho del Trabajo y crisis económica*, Madrid (CGPJ), 2013.



(i) En materia de despidos colectivos por causas empresariales se dota de mayor poder real a la empresa reduciendo enormemente todo tipo de límites al ejercicio de su decisión empresarial. Junto a la reducción del coste del despido declarado injusto o improcedente, que sigue las reglas generales, las reformas se centran en la **eliminación de la autorización administrativa** que regía desde los años 30 en España, sustituyéndola por un mero deber de comunicación del despido a la autoridad laboral. A diferencia de modelos comparados en los que la autoridad laboral tiene la responsabilidad de buscar soluciones a los problemas planteados, el papel de la autoridad laboral en España, tras la reforma, mantiene ciertas funciones de control pero sólo en relación con el fraude en el acceso al desempleo y en el control de vicios de la voluntad en la consecución del acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero ya no tiene competencias de supervisión sobre otras medidas que la empresa ni puede suspender o paralizar el procedimiento, relajándose la función de fiscalización en provecho de la parte empresarial<sup>52</sup>. Debe facilitar el buen desarrollo del periodo de consultas, pero no interferir en el mismo.

(ii) La supresión de la autorización administrativa dota de **mayor relieve a la obligación de la fase de consultas con los representantes de los trabajadores** sobre los motivos del despido colectivo de conformidad con las exigencias de la directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos. Pero frente a lo establecido en esta Directiva, que exige al empresario proporcionar a los representantes toda la información pertinente para que éstos puedan formular propuestas constructivas y reducir los efectos del despido, la realidad es que las últimas reformas han ido restringiendo los plazos máximos de consulta y la información que debe presentarse. No obstante, la ley otorga mucha importancia a las exigencias de este procedimiento de consultas y regula de modo pormenorizado la documentación que el empresario debe aportar a los representantes. Esta detallada regulación llevó a que sólo por esta vía se anularan judicialmente muchos despidos colectivos, frenando la pretendida “libertad” empresarial buscada por la reforma.

Asimismo la inicial reforma conservadora limitaba la nulidad del despido a los casos de fraude, dolo coacción o abuso de derecho o cuando no se hubiese respetado el periodo de consultas, lo que dio pie a los jueces para realizar una interpretación extensiva considerando que no se respetaba el periodo de consultas cuando la empresa no negociaba de buena fe declarándolo igualmente un vicio invalidante. Ante el gran número de decisiones que han calificado el despido como nulo por falta de información o por incumplimiento del deber de buena fe en el periodo de consultas, las posteriores reformas conservadoras ya se han encargado de precisar que la declaración de nulidad judicial del despido colectivo se limita “únicamente” a los supuestos en que el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista<sup>53</sup> limitando con ello el control judicial.

(iii) Pero sin duda el mayor impacto de la reforma de 2012 consiste en la **redefinición de las causas** que permiten el despido colectivo y en la limitación del control judicial para apreciar su concurrencia.

Los despidos, colectivos y objetivos (que son aquellos que por las mismas causas empresariales no llegan a un determinado número de trabajadores afectados en función de la plantilla de la empresa) pueden llevarse a cabo si hay razones técnicas, organizativas, productivas o económicas. Pero se realiza una definición casi tautológica de dichas causas. Las causas se objetivan a fin de evitar el

<sup>52</sup> GARCÍA MURCIA J., “El Derecho del Trabajo en España: líneas de evolución y reformas recientes”, *Justicia Laboral*, núm. 53/2013, pp. 13 ss. En contra: CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA J.F., cit.

<sup>53</sup> Ley 1/2014, de 28 de febrero.

externo control judicial<sup>54</sup>. Es el propio legislador el que lo reconoce en el preámbulo al declarar que compete al empresario valorar sus propias decisiones estratégicas en momentos de crisis y a los órganos judiciales sólo su exclusiva concurrencia: “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”

Las reformas del gobierno socialista ya habían aligerado el despido colectivo, pero en ellas se exigía no sólo la existencia de causa, sino que con la medida extintiva se asegurara en la empresa una mejora de la productividad o de la situación competitiva de la empresa, es decir, que la empresa acreditara la “razonabilidad” de la decisión extintiva en función de un objetivo finalista<sup>55</sup>, lo que venía permitiendo un margen de valoración de las circunstancias concurrentes a los jueces y tribunales. La reforma de 2012, sin embargo, es contundente al establecer que, en todo caso, se entenderá que concurren las causas cuando se producen de un modo general, tratando de objetivarlas y eliminando los elementos finalistas o el test de razonabilidad de los concretos despidos realizados. Así, por ejemplo, para las causas económicas se considera suficiente la disminución de ventas o de ingresos –y no por tanto sólo las pérdidas– durante tres trimestres consecutivos respecto del período del año anterior, sin mayores exigencias de proporcionalidad o razonabilidad de la medida que por tal causa es adoptada por el empresario. Al no fijarse ninguna regla de proporcionalidad entre la reducción de facturación, ventas o ingresos, y los concretos despidos, se atribuye al empresario la capacidad para decidir el número de contratos a extinguir. De este modo en la redacción legal si la disminución de beneficios es de un euro, podrían llevarse a cabo un número importante de despidos sobre los que se pretende evadir el control judicial. Lo que parece confirmado ya por la jurisprudencia. Se crea así un espacio de discrecionalidad empresarial sobre el que no opera ningún género de control, a pesar de que, a mi juicio, difícilmente pueda evadirse dicho control judicial en tanto en un sistema de despido causal como el español, regido también por el convenio OIT 158, siempre están en juego derechos fundamentales como el derecho al trabajo del art. 35.1 CE que deben ponderarse con el de libre empresa del art. 38 CE.

