

LA REFORMA LABORAL DE 2012: UN DERECHO DEL EMPLEO REGULADOR DE AJUSTES DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS.

Comunicación presentada a la Ponencia “Las reformas laborales en tiempos de crisis: una visión crítica”

Sumario: 1. Las nuevas connotaciones del trabajo y la adaptabilidad de su Derecho regulador 2. El Derecho del Empleo como parte de un Derecho del Trabajo en evolución 3. La proliferación de normas justificadas en el empleo: la proporcionalidad de algunos casos 4. La Reforma Laboral de 2012: la reclusión de la centralidad del trabajo como generador de derechos. 4.1. Introducción 4.2. Algunos ejemplos concretos 5. A modo de conclusión.

Sonia Isabel Pedrosa Alquézar. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Zaragoza¹

1. LA NUEVAS CONNOTACIONES DEL TRABAJO Y LA ADAPTABILIDAD DE SU DERECHO REGULADOR

La idea de trabajo se encuentra hoy trufada de nuevas connotaciones y dimensiones. Las relaciones entre empresas y trabajadores se insertan en un mundo tecnológico y globalizado con transformación de mercados, aparición de nuevas formas de empleo, nuevas formas de trabajar y descentralización productiva, nuevas responsabilidades y nuevas prioridades en los usos del tiempo. Se afirma, desde hace un tiempo, que las antiguas imágenes del empleo y el trabajo a jornada completa y de ocupación única ya no resultan apropiadas como guías para el futuro². A este respecto, cobran cada vez más fuerza nuevos principios como el de flexiguridad, de impronta europea, que se concreta en una estrategia integrada destinada a mejorar simultáneamente la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral, un enfoque global de este mercado que combina la flexibilidad de las modalidades contractuales, la

¹ Comunicación realizada en el marco del Proyecto I+D+i “*Derecho del Trabajo y Crisis Económica: del diálogo social a las intervenciones normativas en las relaciones laborales*” (DER 2010-16914), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² ONU.: *Informe sobre la situación social en el mundo 2007* (Documento ST ESA 315), en www.un.org/spanish/esa/desa/.

seguridad en el empleo (la garantía de permanecer en el puesto de trabajo o de encontrar otro rápidamente) y una gestión adaptada de los períodos de transición³.

Una flexibilidad por la que apostó el Libro Verde sobre como “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del Siglo XXI”⁴, que fue duramente criticado por la doctrina jurídica europea y española ya que encubre una merma de los derechos de los trabajadores, en particular los derechos colectivos de estos, bajo la apariencia de un equilibrio perfecto entre libertad de empresa y derechos de los trabajadores⁵. En este sentido, el propio Parlamento Europeo, con la Resolución de 11 de julio de 2007 sobre “La Reforma del Derecho Laboral ante los retos del Siglo XXI” solicita a la Comisión que promueva el Derecho Laboral Colectivo como uno de los medios para aumentar, precisamente, esa flexibilidad y seguridad de los trabajadores⁶.

³ Más concretamente, como se deduce de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de junio de 2007, «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad» [COM (2007) 359 final], la flexibilidad consiste en: permitir a todo el mundo adaptarse a las transiciones de la vida (del sistema educativo al ámbito laboral, de un empleo a otro, del desempleo o la inactividad al mercado laboral, del ámbito laboral a la jubilación); organizar el trabajo en función de las necesidades en términos de producción y capacidades; facilitar la conciliación entre vida profesional y vida privada. Y, más allá de la garantía de conservar el empleo, la seguridad consiste en dar a cada uno las capacidades que le permitan evolucionar en su vida profesional y encontrar un nuevo empleo; prever indemnizaciones de desempleo adaptadas, con el fin de facilitar los períodos de transición; aumentar las posibilidades de formación para todos los trabajadores, haciendo especial hincapié en los trabajadores poco cualificados o de edad avanzada.

⁴ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22-11-06 (COM (2006) 708 final).

⁵ Vid, en este sentido, entre otros, las críticas de Baylos Grau, A., Pérez, J.: “Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios* núm 5, 2006.

