

CRISIS ECONÓMICA Y REFORMA LABORAL EN LA LARGA DURACIÓN HISTÓRICA

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Sumario: 1. Introducción: La crisis económica y los fundamentos existenciales del Derecho Social del Trabajo. 2. Medidas de reforma y la necesaria contención y reducción de los procesos de dualización y precarización laboral. 3. Liberalización de los mercados de trabajo, Derecho flexible del Trabajo y forma de «Estado Mercado». La desestructuración y parcial dismantelamiento de las bases institucionales de los mercados laborales. 4. Conclusión. Las consecuencias de los procesos de reforma laboral ¿Es el Derecho del Trabajo un Derecho «invertido»?

«El trabajo no es una mercancía»

Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, 10 de mayo de 1944

«La inestabilidad generalizada obstruye cualquier opción para crear vínculos sociales duraderos»
Richard Sennet¹

1. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS ECONÓMICA Y LOS FUNDAMENTOS EXISTENCIALES DEL DERECHO SOCIAL DEL TRABAJO

La reforma laboral se inserta en el contexto problemático de la globalización y la presente coyuntura de crisis económica estructural, en la época actual de capitalismo desorganizado, con un desarrollo desequilibrado orientado al

mercado y la reducción de la acción política y la regulación jurídica moderna al principio de mercado. La globalización plantea nuevos retos a la tradición del constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho, tanto a nivel de los Estados nacionales como en su propuesta de extensión a la Unión Europea, como un nuevo espacio geopolítico definido. El poder (político y socio-económico) adquiere dimensiones transnacionales y no es absolutamente independiente de las grandes potencias estatales.

El mismo proceso de integración europea no es, evidentemente, ajeno a esta nueva fase de la mundialización. Hunde sus raíces, como se sabe, en un complejo de causas diversas, pero la Unión Europea se ve inmersa —mostrando una gran impotencia— en un entorno profundamente cambiado desde los orígenes de la construcción del proyecto europeo. Ese

nuevo espacio político y jurídico hasta el momento sólo ha sido capaz de ofrecer una *respuesta insuficiente* ante la globalización y las exigencias de reforzar el sistema democrático y los derechos sociales de ciudadanía consustanciales a la tradición europea del constitucionalismo democrático-social.

La crisis económica —cuyas causas, bien conocidas, derivan del modelo de capitalismo especulativo, de «rapiña», que ha imperado en las últimas décadas— está siendo aducida como fundamento para un desmantelamiento de los derechos sociales fundamentales que han venido estando garantizados en el constitucionalismo social de los Estados europeos más avanzados desde la segunda postguerra mundial. Se había tratado de extender ese modelo de constitucionalismo social al ámbito de la integración europea, dotando a la Unión Europea, con carácter integrador, no sólo de una «constitución económica», sino también de una «constitución social» garantista. Ese proceso de constitucionalización en curso, es incompleto y adolece de relevantes limitaciones.

El «ciclo» de reformas iuslaborales es reflejo de un proceso político, donde se optan por determinadas opciones de política del Derecho. No se trata de un pretendido proceso tecnocrático, sino de una decisión sustancialmente política. El marco de referencia no puede ser desatendido ni simplificado, pues literalmente estamos ante un cambio de época. Ello es perceptible ya por el hecho de que el modelo de capitalismo ha cambiado. Interesa recordar que el Estado Social y el Derecho Social siempre han estado en evolución: son sistemas evolutivos como condición de supervivencia y de eficiencia para hacer frente a las exigencias de una sociedad en constante transformación. El último paso sobre lo ya andado en el ciclo de reformas recientes (desde la de 2010-2011, aunque tiene sus antecedentes más lejanos) viene representado por la importante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En esa secuencia de reformas existen líneas de continuidad y de discontinuidad. Interesa, a nuestros efectos,

señalar, en este contexto histórico-normativo, los elementos más significativos que determinan el *modelo* de regulación diseñado por la reforma laboral llevada a cabo finalmente por la Ley 3/2012.