(iv) Las modificaciones también han afectado en España al *despido por absentismo* del trabajador justificado en el que antes de la reforma se permitía la extinción sólo con cuando concurrieran un número de faltas justificadas del trabajador pero siempre cuando también el volumen de absentismo del centro de trabajo fuera elevado. En la actualidad se ha suprimido la exigencia de un nivel global de absentismo.

## **8. LA NEGOCIACION COLECTIVA COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD DE LAS RELACIONES LABORALES: DESCENTRALIZACION HACIA EL NIVEL DE EMPRESA**

Todo el conjunto de medidas de flexibilidad se ven acompañadas por una reforma estructural del sistema de negociación colectiva con el único objetivo de que la negociación sea un instrumento y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa (EM RDL 3/2012) lo que en la práctica se traduce en no obstaculizar una intensa y extendida devaluación salarial<sup>56</sup>. Resulta revelador que frente a la llamada al diálogo social y la negociación colectiva como elementos centrales para lograr el equilibrio de la flexiseguridad, la realidad, al menos en España, ponga de relieve no sólo la falta de acuerdo con los interlocutores sociales en cuanto a las medidas de la reforma, sino la marginación de las organizaciones sindicales manifiesta cuando se ha procedido a

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M., “La problemática aplicación del nuevo marco laboral del despido”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 22.

<sup>55</sup> Para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado o para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar su situación competitiva o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

<sup>56</sup> VALDÉS DAL-RE F., “Negociación Colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, p. 31

introducir modificaciones en las condiciones de los trabajadores en las Administraciones Públicas lo que, por cierto, ya ha dado lugar a que el Comité de Libertad Sindical de la OIT lo califique como vulneración de la negociación colectiva<sup>57</sup>

El convenio colectivo se entiende tanto con la reforma de 2011 como en la reforma de 2012 como un instrumento de gestión. Pero en la última reforma se potencia hasta un nivel desconocido en España que lleva a afirmar la existencia de un verdadero cambio de paradigma negocial al reconducir las decisiones clave de las relaciones laborales al nivel de empresa frente al convenio colectivo sectorial estableciendo normas imperativas en cuanto a su ámbito y alcance, desdibujando la función política y económica contra el dumping social tradicional de la negociación colectiva sectorial.

En cualquier caso, en la línea con las reformas llevadas a cabo en otros países, los aspectos de reforma más importantes llevados a cabo en España, que siguen la línea marcada por la reforma de 2011, pero incorporan nuevos elementos de limitación de la negociación colectiva, son los siguientes<sup>58</sup>:

(i) En primer lugar, la ***preferencia del convenio colectiva de empresa respecto de los convenios colectivos de ámbito superior*** en la regulación de determinadas condiciones de trabajo como el salario o el horario (art. 84.2 ET). Prioridad aplicativa del convenio de empresa (no necesitada de causa especial alguna) que opera incluso respecto al convenio de sector anterior en el tiempo, eliminando las reglas generales de solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de ámbito empresarial y sectoriales que venían siendo reguladas por estos últimos o resolviéndose por la regla de la aplicación del primero en el tiempo.

La prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a uno de nivel superior ya se permitía en la reforma de 2011, si bien dependía de que el convenio sectorial permitiera dicha posibilidad, esto es, debía ser la propia negociación colectiva la que permitiera dicha prioridad. Con la reforma de 2012 se transforma la regla convirtiéndola en una de aplicación directa que no puede ser modificada por la negociación colectiva. Se roba dicho espacio de negociación al ámbito superior a la empresa, pues la negociación en el nivel de empresa se puede realizar en cualquier momento y una vez alcanzada, siempre tendrá preferencia sobre el resto de convenios de ámbito superior en determinadas condiciones de trabajo, incluida la cuantía salarial que ya permitía (pero con consenso del convenio colectivo superior) también la reforma de 2011.

(ii) La segunda reforma es la que, sin duda, mayores facultades está otorgando al empresario, cual es el de la posibilidad de ***“descuelgue” empresarial temporal respecto a las condiciones establecidas por un convenio sectorial de aplicación erga omnes, entre ellas, ahora como novedad la cuantía salarial*** (art. 82.3 ET). Es decir, posibilidad de apartarse de una norma jurídica (en España el convenio colectivo estatutario tiene naturaleza de norma jurídica y eficacia personal general o erga omnes).