⁶ La idea de flexiguridad ha ido evolucionando hacia un concepto más garantista de tal manera que es necesario ofrecer al trabajador una seguridad auténtica en la evolución del contexto económico con una protección social adecuada (Vid a este respecto Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La Estrategia de Lisboa después de 2010” de 4 de noviembre de 2009”. Vid. también la reflexión sobre este principio comentando su evolución y problemática en Moreno Vida, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, VVAA,

Por otro lado, hay que señalar que los estragos de la crisis económica, que han tenido como consecuencia la pérdida masiva de empleos, han llevado a entender el trabajo desde una optica más mercantilista, como variable de ajuste económico.

A grandes rasgos, este nuevo escenario implica, por un lado, que las notas que caracterizan a una relación como laboral y, por tanto, sometida al Derecho del Trabajo según los baremos del Estatuto de los Trabajadores -“servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica”-, se hayan flexibilizado, y adaptado a la realidad social con más intensidad que en momentos anteriores, de tal forma que el campo de aplicación de este Derecho ha ido incluyendo supuestos que, en ocasiones, no responden a la lógica propia del trabajo asalariado típico y tradicional y convierten al Derecho del Trabajo en un derecho dinámico, evolutivo y tuitivo de trabajos necesitados de protección en algún ámbito. Un Derecho, en definitiva, capaz de regular la realidad social del avance de las relaciones de trabajo a través, incluso, de su propia desregulación.

Asimismo, estos cambios suponen, que el Derecho del Trabajo actual esté haciendo frente a la problemática que genera el uso de las Nuevas Tecnologías en el ámbito laboral, como el manejo de los medios informáticos propiedad de la empresa por el trabajador, el control que de ese uso puede hacer el empresario⁷, y la posible utilización de datos del trabajador que pueden convertir a este en un individuo especialmente vulnerable, si la empresa tiene acceso indiscriminado a todo tipo de datos o los utiliza con finalidades ilícitas o diferentes a las que fueron obtenidas.

Las Nuevas Tecnologías están permitiendo, además, no sólo la aparición de

Monereo Pérez, J.L; Sánchez Montoya, J.E.(Dir.) : El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, Comares, Granada, 2010, págs. 25-59).

⁷ Vid, en este sentido, por su interés, la STS de 26 de septiembre de 2007.Viene a solventar negativamente la vieja polémica de suplicación sobre si, a las auditorías de ordenador, le era o no aplicable el art. 18 del ET. Se niega la aplicación del art.18 ET y se considera que entra dentro de las facultades ordinarias de control y vigilancia del art.20.3 ET. Pero se parte de la existencia de un uso social que admite un margen de tolerancia en el uso privado de este tipo de instrumentos de trabajo. Y se condiciona el control a varias premisas: que se establezcan previamente las reglas de uso, incluida la posibilidad de prohibición o limitación; la información a los trabajadores de las mismas y de las posibilidades de control, así como de las consecuencias del uso desviado o abusivo.

nuevas formas de organización del trabajo, como el teletrabajo⁸, sino y en relación con el mismo, la alteración de aspectos fundamentales del contrato como el tiempo de trabajo permitiendo una mayor flexibilidad en su uso, revirtiendo en una mejor conciliación de la vida laboral y familiar.

2. EL DERECHO DEL EMPLEO COMO PARTE DE UN DERECHO DEL TRABAJO EN EVOLUCIÓN

Por otro lado, esa realidad social y económica envuelta en un proceso de crisis que plantea nuevas dimensiones del trabajo ha llevado, a su vez, a que el Derecho Laboral se conciba no ya sólo como un ordenamiento que tutela la actividad de quienes trabajan, sino que condiciona también las posibilidades de quienes se hallan en la expectativa de obtener empleo, de modo que el Derecho del Trabajo debe preocuparse no sólo de los ocupados, sino también de los desempleados, lo que revela, a la postre, que uno de los principios axiales del Derecho del Trabajo sigue siendo el derecho al trabajo⁹, como derecho expresamente reconocido en el artículo 35 de la Constitución Española.