Se plantea el reto de la internacionalización económica, la diferenciación económica y social postindustrial y la proclividad hacia formas de «austeridad permanente». El capitalismo ha adquirido dimensiones globales y domina el capitalismo especulativo y financiero. La financiarización del capitalismo actual² comporta un consiguiente incremento del poder financiero en lo económico, lo político y lo social, alterando el comportamiento de los demás agentes e instituciones públicas y privadas hasta llegar a imponer qué es lo legítimo. El poder financiero ha controlado a la economía productiva y al consumo internacional, y ha hecho plegarse, en gran medida, a sus condiciones a las instituciones políticas nacionales y supranacionales, especialmente a los países más débiles y vulnerables, dejando fuera cualquier consideración de racionalidad social. De este modo, la lógica financiera se sobrepone a la lógica productiva. Está propiciando (que no determinando *per se*) la destrucción de las bases sociales fundamentales del trabajo en la tradición del constitucionalismo democrático-social. La nueva forma de Estado, el «Estado Mercado» consagra la centralidad del mercado y están haciendo prevalecer la razón económica (exigencias del mercado) sobre la razón social (necesidades de la sociedad).

El «Estado Mercado» se pone al servicio del mercado y de los poderes económicos y financieros dominantes. Las iniciativas de las instituciones políticas de la Unión Europea (Consejo y Comisión Europea) obedecen al predominio de la constitución económica europea. Bajo su impulso e imposición se aprobó el «Pacto fiscal», el cual se ha constitucionalizado en varias constituciones europeas (incluida España) y se han llevado a cabo importantes reformas en el Derecho Social, tanto en el Derecho del Trabajo como en el Derecho de la Seguridad Social, especialmente en materia de pensiones. De manera renovada se restablece

la vieja utopía liberal de una «sociedad de mercado», según la cual el mercado económico no el espacio político es la auténtica instancia reguladora de la sociedad. Sin embargo, ni el Estado Social de Derecho, ni el Derecho Social del Trabajo, pueden ser relegados a simples instrumentos institucionales al servicio de la racionalidad del mercado. El Estado Social es una respuesta política y jurídica a la creciente necesidad de regular las complejas relaciones económicas y sociales, vinculadas al proceso de industrialización y modernización, y al mismo tiempo a las exigencias de una mayor protección social de los ciudadanos. Precisamente, la crisis actual es, en gran medida, la consecuencia de la subordinación de la Sociedad al Mercado, esto es, a su lógica de racionalización puramente instrumental³.

Esto ha permitido que las necesidades humanas se amolden a la lógica de la racionalización económica y financiera no al revés, lo que se hace visible en el recorte o supresión de protecciones sociolaborales. Con ese proceso de reformas paulatinas lo que se está redefiniendo la constitución democrático-social del trabajo del Estado Social, bajo el «velo» que supone la presentación del proceso «reformista» en términos de replanteamiento y adaptación del llamado «modelo social europeo» a los cambios económicos y sociales en curso. La orientación de la nueva forma Estado no es la propia de un Estado del Bienestar activo, sino la de un Estado del Bienestar «residual» propugnado desde hace tiempo por la ideología neoliberal. En el ámbito de la Unión Europea prevalece la integración negativa (construcción del mercado interior europeo) sobre la integración positiva (construcción de una Europa social basada en la garantía de los derechos fundamentales y señaladamente de los derechos de naturaleza eminente social). Este enfoque conduce a defender una forma de «solidaridad competitiva» en los distintos países miembros de la Unión.

En este contexto de la crisis económica y financiera viene siendo aducida como fundamento para la revisión del marco normativo institucional de los mercados de trabajo, la remercantilización de derechos sociales y la pri-

vatización de servicios públicos de interés social. Aunque siempre se legisla a través de Real Decreto-Ley y tras su consumación la correspondiente convalidación parlamentaria, aparte de la anomalía constitucional de este modo de utilización sistemática de este instrumento normativo, es de señalar que las reformas no tienen una vocación de provisionalidad. La mejor prueba de ello es la *reforma constitucional* que introdujo la llamada «regla de oro» en la Constitución (art. 135), con potenciales consecuencias negativas para la financiación de gasto público en materia social.