En cierto que, en todo caso, el descuelgue o inaplicación del convenio colectivo estatutario normativo no puede ser unilateral. Pero si no se alcanza un acuerdo entre las partes tras varios intentos e instancias diversas (acuerdo en la empresa, acuerdo de la comisión paritaria del convenio colectivo superior, o

<sup>57</sup> Comité de Libertad Sindical de la OIT ha emitido un “informe provisional” en respuesta a las quejas que le formularon los sindicatos ante la reforma laboral del 2012 y la abolición de la negociación colectiva en el empleo público. Se trata del 371º Informe del Comité, correspondiente a la sesión realizada en Ginebra del 13 al 27 de marzo de 2014 del Consejo de Administración de la OIT

<sup>58</sup> Una comparativa de las reformas sucesivas en estas materias puede verse mi conferencia: “El impacto de las reformas de 2012 en la Negociación Colectiva”: [https://www.academia.edu/11351203/El\\_impacto\\_de\\_las\\_reformas\\_de\\_2012\\_en\\_la\\_Negociaci%C3%B3n\\_Colectiva](https://www.academia.edu/11351203/El_impacto_de_las_reformas_de_2012_en_la_Negociaci%C3%B3n_Colectiva)

solución por mecanismos de solución extrajudicial de conflictos), basta con que una de las partes (normalmente la empresa que quiere rebajar las condiciones imperativas del convenio que se quiere inaplicar) solicite un arbitraje obligatorio a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios (o a la correspondiente en el ámbito autonómico) para que pueda procederse al descuelgue si así se aprecia por la comisión o por un árbitro nombrado por ella. Una comisión tripartita donde, en última instancia, la presencia de la Administración pública va a inclinar finalmente la balanza. Las críticas a tal posibilidad, han llevado no obstante en la práctica a que la propia Comisión tripartita defiera a un árbitro la solución de la controversia y sea éste quien determine si se dan las circunstancias para la inaplicación así como su proporcionalidad y alcance.

Según datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios, desde 2012, se han descolgado del convenio aplicable un total de 7.370 empresas y ello ha afectado a 309.537 trabajadores. Aunque hay que reconocer que en el 91,7% de los casos, estas inaplicaciones han sido el resultado de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas, lo cierto es que este mecanismo de inaplicación se ha utilizado en el 92,7% de los casos para inaplicar y rebajar la cuantía salarial pactada.

Ciertamente se trata de un mecanismo temporal, hasta la finalización del convenio del que uno se descuelga. Pero no deja de poner en entredicho la institución de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios reconocida constitucionalmente (art. 37.1 CE). Sobre todo teniendo en cuenta que el descuelgue puede hacerse por un mero acuerdo de empresa alcanzado por comisiones de trabajadores elegidas *ad hoc* cuando no hay representación institucional.

(iii) Finalmente la tercera reforma importante afecta al ámbito temporal del convenio y la ***pérdida de vigencia de los convenios una vez denunciados y vencidos (ultractividad)***.

Hasta ahora denunciado un convenio colectivo sólo perdían vigencia las cláusulas de paz (el compromiso de no hacer huelga) y se prorrogaban las condiciones normativas hasta que se alcanzara un nuevo convenio colectivo, otorgando con ello un claro colchón protector a los trabajadores afectados que seguían disfrutando de las condiciones negociadas más allá de la fecha de vencimiento del convenio y hasta que se negociara otro nuevo (ultra actividad del convenio estatutario). La *limitación de la ultra actividad del convenio*, ya fue iniciada por el gobierno socialista. Pero se ha dado una vuelta de tuerca al reducirla a máximo un año para forzar la renegociación de los convenios y evitar bloqueos negociales y, por qué no reconocerlo, que se mantengan los niveles salariales alcanzados en época de bonanza anterior a la crisis. Es verdad que cabe pacto en contra de los negociadores para la aplicación de la limitación de la ultra actividad, pero las consecuencias que se producen en caso de no regular nada son graves pues si no se alcanza un nuevo convenio colectivo en el plazo de un año se aplican las condiciones del convenio sectorial, sin más, lo que supone preguntarse qué ocurre en caso de inexistencia del mismo. Las alternativas posibles eran (i) aplicar la normativa legal y reglamentaria existente, (ii) aplicar sólo lo pactado individualmente en el contrato, (iii) aplicar lo que el empresario quisiera del convenio colectivo ya vencido, (iv) entender que las condiciones del convenio colectivo habían pasado a formar parte del contrato de trabajo de los trabajadores porque en los contratos se hace siempre referencia a la aplicación de las condiciones del convenio, mediante una remisión general al mismo. El Tribunal Supremo, en una sentencia con numerosos votos particulares discrepantes<sup>59</sup>, ha optado por la contractualización de las condiciones de trabajo contenidas en el convenio colectivo vencido (opción iv), generando grandes discusiones académicas sobre todo porque, una vez contractualizadas las condiciones del convenio colectivo estatutario, el empresario puede

<sup>59</sup> STS 22 de diciembre de 2014, rec. casación núm. 264/2014.

modificarlas y eliminarlas con una simple decisión unilateral de modificación sustancial de condiciones de trabajo por la vía del art. 41 ET.