El objeto del Derecho del Trabajo desborda los estrictos márgenes del trabajo prestado bajo dependencia y por cuenta ajena a cambio de un salario, para regular la materia relativa a la ordenación jurídica del empleo, nucleada en torno a la colocación y a las técnicas y medidas de fomento de empleo, lo que conforma un grupo

⁸ El Acuerdo Europeo sobre el teletrabajo de 16 de julio de 2002 se incorporó a nuestro Derecho a través del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (aunque como declaró la STS de 11 de abril de 2005, esta incorporación no suponía, ni parece aún suponer, que dicho acuerdo fuese directamente vinculante en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que algunos Convenios Colectivos hayan incorporaron en su articulado sus disposiciones –por ejemplo, XV Convenio Colectivo de la Industria Química o el Convenio Colectivo BP Oil España-).

⁹ García Blasco, J.: “Elementos para una definición del Derecho del Trabajo”, en VVAA.: Homenaje al profesor Juan García Abellán, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pág. 115.

normativo-laboral específico¹⁰ que si bien gira en torno a la relación individual de trabajo, teniendo en la misma su referente prioritario, no se identifica con ella¹¹. Puede afirmarse, así, que la moderna concepción de este derecho se anuda, al empleo y, en particular, a la política de pleno empleo, como principios rectores de la política social y económica española (art. 40.1 CE), mostrándose como un mandato a los poderes públicos para realizar una acción encaminada a esa finalidad.

Se tiende, en definitiva, a la inclusión en el ordenamiento laboral de un conjunto de normas que tratan de garantizar tanto el acceso al empleo de la población laboral en su conjunto –y en especial de ciertos sectores que presentan especiales dificultades de inserción laboral- como para el mantenimiento del empleo ya existente. Con esta finalidad se dictan normas que regulan no sólo aspectos de la relación individual de trabajo –con la creación expresa de algunos tipos contractuales con especialidades, no siempre acertadas, en lo que a su extinción, suspensión o modificación se refiere- sino también, la colocación o formación profesional de los trabajadores. Normas que conforman la política de empleo con la mirada puesta en el objetivo utópico de pleno empleo y la mejora de la calidad de la fuerza de trabajo y que inciden directamente sobre los elementos del mercado de trabajo, es decir, la oferta de empleo, la demanda de empleo y los actos de acuerdo entre quienes ofrecen y quienes solicitan ocupación. El Derecho del Trabajo experimenta, así, una inflexión en sus planteamientos, y frente a sus objetivos tradicionales –como la adquisición de ventajas y garantías de los derechos de los trabajadores activos- se prima también la tutela de los desempleados y las técnicas de reparto del empleo, ampliándose, como se ha señalado, el ámbito subjetivo de la disciplina que incluye, así, a quienes pudiendo y queriendo trabajar no tienen acceso a su primer empleo o han perdido el que tenían¹².

¹⁰ Puede hablarse, así, de un verdadero Derecho del Empleo. En este sentido, vid. Molina Hermosilla, O.: *La Dimensión Jurídica de la Política de Empleo: El Derecho del Empleo como Nueva Categoría Sistemática*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005.

¹¹ García Blasco, J.: “Elementos para una definición del Derecho del Trabajo”, op.cit., págs. 116 y ss.

¹² Vid, a este respecto, Olarte Encabo, S.: *Políticas de Empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi, 2008.

La articulación y relanzamiento actual de la política de empleo en España trae causa de las directrices y orientaciones procedentes de la Unión Europea que, sobre la base de los artículos 126 a 130 del Tratado de Amsterdam, se han ido concretando perfilando y renovando a través de distintas Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno. No en vano, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo señala que “La estrategia de coordinación de políticas iniciada en la Unión Europea obliga al Estado Español a establecer objetivos cuantificados de actuación con desempleados (...). En este contexto esta Ley tiene por objetivo incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades del mismo (...) en línea con lo que reiteradamente los Jefes de Estado y de Gobierno han venido acordando en las cumbres de la Unión Europea...”.