El núcleo de las medidas jurídico-laborales reformistas (en el ciclo largo de las reformas de 1994-1997 y 2010 en adelante) se han enmarcado principalmente en el cuadro general de una política económica de «de oferta», que apuesta por la reducción de los costes laborales como vía para incrementar la rentabilidad de las empresas (bajos salarios, reducción de cuotas a la Seguridad Social, deterioro considerable de las condiciones de trabajo y mantenimiento de altas tasa de paro y precariedad laboral). El modelo anglosajón de organización del mercado de trabajo y del sistema de relaciones laborales ha sido el que ha prevalecido más en las reformas realizadas en España en las dos últimas décadas, aunque no puede identificarse plenamente con aquél. Las reformas laborales desde la década de los noventa se han encaminado irreductiblemente a implantar instrumentos más flexibles de ordenación del mercado de trabajo; instrumento básicamente de flexibilidad defensiva que ha permitido «construir» la precariedad laboral. Ello es bien significativo en las reformas 1994-1997, 2010-2011 y 2012, asociada con una cultura empresarial basada en la temporalidad y en la precariedad, y el consiguiente rechazo de una necesaria cultura de estabilidad y calidad en el empleo. Esto permite afirmar que en nuestro país existe un *modelo de «flexibilidad insegura»*⁴, basado en la inseguridad en el empleo, facilitación y abaratamiento del despido, la baja cualificación, y en una creciente re-mercantilización del trabajo. Un modelo que, por el momento, no se basa en la calidad del empleo y productividad

del trabajo, a pesar de que en el plano jurídico-formal se enfatice el objetivo de las políticas de empleo de «crear y fomentar el empleo, especialmente el estable y de calidad» (art.25.1.d) de Ley 56/2003, de 16 de octubre, de Empleo, en relación con el art.1 del mismo cuerpo legal, que incluye entre las finalidades de la política de empleo el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad del empleo). No parece razonable exigir a los trabajadores precarios —inestables y normalmente con baja cualificación— que se impliquen en la productividad y competitividad de una empresa que los relega a la condición «mercantilizada», de máxima explotación y desigualdad socio-laboral. Se está asistiendo a una generalización de la inseguridad social, con las mutaciones del trabajo asalariado (terciarización, polarización, flexibilización, individualización, trabajo inestable y mal retribuido, la tendencia a un *workfare*, que se orienta peligrosamente hacia el establecimiento de programas de trabajo obligatorio, pasando del campo de los «derechos» sociales al de los «deberes» contractuales, como es el caso del compromiso de actividad y la exigencia de aceptar una oferta de trabajo «adecuado» condicionante de la percepción de las prestaciones por desempleo, que acepta una filosofía de tipo neodarwinista ensalzando a los ganadores y vituperando y castigando a los «perdedores», etc.), que el marco jurídico-institucional lejos de contrarrestar impulsa. En efecto, las ideas-fuerza de las reformas son bien explícitas de la exactitud de esa afirmación:

Es de hacer notar, que en este contexto se avanza hacia una reforma laboral cada *más estructural* y con menos consenso político y sindical. El modo de gobernar la crisis actual parece dejar en un segundo plano a la fuerza representativa de los agentes sociales, y en particular de los sindicatos más representativos cuyo papel como sujeto político es seriamente cuestionado en la praxis política y jurídica. Y sin embargo el sindicato no tiene alternativa como instrumento de identidad colectiva y subjetividad política del trabajo. Es significativo, en tal sentido, que el importante II Acuer-

do Interprofesional para el Empleo y la Negociación colectiva, pactado entre CC.OO., UGT y CEOE-CEPYME, concluido con tres años de vigencia (2010-2014)⁵, haya sido completamente desatendido e ignorado por el gobierno. En él se diseñaba una nueva estructura de la negociación colectiva y mecanismos de flexibilidad interna negociada, con recomendaciones para la regulación legislativa. En este sentido parece que subyace una opción de política del Derecho contraria a la *flexibilidad negociada* organizada a través de la autorregulación de los propios agentes sociales. Se ha preferido debitar la posición jurídica e institucional de los sindicatos más representativos y de las grandes organizaciones de intereses de los empresarios. Esta desatención al papel de los agentes sociales en el proceso político, junto con las medidas que tienden a desestructurar la negociación colectiva, comporta una ruptura del sistema de relaciones industriales del constitucionalismo democrático-social consagrado en nuestro Texto Fundamental (artículos 7, 28, 131 y concordantes). En realidad, un elemento preocupante es la orientación político-ideológica encaminada a *disolver lo colectivo en lo individual*, adquiriendo las medidas adoptadas no sólo una dimensión jurídica, sino una llamada hacia una hegemonía cultural que tiende a buscar la des-legitimación social del sindicalismo moderno. El movimiento es paralelo a la pretensión de disolver la «idea social» en la «idea individual» en el marco de un proceso de individualización de masas⁶. Estamos ya frente a una abierta ruptura del constitucionalismo democrático-social diseñado en la Carta Magna llevada a cabo sin reforma formal de la misma a través de las sucesivas reformas sociolaborales. La crisis económica no ha hecho sino acelerar, intensificar y endurecer un proceso ya iniciado sobre todo a partir de la reforma laboral de 1994⁷. Un proceso de revisión marcado por la re-mercantilización de los derechos sociales prestacionales vinculados al empleo y por la creciente des-colectivización y desindustrialización del sistema de relaciones laborales.