## 9. LA FORMACIÓN COMO DÉBIL CONTRAPARTIDA

Teóricamente, el modelo de flexiseguridad exige también una compensación a favor del trabajador en el puesto de trabajo y, sobre todo, en las transiciones entre empleos. En las propuestas europeas de flexiseguridad se hacía hincapié en el gasto en políticas activas del mercado de trabajo, en el aprendizaje y formación para toda la vida, en el aumento de la fiscalidad o de las cotizaciones sociales, y en gastos en prestaciones suficientes, sobre todo en caso de desempleo que favorezcan un sistema que garantice la seguridad del mercado de trabajo en lo que atañe a las transiciones entre empleos y otras situaciones laborales (la denominada movilidad protegida). De los modelos continentales Francia y Alemania son los más equilibrados, sobre todo en materia formativa<sup>60</sup>. Pero en general las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea han potenciado la flexibilidad en perjuicio de la seguridad. Y ello ha sido así claramente en el modelo español donde *no obstante se han incorporado algunas medidas de "seguridad" en materia formativa*:

- Se ha implantado el sistema de formación dual, iniciativas mixtas de empleo y formación, para cualificar a los trabajadores en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o en el sistema educativo, abriendo un mayor espacio de colaboración entre instituciones académicas y organizaciones productivas<sup>61</sup> a través de los contratos de formación y aprendizaje

- Reconocimiento, para los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa, de un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo, "vinculada a la actividad de la empresa", acumulables por un periodo de hasta cinco años acumulables por un periodo de hasta cinco años (23.3 ET). El tiempo de formación se considera como trabajo efectivo y la formación debe ser financiada por la empresa. Mientras que en la reforma del anterior Gobierno se configuraba como un permiso para cualquier formación de interés del trabajador o de la empresa, en la reforma de 2012 su finalidad queda restringida a una formación determinada por la actividad empresa. Y sólo se puede ejercer en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva. En defecto de previsión en convenio colectivo la concreción del modo de disfrute del permiso se fija de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.

- Se reconoce un derecho específico a la formación necesaria para la *adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo* a cargo de la empresa y en el que el tiempo dedicado a la formación se considera siempre como trabajo efectivo (23.1.d. ET)

- En los despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores se debe ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación en dicho plan diseñado

---

<sup>60</sup> Francia es el país de los modelos continentales que más se ha intentado mover dentro de los parámetros de la flexiseguridad sobre todo en materia de formación a lo largo de toda la vida y coberturas de salud y desempleo añadiendo nuevos derechos colectivos en la Ley de 14 de junio 2013, que incorpora el Acuerdo interprofesional de este año, se llama significativamente de "sécurisation de l'emploi" e introduce la portabilidad de derechos formativos de los trabajadores y la cobertura complementaria de salud y los derechos recargables de la prestación por desempleo cuando cambian de empleo, en línea con una mayor seguridad en las transiciones profesionales y, también, nuevos derechos colectivos: ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *cit.*, p. 73.

<sup>61</sup> RD 1529/2012, de 8 de noviembre

para un periodo mínimo de seis meses e incluir medidas de formación y orientación profesional (51 ET).

- Y en la extinción (52 ET) por falta adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo la empresa previamente debe ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas, abonando al trabajador el salario medio que viniera percibiendo.

- Fuera del ámbito de la formación en el marco de la relación laboral y extrapolando experiencias de otros países europeos, la reforma de 2012 ha incorporado la *cuenta de formación* (DF 2ª L. 3/2012) y anuncia la creación de un *cheque de formación* (DF 3ª L. 3/2012) destinado a financiar el derecho individual de formación de los trabajadores. La cuenta de formación no es más que un registro con valor de prueba de la formación recibida por el trabajador a lo largo de su carrera profesional asociada al número de afiliación a la Seguridad Social y se han tardado casi tres años en su mínima concreción<sup>62</sup>. Por su parte, también en la misma norma de 2015, el cheque formación, tan sólo se prevé como una posibilidad que “pueden” articular las Administraciones Públicas para los trabajadores desempleados con el objeto de financiar la formación que necesitan (art. 6 L. 30/2015). Y sólo, en fechas muy recientes, cinco años después de anunciarse, comienza a vislumbrarse su puesta en marcha aunque expresamente calificada como una obligación “progresiva”<sup>63</sup>. Se trata, en definitiva, de que las Administraciones Públicas financien cursos para desempleados (con prevalencia de los jóvenes) que sólo perciben las empresas formativas una vez que finaliza y se acredita el mismo.

## 10. DESPROTECCIÓN SOCIAL

El problema es que, salvo en materia de formación, poco se ha hecho mucho por la “seguridad” del trabajador en los “tránsitos”, ni en materia de Seguridad Social. La imposición europea a los Estados de *una política de austeridad* en momentos de crisis, provoca que la seguridad declarada y prometida se vea de inmediato cuestionada. El recorte en gasto social provoca que la flexiseguridad se convierta en una flexibilidad insegura<sup>64</sup>.