Los objetivos generales de esas directrices europeas pueden agruparse en cuatro pilares básicos: 1) mejora de la empleabilidad o capacidad de inserción profesional; 2) desarrollo del “espíritu de empresa” y “creación de empleo”; 3) fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas; y 4) refuerzo de la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Dentro de cada uno de ellos se especifican, a su vez, objetivos más concretos: por ejemplo, la prolongación de la vida activa, el fomento de la movilidad de los trabajadores, disminución de cargas fiscales que gravan el empleo, la formación continua, la reincorporación de las mujeres a la vida activa tras ausencias temporales del mercado de trabajo, etc. Con arreglo a estas orientaciones, los países de la UE deben elaborar planes de empleo, en los que indican las medidas normativas y administrativas que se proponen adoptar y los recursos financieros a ellas asignados. El Consejo de la UE, una vez examinada la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros, puede formular recomendaciones a los mismos, lo que, efectivamente, se viene haciendo.

Especial relevancia tuvo el Consejo Europeo de Lisboa, de marzo de 2000, del que salió la Estrategia Europea para el Empleo, ya avanzada en la Cumbre de Luxemburgo (1997), marcando como objetivo estratégico convertir la economía de la Unión en una economía competitiva y dinámica basada en el conocimiento y capaz de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos y mejor cohesión social, y potenciando la participación de los agentes sociales en este objetivo. La Estrategia

Europea de Empleo consensuada en Lisboa se renovó en 2005¹³, prestando atención, no tanto a los objetivos, sino a las acciones para conseguirlos. Tras las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2008-2010, la Estrategia Europa 2020 apuesta por modernizar los mercados laborales facilitando la movilidad de los trabajadores y el desarrollo de las cualificaciones a lo largo de la vida, con el fin de incrementar la participación en el empleo y de adecuar mejor la oferta a la demanda¹⁴. En el marco de esta Estrategia, el 30 de enero de 2012, en el seno del Consejo Europeo de enero, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión, cerraron un acuerdo en el que se propone que los fondos estructurales y de cohesión aún no utilizados se reasignen para adoptar medidas que favorezcan el mercado laboral con el compromiso de los Estados Miembros para fomentar la primera experiencia laboral de los jóvenes, aumentar la formación y los contratos de aprendizaje y aprovechar la movilidad transfronteriza, también para el trabajo.

3. LA EXCESIVA PROLIFERACIÓN DE NORMAS JUSTIFICADAS EN EL EMPLEO: LA PROPORCIONALIDAD DE ALGUNOS CASOS

El interés exponencial por el empleo y por la regulación del mercado de trabajo en aras de su logro, estabilidad en el mismo, y apoyo en caso de pérdida ha quedado patente en España en las últimas normas de Reforma laboral o en las específicamente relacionadas con la respuesta a distintos aspectos y problemática generada en torno al empleo (formación para el mismo, cobertura en caso de pérdida, estabilidad una vez encontrado, mediación de Instituciones en el empleo etc...), no siempre proporcionadas.

Así, la consensuada Ley 43/2006, de 29 de diciembre, fruto del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, de 9 de mayo de 2006, pretendió avanzar en la estabilidad en el empleo e impulsó la contratación indefinida revisando el límite temporal para las conversiones de contratos en indefinidos y limitando la utilización sucesiva de contratos temporales, extendiendo los incentivos para esa contratación a algunos colectivos, -fundamentalmente mujeres ante la reducida tasa de ocupación y actividad de las mismas-, y ampliando la duración de las bonificaciones.

¹³ Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005, "Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa". [COM (2005) -24 final -].

¹⁴ Comunicación de la Comisión "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020 final]", 3 de marzo de 2010.

Esta Ley fue base de otras normas focalizadas en el empleo. Así, el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el Programa de Empleo con Apoyo como Medida de Fomento de Empleo de Personas con Discapacidad en el Mercado Ordinario de Trabajo, que introduce la figura del preparador cuya función es la de orientar y acompañar de forma individualizada en el puesto de trabajo¹⁵; o la Ley 44/2007 de 13 de diciembre, para la Regulación del Régimen de las Empresas de Inserción, como instrumentos fundamentales para desarrollar iniciativas de apoyo a la integración laboral y social de las personas en riesgo de exclusión¹⁶. También, la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, que, entre otras medidas, introduce reducción de cuotas para el mantenimiento del empleo de trabajadores con 59 años o más (DA 22ª) y reducción también para los trabajadores por cuenta propia dedicados a venta ambulante y a domicilio (DA 23ª); y, por otro lado, el Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de Medidas de Impulso a la Actividad Económica que nace con vocación de paliar los efectos que la coyuntura económica estaba dejando sobre el empleo y estimular la actividad empresarial, pero que parece dar un paso atrás en la política de modernización¹⁷ que planteaba la Ley 43/2006, en el sentido de que se centra en colectivos muy específicos sin afrontar medidas de conjunto teniendo en cuenta todos los factores que pueden concurrir en la empleabilidad¹⁸. A ellas se unen las dirigidas a la formación profesional, complemento

¹⁵ Adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo; seguimiento y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo etc. (art. 2).