No debe pasar desapercibido que el Convenio OIT núm. 154 (1981) impulsa un modelo

de intervencionismo público promocional de la autonomía colectiva negociada, no un modelo de intervencionismo autoritario que se imponga a los propios agentes sociales. Así, se indica que «se deberán adaptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para *fomentar* la negociación colectiva» (art.5.1); las medidas de intervención y apoyo público «deberán tener por objeto que: d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas» (art. 5.2.d); y que «los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva» (art. 5.2 e). Por otra parte, «las disposiciones adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores» (art. 7). Finalmente, una disposición todavía más nítida respecto del intervencionismo público y sus límites respecto de la negociación colectiva, a saber: «Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva *no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva*» (art. 8). Pues bien, como se indicará después, varias de las medidas de intervención pública en la negociación colectiva no parecen respetar estos límites intrínsecos establecidos expresamente en el Convenio OIT núm. 154 (1981). Y no se trata sólo de las relevantes imposiciones que se contienen en la reforma, sino también del hecho bien significativo de cómo el legislador ha desatendido sin más la reforma bilateral por los interlocutores sociales de la estructura y contenido de la negociación colectiva y otras importantes materias que definen el modelo de negociación colectiva, plasmada en el «II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2012, 2013 y 2014», negociado por CEOE/CEPYME, CC.OO y UGT el 25 de enero de 2012⁸. Pero lo mismo cabe decir respecto al «V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial)», celebrado por los

mismos interlocutores sociales representativos. En dicho Acuerdo se apuesta por la utilización de los medios extrajudiciales basados, en principio, en la voluntariedad, excepto cuando por acuerdo de las partes correspondientes, a nivel de empresa o de ámbito superior, se establezca la obligatoriedad de los mismos, lo que es de aplicación, particularmente al arbitraje. Además, se potencia en papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos. La imposición de arbitrajes obligatorios en determinados conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleve bloqueo de la negociación correspondiente; y los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 44. 9, 47, 51 y 82.3 de la LET, se aparta de ese criterio de voluntariedad en el sometimiento al procedimiento arbitral.

En este contexto, predomina en la reforma de 2012 una concepción instrumentalista de la negociación colectiva, puesta en cuestión si rehúsa estar al servicio de la racionalidad empresarial. El Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, es harto significativo de esta concepción instrumental cuando se indica que: «Las modificaciones operadas en estas materias responde *al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*» (Preámbulo, apartado IV). En ello preside el intento de «colonizar» de la racionalidad jurídico-colectiva por la racionalidad económica. Se puede atisbar, en esto, una cierta vigencia de la versión más liberalizante del análisis económico del Derecho. Por otra parte, la reforma de la 2012 apuesta no por la dispositividad de reglas de la ordenación legal para la autonomía colectiva, sino por la imperatividad de la regulación en aspectos nucleares —como la estructura y contenidos— que forman parte del ámbito propio del derecho de autorregulación colectiva ex art. 37.1 CE (v.gr., art. 84.2 LET, «los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 *no* podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado», relativo a la preferencia aplicativa del convenio del con-

venio colectivo de empresa). Esto es propio de un modelo de intervencionismo fuerte, cuando no calificable literalmente de autoritario.

A la par, se cuestiona el alcance redistributivo y el poder desmercantilizador del Estado del Bienestar nacional. La integración económica europea y las políticas nacionales de orientación neoliberal están redefiniendo los límites de los sistemas de protección sociolaboral, tanto limitando la autonomía de en las opciones de política como abriendo cauces de coordinación política a varios niveles liderada por la Unión Europea.