La reducción en gastos y protección social es generalizada. En España el Estado de bienestar no ha cambiado en su estructura. En los últimos años se han aprobado medidas de austeridad como la congelación de las pensiones en 2011, el retraso de la edad de jubilación (de los 65 a los 67 años progresivamente) o el aumento de los años utilizados para calcular el monto de la pensión (pasando de 15 a 25 años), debiéndose haber cotizado 37 años para obtener el 100% de la pensión<sup>65</sup>. Se ha reformado el sistema de reparto tradicional mediante un nuevo factor de sostenibilidad de las pensiones que liga el aumento de la esperanza de vida de la población a las pensiones para garantizar la viabilidad del sistema<sup>66</sup>. Un factor que afecta, por ello, a dos ámbitos: la revalorización anual de las pensiones<sup>67</sup>,

<sup>62</sup> Art. 20 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

<sup>63</sup> Art. 26 del RD 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral

<sup>64</sup> CASAS BAAMONDE M.E., *cit.*, p. 16

<sup>65</sup> Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social

<sup>66</sup> Ley 23/2013, de 23 de diciembre

<sup>67</sup> El Factor de Revalorización Anual (FRA), un nuevo sistema de indexación que se aplicará cada año a todas las pensiones. La revalorización de las pensiones vendrá dada por la diferencia entre la tasa de crecimiento nominal de los ingresos a la Seguridad Social y la tasa de crecimiento de los gastos si no se actualizasen las pensiones. Este último término es simplemente la suma de la tasa de crecimiento del número de pensiones y el crecimiento de la pensión media debido al

y la adecuación de las pensiones a la evolución biológica de los españoles<sup>68</sup>. En definitiva, tanto las del Gobierno socialista de 2011 como las del conservador en 2013, abordan medidas relativas a la crisis financiera del sistema, pero sin reformar ni estudiar el grado de eficiencia del sistema contributivo.

Y por lo que se refiere a la protección en situaciones de desempleo, el grueso de las medidas adoptadas por el Gobierno conservador ha tenido como objetivo principal, aunque no único<sup>69</sup>, estimular que los jóvenes salgan de las listas de desempleo por la vía de su propio emprendimiento. La alta tasa de desempleo (la mayor después de Grecia: 26%) y, en especial la tasa de paro juvenil en 2012 (menores de 25 años: 56%), llevó al Gobierno a aprobar en 2013<sup>70</sup> una batería de medidas para fomentar el auto empleo de los jóvenes (tarifa plana en la cotización por contingencias comunes a la Seguridad Social de 50 euros los primeros seis meses; capitalización de la prestación por desempleo para iniciar una actividad emprendedora, permitiendo como novedad utilizarlo para constituir o incorporarse a una sociedades de carácter mercantil; compatibilización del desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia durante nueve meses; posibilidad de interrumpir el cobro de la prestación por desempleo hasta un periodo de cinco años, si se desarrolla una actividad por cuenta propia y poder reanudarla en caso de cesar en la actividad por cuenta propia; así como la previsión de incentivos fiscales).

Positivamente, sin duda, debe valorarse una única medida de verdadera “seguridad” imprescindible en España ante el alarmante empobrecimiento de las familias españolas y la existencia de unidades familiares en las que ningún miembro recibía ingresos ante la imposibilidad de colocación en la crisis y la elevada tasa de desempleo. Se trata del programa de recualificación profesional “PREPARA” para las personas que agotan la protección por desempleo y que consiste en una ayuda económica de unos 425 euros hasta una duración máxima de 6 meses, que se inició con tendencia temporal con el Gobierno socialista<sup>71</sup> y que acertadamente se ha ido prorrogando por el Gobierno conservador introduciendo mejoras en su diseño para incrementar su eficacia como mecanismo de inserción en el mercado de trabajo y para proteger a los ciudadanos que más lo precisan<sup>72</sup>.

---

efecto sustitución, como consecuencia de las diferencias entre las pensiones de los nuevos pensionistas y las de quienes abandonan el sistema. En aquellos casos en que el sistema de la Seguridad Social no está equilibrado estructuralmente, el FRA también incluye un término adicional que corrige los desequilibrios presupuestarios ajustados cíclicamente en el tiempo. Todas las variables del FRA se ajustan cíclicamente utilizando medias móviles centradas de 11 años, lo que implica el uso de una previsión a 6 años: J. Ignacio Conde-Ruiz el 26/12/2013 <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=34547>

<sup>68</sup> El Factor de Equidad Intergeneracional (FEI) para nuevas pensiones por jubilación, como ocurre en otros países europeos, ajusta la pensión inicial de acuerdo con un coeficiente que se obtiene de dividir la expectativa de vida de quienes han accedido al sistema a una determinada edad en una fecha anterior, por la expectativa de vida de los nuevos pensionistas que se jubilan a la misma edad, pero en una fecha posterior. Y que según los expertos según las expectativas de vida a la edad de 65 años para el periodo 2014-2050 este factor implicaría un ajuste a la baja del cálculo de la pensión inicial, con una reducción media del 5% cada 10 años (ídem)

<sup>69</sup> La misma norma prevé un reforzamiento de los estímulos a la contratación de jóvenes, incluida la creación de un contrato temporal no causal como el del primer empleo joven.