¹⁶ El artículo 4 señala que tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.

¹⁷ Sobre la imagen renovada de la política de empleo a la que parecía conducir la Ley 43/2006, vid. Sempere Navarro, A y Luján Alcaraz, J.: *La reforma Laboral de 2006, de 29 de diciembre, Análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

¹⁸ Vid, una crítica en este sentido en Molina Hermosilla, O.; De la Casa Quesada, S; Vallecillo Gámez, M.R.: "El Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral: ¿Promesa o Realidad? (Incursión en la Política de Empleo del Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril)", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm 303, 2008.

de una efectiva política de empleo, como el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo.

En mi opinión, todas ellas, sin duda mejorables, entendieron al menos que, a pesar de que imperativos de racionalidad económica, acrecentados en épocas de crisis, imponen al Derecho la formulación de soluciones jurídicas apropiadas a las necesidades económicas¹⁹, las medidas que tienen por objeto el empleo deben adoptarse desde la premisa de un derecho a ser empleado mediante el reconocimiento de garantías y protección de su titular, como fin último del Derecho del Trabajo.

Esta perspectiva, empero, ha ido perdiéndose con las que podrían denominarse “normas parche aceleradas” ante situaciones de necesidad que han proliferado en los dos últimos años. Así, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas; el RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; el RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de Medidas Urgentes para promover la transición a empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas; el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas Urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; y el RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de Medidas Urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, que crea un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje y elimina la limitación temporal a la concatenación de contratos temporales durante un plazo de dos años, obviando la lucha contra la dualidad en el mercado de trabajo para promover la estabilidad en el empleo que había quedado patente en la Ley 43/2006, y que también promovía, con criticadas excepciones, la ampliamente comentada Ley 35/2010 de 17 de septiembre de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo²⁰, cuyo análisis deja patente los efectos negativos que sobre los derechos de los trabajadores

¹⁹ Palomeque López, M.C.: “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, núm 143, 1984, pág. 16.

²⁰Vid, entre multiplicidad de obras, la conformada tras las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social: Moreno Gené, J.: Solé Puig, A.(Coords): *Las Reformas Laborales del 2010*, www.iuslabor.org, 2011.

tiene la adopción de medidas centradas únicamente en regular el mercado de trabajo, sobre la base del fomento del empleo, desde la perspectiva de variable de ajuste de las políticas económicas.

4. LA REFORMA LABORAL DE 2012: LA RECLUSIÓN DE LA CENTRALIDAD DEL TRABAJO COMO GENERADOR DE DERECHOS

4.1 INTRODUCCIÓN

La Reforma de 2010 no logró reducir la dualidad en el mercado de trabajo y otorgó más poder al empresario en relación con el despido, regulación de salarios y margen para la flexibilidad interna, mostrando un Derecho del Empleo a merced de los antojos de las fluctuaciones económicas. El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral sigue la misma línea. Reconociendo la necesidad de una reforma y que, excepcionalmente, alguna de las medidas, en mi opinión, puede considerarse acertada, -como el permiso para la formación, la regulación del trabajo a distancia o la flexibilidad que ofrecen las horas extras en el contrato a tiempo parcial que además se tomarán en cuenta en la base de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales-, de forma objetiva hay que señalar que, en general, obvia que el trabajo es fuente esencial de derechos de ciudadanía y, por tanto, debe tener una centralidad inexcusable que no puede verse atacada, golpeada y reclusa por la desviación del papel equilibrador del Derecho del Trabajo y la Negociación Colectiva hacia un Derecho del Empleo regulador de ajustes en el mercado de trabajo, al servicio de las políticas económicas, concretamente al servicio de una supuesta reactivación económica que no creará empleo a corto plazo.

Y es que la Ley se elabora sobre la base errónea de que uno de los problemas de la competitividad y el estancamiento de la Crisis en España es, precisamente, nuestro modelo de relaciones laborales. Así, la Exposición de Motivos afirma que “La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura...”. Si bien, no hay una evidencia empírica concluyente sobre la existencia de relaciones unívocas entre las instituciones laborales –como el modelo de negociación colectiva o la legislación de protección del

empleo- y los resultados macroeconómicos²¹, lo que pone de manifiesto que la salida de la crisis no depende de la regresión de los derechos de los trabajadores.

Ante la necesidad de reformas en la materia tratada, el legislador o el Gobierno, en su caso, no debe olvidar que la articulación de una política proporcionada de empleo debe partir de la finalidad tuitiva y reequilibradora que debe seguir caracterizando al Derecho del Trabajo a pesar de su evolución. Es este un Derecho que “se asienta sobre una desigualdad originaria entre el trabajador y el empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro”²² y que debe tender a equilibrar, en pro del trabajador, tomando en consideración las implicaciones del principio de igualdad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. La aplicación de este principio en las relaciones laborales evita los abusos originados, precisamente, por la conciencia de esa desigualdad²³. Sirve de base para unas relaciones laborales basadas en la ajenidad y dependencia económica pero no discriminatorias sin ningún criterio razonable. Una igualdad que debe procurar aproximar las condiciones sociales de los trabajadores y debe ser garantizada por los poderes públicos poniendo los medios para hacerla efectiva, de forma que las distintas normas que se adopten abran espacios de igualdad en esta relación desigual que, sin eliminar esta última, permita el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador.²⁴

²¹ Como se señala en el Informe de la Fundación 1º de Mayo de febrero de 2012: *Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo. 52 reformas desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980*, descargable en www.1mayo.org. Vid también, a este respecto las reflexiones de Alfonso Mellado, C. L.: “El contexto socioeconómico y el alcance de la reforma laboral”, VVAA Moreno Gené, J.: Solé Puig, A.(Coords): *Las Reformas Laborales del 2010*, www.iuslabor.org, 2011, págs. 3-37.

²² Del Rey Guanter, S.: “La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988, pág 373, haciendo referencia a la STC 3/1983, de 25 de enero.

²³ Una desigualdad, así, que no justifica la prevalencia en todo caso de la libertad de empresa de modo tal que los trabajadores puedan soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas en sus derechos fundamentales y libertades públicas (Por todas, STC 88/1985 de 19 de julio y STC 106/1996 de 11 de julio).

²⁴ Del Rey Guanter, S.: “La aplicación de los valores superiores...”, op.cit., pág 374.

En ese equilibrio empresario-trabajador que esta disciplina jurídica aporta, resulta de vital importancia el juego de la negociación colectiva que, en tiempos de crisis y flexiguridad, puede ofrecer una flexibilidad que no produzca una absoluta flexibilización, valgan las redundancias, de la regulación del trabajo. Si bien, la norma de Reforma, sobre la base del artículo 86 de la Constitución -recurrente en exceso ultimamente-, justifica la prescindibilidad de la Negociación Colectiva en la necesidad extraordinaria y urgente de adoptar unos cambios de envergadura en nuestro sistema de relaciones laborales ante la grave situación del mercado de trabajo. Pero si, según la Exposición de Motivos del RD-Ley, los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales y afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral, la reforma de envergadura que postula no debería haber sido, en ningún caso, urgente y precipitada, sino convenientemente meditada y concretada con los interlocutores sociales para hacerla, así, verdaderamente equilibrada.