<sup>70</sup> RDL 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo

<sup>71</sup> RDL 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas

<sup>72</sup> RDL 23/2012, de 24 de agosto; RDL 1/2013, de 25 de enero; RDL 1/2016, de 15 de abril.

En la actualidad se anuncian medidas específicas para mejorar la situación de los parados mayores de 55 años cuya tasa de paro ha aumentado en un 322 % desde 2007<sup>73</sup>

## 11. CINCO AÑOS DE REFORMA Y TRANSFORMACIONES FUTURAS: REACCIONES SOCIALES FRENTE A UN CAMBIO DE PARADIGMA

Han transcurrido cinco años desde las reformas laborales llevadas a cabo en España por el Gobierno conservador. Salvo la posición optimista del propio Gobierno que las ha realizado<sup>74</sup>, el resto de partidos políticos propugna su completa derogación o, en todo caso, su modificación. Bien para volver al modelo socialista de flexibilidad negociada de 2010-2011, como propugna el PSOE autor de esas reformas, bien para derogar las reformas conservadoras y socialistas y aplicar el modelo anterior a 2010 más proteccionista (Podemos) o, de modo menos contundente, tan sólo propugnando ajustes en el actual modelo legal (Ciudadanos).

Cinco años después de las últimas reformas de calado en el ordenamiento jurídico laboral español, no puede dejar de reconocerse que la alarmante tasa de paro español situada en el 26% en el año 2012, ha bajado al 18,5% en 2017. Pero sigue siendo de las más altas de Europa (tan sólo por detrás de Grecia<sup>75</sup>) y el ejército de desempleados se nutre especialmente de trabajadores menores de 25 años y últimamente se incrementa tras los numerosos despidos colectivos, con mayores de 55 años, que se ha triplicado<sup>76</sup>.

El crecimiento del empleo es innegable, pero se trata de más trabajadores pobres o “pobres con trabajo” por dos motivos. De un lado, porque la mayor parte de los empleos creados son temporales (básicamente fraudulentamente temporales), a tiempo parcial no deseado y, en la actualidad, ciertamente se ha incrementado la contratación indefinida en relación con el contrato de apoyo a los emprendedores (que representa ya casi el 10% de los contratos nuevos) pero hay constancia de que, en la práctica, su duración no supera el periodo de prueba de un año y se rescinden pocos días antes<sup>77</sup>. Por otro lado, y hay consenso pacífico en ello, porque los instrumentos operados por la reforma (modificación sustancial de condiciones de trabajo, prioridad del convenio de empresa, posibilidad de descuelgue de salario pactado en niveles sectoriales, etc.) han conseguido la moderación salarial o, directamente, la devaluación salarial. Las grandes cantidades de trabajadores despedidos al principio de la crisis, así como los trabajadores que se incorporan por vez primera al mercado, cuando consiguen encontrar un trabajo lo hacen pero con condiciones salariales muy inferiores a las tradicionales como consecuencia de esta contención generalizada. Y la situación ya no afecta sólo a capas de la población tradicionalmente consideradas como mano de obra manual fácilmente sustituible, sino a trabajadores formados. Y todavía las promesas de formación y de seguimiento personalizado en el marco de los

<sup>73</sup> Según el Informe del Sindicato UGT (febrero 2017) “Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español”:

<http://www.ugt.es/Publicaciones/2017-04-01-%20INFORME%20MAYORES%2055%20A%C3%91OS-OK.pdf>

<sup>74</sup>[http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto\\_reforma\\_laboral/Informe\\_de\\_evaluacion\\_del\\_impacto\\_de\\_la\\_reforma\\_laboral.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evaluacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf); [http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/informe\\_evolucion\\_empleo.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/informe_evolucion_empleo.pdf)

<sup>75</sup> <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8094245/3-03072017-AP-EN.pdf/aced038e-2af1-4a7a-a726-7e8d20d840c0>

<sup>76</sup> Según la EPA, entre 2007 y 2016, el colectivo de parados mayores de 55 años se incrementó un 322%, pasando de 137.500 parados en esa franja de edad a 580.130.

<sup>77</sup> Según el sindicato UGT en un completo estudio sobre estos cinco años de reformas laborales a partir de los datos estadísticos puede verse en: <http://www.ugt.es/Publicaciones/5%20a%C3%B1os%20de%20reforma%20laboral-retocado.pdf>



sistemas públicos de empleo, distan de hacerse realidad y tan sólo comienzan su andadura administrativa.