4.2. ALGUNOS EJEMPLOS CONCRETOS

Ese valor garantista y equilibrador de la negociación colectiva también se desatiende en la concreta regulación que realiza el RD-Ley 3/2012 de algunos aspectos relacionados con la misma. Así, esta Reforma, da excesivo valor al convenio de empresa que, con la nueva redacción del artículo 84.2 del ET tiene prioridad aplicativa respecto de los de ámbito superior en un número considerable de materias, - que además no son *numerus clausus*²⁵-, esto es, salario, abono y compensación de pagas extras, retribución del trabajo a turnos, horario, distribución del tiempo de trabajo y vacaciones, clasificación profesional adaptada a la empresa, adaptación a las modalidades de contratación, y medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, sin que los Acuerdos Marco del artículo 83 tengan opción

²⁵ Conforme al art. 14 apdo. Tres del RD-Ley 3/2012: “El apartado 2 del artículo 84 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (...) g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

de acotar nada al respecto -con el riesgo que eso puede suponer para el mantenimiento de ciertos derechos de los trabajadores-.

Además, el valor del convenio queda relegado en cuanto que la Reforma permite al empresario inaplicar y regular a su antojo las condiciones establecidas en el que sea de aplicación (art. 14.Uno del RD-Ley 3/2012 modificando el art. 82.3), a pesar de tener que pasar por un periodo de consultas en el que el desacuerdo conlleva la puesta en marcha de hasta tres mecanismos de solución, casi a modo de “concesión graciosa” para con los trabajadores, ante ese poder usurpado a la Negociación Colectiva.

Las materias objeto de este descuelgue coinciden, a excepción de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social²⁶, con las propias de la modificación sustancial -que si son de condiciones reguladas en convenio colectivo estatutario se lleva precisamente a lo establecido en el artículo 82.3-. Así, jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial²⁷; sistema de trabajo y rendimiento; y funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET. Esta inaplicación del convenio en las materias citadas podrá realizarse cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que la norma apenas acota²⁸ generando, de este modo, que cualquier situación empresarial pueda reconducirse a las mismas; y con desarrollo de un período de consultas en el que si no hay acuerdo se establece un procedimiento de solución en tres fases, como ya se ha avanzado, si el primer órgano no resuelve el desacuerdo: Comisión Paritaria, Procedimientos del art. 83 del ET y resolución de la

²⁶ Que sin embargo, su modificación sí que se ha considerado sustancial por la Jurisprudencia (STS de 19 de marzo de 2001)

²⁷ Con esta reforma se incluye referencia expresa a la modificación de la cuantía salarial, si bien, antes de la Reforma, podríamos considerar también su sustancialidad, a tenor de la literalidad del artículo 41.1.: “tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, ENTRE OTRAS, las que afecten a las siguientes materias” y por la propia interpretación que ha hecho la Jurisprudencia en relación con las condiciones que se consideran sustanciales

²⁸ Salvo que en la causa económica se considera disminución persistente del nivel de ingresos o ventas si esa disminución se produce durante dos trimestres consecutivos. ¿Y cómo deberíamos interpretarlo?. ¿Disminución persistente pero contenida en esos dos trimestres o disminución persistente pero descendente?

controversia por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios, cuando el descuelgue afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una CCAA u órganos correspondientes de las CCAA en caso contrario.

Estas medidas en relación con los convenios colectivos forman parte del Capítulo III del RD-Ley 3/2012 en la que se incluyen, a su vez, otras para favorecer la flexibilidad interna de las empresas, justificadas, de nuevo, en la alternativa a la destrucción de empleo, como opción para que la empresa pueda hacer frente a las oscilaciones de la demanda y no tenga que recurrir al despido. Lejos de ser medidas de flexibilidad garantista que evitan un retroceso en derechos de los trabajadores, la norma opta por una flexibilidad con una concesión de poder al empresario excesiva, acrecentando esa desigualdad originaria de las partes de la relación laboral.

Así, el empresario puede proceder al traslado del trabajador y a modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo casi por cualquier causa, ya que con el RD-Ley 3/2012 (arts 11 y 12) las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifican deben estar relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, conceptos jurídicos excesivamente indeterminados. Además, desaparecen en ambos los condicionantes teleológicos de las medidas que, anteriormente a esta Reforma de 2012, se encontraban unidos a las causas; esto es, que la medida contribuyera a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, en el caso de traslados, a los que se añadía que la medida contribuyera a prevenir una evolución negativa de la empresa introducida en la Reforma de 2010, en el caso de la modificación sustancial.

Por otro lado, como otra muestra más de la regresión de derechos de los trabajadores, en relación con la movilidad geográfica, desaparece la posibilidad de intervención de la Autoridad Laboral para ordenar la ampliación del plazo de incorporación del que dispone el trabajador y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado, teniendo en cuenta las posiciones de las partes y cuando las consecuencias económicas y sociales de la medida así lo justificaran, por un período no superior a 6 meses. Ello tiene como consecuencia que la decisión empresarial de traslado será inmediatamente ejecutiva dentro de los plazos fijados por el artículo 40 y, por tanto, una concesión más al poder empresarial.

En relación con la movilidad funcional, que deberá articularse en relación con grupos profesionales tras la modificación del sistema de clasificación profesional (art. 8 RD-Ley 3/2012) y, en otro conato de retroceso, no se exige que la movilidad descendente esté justificada por necesidades perentorias e imprevisibles.

Por otro lado, el RD-Ley 3/2012 (art. 13) establece un nuevo procedimiento para las suspensiones de los contratos o las reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o derivadas de fuerza mayor en la que ya no se acude a lo previsto para despidos colectivos con especialidades sino que se regula de forma autónoma. Lo más relevante, en esa muestra de retroceso de los derechos de los trabajadores y utilización de la legislación laboral como variable de ajuste de las políticas económicas que se está poniendo de manifiesto con esta comunicación, es la supresión de la autorización administrativa de la suspensión –salvo en los casos de fuerza mayor-. Queda así, el empresario, como titular exclusivo de la adopción de estas medidas, tras un período de consultas de mero trámite en el que el acuerdo avala la concurrencia de las causas justificativas, a salvo del control de la Inspección a través de su informe preceptivo.

Esta supresión de la autorización también se da en los supuestos de flexibilidad externa en los despidos colectivos. En relación con ellos (art. 18 RD-Ley 3/2012) se relajan las causas que lo justifican –económicas, técnicas, organizativas o de producción- de tal forma que se suprime para todas ellas la referencia a la acreditación, a la justificación de la razonabilidad y a la necesidad de que estas afecten a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el empleo limitando de este modo las posibilidades de que el juez no considere proporcionada la medida extintiva; se mantiene para la causa económica la existencia de pérdidas, también, previstas; y la única acotación que hace la norma es para la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, como ejemplo de causa económica, entendiéndose por tal si se produce durante tres trimestres consecutivos. Causas amplias, que casi convierten al despido en libre, y que deberían hacernos reflexionar si estamos incumpliendo las obligaciones adquiridas con el Convenio 158 de la OIT sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, que exige justa causa para despedir.

Otra medida que también redundaría en un retroceso de los derechos de los trabajadores es el llamado “contrato indefinido de apoyo a los emprendedores” que desvirtúa la propia finalidad del período de prueba al fijarlo en un año de duración y convirtiéndolo, así, en un “contrato de duración determinada” que deviene, además,

inútil para la creación de empleo efectivo y de calidad. A ello se suma un contrato para la formación y el aprendizaje (art. 4) en el que, expirada su duración, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa para desempeñar la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta. En definitiva se adquiere experiencia profesional a costa de precariedad.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sobre la base de las nuevas connotaciones y dimensiones del trabajo y el valor creciente del factor empleo, he pretendido dar un toque de atención sobre algunas medidas adoptadas en el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes de Reforma Laboral que desvirtúan el fin último del Derecho del Trabajo, cual es el derecho a ser empleado mediante el reconocimiento de garantías y protección de su titular y cuyo trasfondo se encuentra en un punto de partida erróneo, que los problemas de competitividad y estancamiento de la crisis en España se encuentran en la rigidez de nuestro modelo de relaciones laborales.

Si dejamos de considerar a la legislación laboral y a la flexiguridad como una variable de ajuste de las políticas económicas y adoptamos medidas de reforma sobre la base de la centralidad inexcusable del trabajo, como fuente esencial de derechos de ciudadanía y, por tanto, como valor que hay que proteger, especialmente en momentos de crisis en los que la brecha de desigualdad entre trabajador y empresario se intensifica, se podría conseguir, casi con toda seguridad, un derecho más acorde a las necesidades de los trabajadores.