Se demuestra que, en realidad, no es el Derecho del Trabajo el culpable de la crisis, sino que la crisis ha sido financiera y extra laboral. El impacto de esta crisis en las empresas, por falta de financiación empresarial, ha llevado a políticas de austeridad y a reformas laborales que facilitando la rebaja de salarios y la rescisión de contratos, han tenido como efecto la limitación o anulación de la capacidad que como consumidores tienen los trabajadores, fagocitando con ello la propia supervivencia de la actividad empresarial a modo de círculo vicioso. Las reformas lo único que de verdad han conseguido es la rebaja salarial exigida por los organismos internacionales. Pero son factores extra laborales, como la refinanciación de los bancos, el incremento de la exportación y la progresiva activación de la economía (especialmente en el sector turístico debido a los conflictos internacionales que desincentivan otros destinos alternativos), los que generan empleo, aunque sean de baja calidad. Más que las reformas laborales, es la activación de la economía y la necesidad empresarial real de mano de obra la que crea empleo, al margen de bonificaciones y alternativas contractuales más beneficiosas en las que encuadrarlo.

La crisis siempre ha sido una fiel compañera del Derecho del Trabajo y esta ocasión no iba a ser diferente. A lo largo de la historia los ordenamientos jurídicos laborales han sufrido avances y retrocesos, pero *siempre el Derecho del Trabajo se ha ido adaptando* a las realidades económicas y productivas. Adaptación que no siempre, ni necesariamente, supone un desmantelamiento del Derecho del Trabajo y una política de recortes en la tutela individual y colectiva de los trabajadores. Baste con recordar el *New Deal* y las políticas de Roosevelt para superar la crisis del 29.

La cuestión **si el Derecho del Trabajo se puede -y se quiere- seguir adaptando** al sistema capitalista y a una economía claramente liberal y si, en realidad, las reformas legales no hacen sino profundizar una lenta pero imparable colonización económica del Derecho del Trabajo donde ahora lo que importa es la creación de empleo y no su tutela. Como pusiera de manifiesto Lyon Caen<sup>78</sup>, en los últimos años se ha ido difuminando la tradicional disociación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del mercado, una separación que, en su origen, fue esencial para la emancipación del ordenamiento jurídico laboral y para dotarle de un marcado carácter social y protector del trabajador. Hoy se aprecia claramente una *progresiva subordinación de la regulación laboral a las reglas del mercado* con importantes consecuencias laborales ya que sólo se considera un buen modelo de Derecho del Trabajo el que resulta útil a los objetivos económicos<sup>79</sup>, dejando en segundo plano la tutela del contratante débil. *Es el mercado el único garante de los intereses generales* y ello recuerda bastante a la mano invisible de Adam Smith, eso sí ahora acompañada de proclamas de formación permanente para no perder el tren de la era digital y de un futuro Derecho del Trabajo 4.0 impregnado de profecías apocalípticas. Llegaríamos al fin del trabajo y al fin del Derecho del Trabajo.

En la medida en que en el ADN del Derecho del Trabajo no se encuentra la finalidad de contrarrestar las reglas del mercado en cuanto tales, sino la de establecer límites al libre mercado mediante la

<sup>78</sup> Sobre la cuestión vid. LYON-CAEN, A.: “Derecho comunitario del mercado versus Europa social”, *Relaciones Laborales* nº 13, 2009, pp. 86 ss.

<sup>79</sup> GORELLI HERNÁNDEZ J., “La política de empleo de la Unión Europea”, p. 9 <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uhu.es%2Funiporta%2Funiportadas%2Fdocumentos%2Fpoliticaempleoue.doc&ei=rPNUU5jeBamK0AW-mYGwAw&usg=AFQjCNHA4pye4gTxGQTuZqUKioYgr98kLO&bvm=bv.65058239,d.d2k>

imposición de reglas que **tutelen** los derechos de los trabajadores<sup>80</sup> ¿podemos decir que se ha transformado genéticamente el Derecho del Trabajo?, ¿estamos ante un cambio de paradigma, un cambio de su fundamento tradicional? esa es la cuestión.

El fundamento histórico común a todos los ordenamientos jurídico-laborales reside en su carácter compensador e integrador. *Compensador*, en tanto su objetivo es, y ha sido, el de reequilibrar la desigualdad entre los contratantes propia del Derecho común basado en la autonomía individual. *Integrador*, porque a través de la intervención del Estado en la protección del contratante débil, se integra el conflicto, con el objetivo de mantener el *statu quo* y el sistema capitalista frente a modelos alternativos.

Algunos historiadores<sup>81</sup> alertan de que aunque el Estado social del bienestar se ha mantenido por el miedo de las clases acomodadas de Europa al comunismo, los poderosos han dejado de tener miedo una vez que el modelo soviético ha caído y se ha instaurado una completa globalización de la economía y la producción y una revolución tecnológica sin precedentes. Perdido el miedo, reclaman recortes sociales como contrapartida para no desmantelar por completo el Estado social de los países desarrollados y producir en los menos desarrollados carentes de mínimos estándares y donde la autonomía de la voluntad recobra su añejo potencial por encima de cualquier idea de trabajo decente. Y con la reciente crisis, finalmente el miedo habría cambiado de bando, permitiendo al tsunami del mercado arrasar con muchos de las tradicionales barreras y contenciones del Derecho del Trabajo (en especial, la negociación colectiva, la representatividad y la capacidad sindical de reconducir intereses para convenir o hacer uso de las armas propias del conflicto colectivo).

A mi juicio, sin embargo, no parece que estemos abocados a una destrucción o desaparición, ni del trabajo, desarrollado por personas aunque sea a través de diferentes medios tecnológicos, con colaboración de robots, u organizado por algoritmos, pues también el vapor iba a destruir el trabajo, lo mismo que en su momento los sistemas fordistas o, más tarde, la globalización y los sistemas informáticos. Si el trabajo desaparece (en sus formas asalariadas o autónomas), desaparece el principal consumidor y, salvo que se alcancen pactos de rentas universales de compleja financiación, ello supondría la muerte del propio sistema capitalista. Por ello, aunque fuera cierto que el miedo de los poderosos se ha esfumado y ahora a quien paraliza es a la clase trabajadora y desempleada, lo cierto es que recobran vitalidad las palabras de Marx cuando advertía que el ejército de reserva de trabajadores en desempleo sólo se puede desarmar mediante la creación por el propio sistema capitalista de “nuevas necesidades” que, a su vez, generen nuevos empleos, aunque sean ahora empleos que ni siquiera ahora conocemos como tales pero a los que se dedicarán las generaciones venideras.

Ni tampoco morirá el Derecho del Trabajo. Aunque necesite ser replanteado en sus componentes, no creo que deba ser replanteado en sus bases medulares tendentes a la búsqueda de equilibrios y a tutela de la persona del trabajador. Y ello porque ni siquiera a los poderosos ni al sistema capitalista le interesa una vuelta a la autonomía individual ya que, en la actualidad, muchas de las instituciones puramente civiles resultan más protectoras y llevan más costes que las desreguladas existentes en el marco de las relaciones laborales. Una pérdida constante en la tutela individual y colectiva del trabajador por parte de los ordenamientos laborales, por lo demás, lo que denota es un problema más crucial, como es la pérdida de la propia democracia y la tolerancia a que las normas de convivencia se impongan por organismos no democráticos.

<sup>80</sup> LOY G., “La tendencia antisocial de la Unión Europea”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIV, núm. 131, mayo-agosto, 2011, pp. 625-656.

<sup>81</sup> FONTANA, “Por el bien del Imperio. Una historia del mundo desde 1945”, Barcelona, (Pasado y Presente)

No creo, por ello, que estemos ante un cambio de paradigma en el sentido de desmantelamiento del Derecho del Trabajo. Pero sí creo que debiéramos buscar un nuevo paradigma democrático, social y económico que impida el dominio del mercado sobre el contrato social democrático. La crisis económica ha puesto en jaque al Derecho del Trabajo, pero aún no le ha dado el mate. Para evitar que ello ocurra debemos repensar el Derecho del Trabajo sin olvidar su esencia protectora y los nuevos desafíos a los que se enfrenta. En este sentido, el consenso social en la defensa férrea de los derechos fundamentales del trabajador constituye el elemento de partida. Sólo un avance supranacional en la defensa de estos derechos evitará la ruptura de la cohesión social y un creciente euroescepticismo, poniendo frenos a la emergencia de partidos políticos nacionalistas y xenófobos.

La importancia de penalizar una economía meramente especulativa y volver a una economía productiva aunque sea de tercera generación, apostar por un modelo de crecimiento basado en mano de obra formada y no basado en el uso intensivo de mano de obra no cualificada, barata y de la que se puede prescindir fácilmente, tener en cuenta la diversidad empresarial y el tamaño de las empresas, permitiendo normas que no ahoguen a las pequeñas y medianas, apostar por un modelo de participación sindical en pequeñas y medianas empresas, priorizar la garantía de ingresos mínimos para llevar una vida digna, algo de lo que ya habla la agenda 2020 apelando a un nuevo pacto por la inversión social, una apuesta por la seguridad para los colectivos más vulnerables (que ya no son sólo los tradicionales sino muchos de los que tienen contratos temporales o precarios y que declaran que no pueden llegar a fin de mes) y otras propuestas tendentes a la protección del trabajador en activo o en situación de pasivo, aunque sea recordando su importante papel de consumidor activador de la economía, resultan hoy más que nunca propuestas necesarias,.

El Derecho del Trabajo, en todo caso, no debiera llegar a su fin, ni conviene zarandear en exceso el fundamento que lo vio nacer. Los nuevos vientos que pretenden arrasarlo, no debieran ni perder el miedo ni la memoria histórica, olvidando el riesgo de que cambien de dirección. Y quizás movimientos como los de las primaveras árabes o de plaza del sol 15M o plaza Tahir en Estambul, son los primeros soplos. Desconocer que las relaciones laborales son relaciones de conflicto, como señalara *Dahrendorf* y que fue precisamente la integración y juridificación del conflicto la que permitió el mantenimiento del sistema burgués capitalista, presenta el riesgo, hoy especialmente tangible, de que el ejército de reserva decida organizarse con el único objetivo de cambiar el sistema establecido.

En manos de los juristas del Derecho del Trabajo, como todos los que estamos hoy aquí, está contribuir a devolver el equilibrio a una disciplina que tanto progreso ha procurado a la humanidad.