2. MEDIDAS DE REFORMA Y LA NECESARIA CONTENCIÓN Y REDUCCIÓN DE LOS PROCESOS DE DUALIZACIÓN Y PRECARIZACIÓN LABORAL

El objetivo real de las reformas laborales de las dos últimas décadas, no ha sido solo la «modernización» del modelo español de relaciones laborales; su objetivo preferente ha sido la reducción de los costes del factor trabajo, transfiriendo riesgos empresariales a la posición de los trabajadores (reducción del coste del despido mediante diversas técnicas, y la más reciente de generalización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de tutela débil; facilitar el descuelgue salarial ante todo para empresas de reducidas dimensiones —la mayor parte del tejido productivo español—; el mantenimiento básicamente inalterado de las fórmulas de contratación temporal sin precisar sus causas justificativas, etc.); la facilitación de los despidos (tanto por causas empresariales como en el marco de los despidos disciplinarios ilegítimos), y la mayor discrecionalidad en la utilización flexible de la mano de obra (ampliación significativa de las medidas de flexibilidad «interna», incrementando el poder de dirección del empleador). En muchos aspectos de la regulación reformista se contradice el objetivo autoproclamado por el legislador en las Exposiciones de Motivos de la Ley 35/2010

y de la Ley 3/2012. El legislador reformista continúa la senda de las reformas precedentes, la cuales lejos de atender a las causas más profundas y determinantes de la dualización de los mercados de trabajo y de la progresiva precarización del empleo, con el abuso de la contratación temporal y la utilización de prácticas desviadas que degradan la condición del trabajador se ha inclinado por otras medidas que o bien han sido meramente «paliativas» (pero no «curativas» ni «preventivas») del fenómeno, o bien incluso ha ignorado las medidas correctas a adoptar (y que se perciben en otros países de referencia comparables), o bien, finalmente, ha contribuido —con mayor o menor conciencia de ello, aunque como resultado efectivamente producido— a acentuar el problema con la predisposición de medidas que favorecen la dualización, la temporalidad y la precarización laboral.

La nueva reforma se enmarca en un proceso de transición de largo alcance desde la constitución democrático-social garantista del trabajo (a la cual respondía *grosso modo* la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980) hacia una diversa constitución liberal flexible del trabajo, la cual tuvo su eje inicial en las reformas laborales de la década de los noventa (1994-1997), y prosigue con la actual reforma de ciclo largo iniciada en 2010. En este proceso la situación es «intermedia», porque coexisten normas típicamente garantistas con normativas típicamente flexibilizadoras y liberalizadoras. Pero el modelo emergente de flexiseguridad se orienta preferentemente hacia el modelo defensivo más que al modelo ofensivo (flexiseguridad garantista). De ello da buena prueba no sólo el contenido de la reforma sino también la vocación de permanencia de las medidas adoptadas, pues éstas no se consideran —en su mayor parte— como medidas de carácter coyuntural, sino de naturaleza típicamente estructural, llamada, así, a perdurar en lo que tienen de revisión cualitativa del modelo preexistente —o pre-vigente— de Estatuto de los Trabajadores. Por ello se puede hablar de que el ciclo de reformas laborales de 2010-2012 constituye un paso más en la senda

hacia una mayor liberalización de las relaciones laborales. Si se analiza —como se debe— todo el ciclo reformista en su conjunto, se percibe como está incidiendo en todas las instituciones fundamentales del Derecho Social del Trabajo: desde la reconfiguración de las fuentes (donde pierde peso el papel de la negociación colectiva, especialmente la negociación supraempresarial), hasta abarcar todos los institutos y categorías contractuales con medidas de flexibilidad externa e interna. Queda por completar una más incisiva reforma en la representatividad sindical y de los mecanismos de acción colectiva como la huelga, aunque ya se ha abordado medidas limitativas del derecho de autocomposición colectiva del conflicto a través de la sistemática imposición del arbitraje obligatorio en las controversias colectivas.

Esta reforma, que presenta un carácter todavía contradictorio y ambivalente en sus potenciales efectos, no va a contener ni a reducir significativamente la dualidad en el mercado de trabajo y las situaciones de precariedad, que, por cierto, no derivan sólo de la contratación temporal, sino también de otros institutos jurídico-sociales y realidades económico-sociales. En todo caso, con algunas reformas del RDL 3/2012 y su convalidación modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la contraposición entre la constitución legal del trabajo resultante de las reformas laborales sucesivas y la constitución democrático-social dibujada en la Constitución del Trabajo del Texto Constitucional es tan manifiesta como para plantear ya algunas dudas fundadas sobre la posible inconstitucionalidad de ciertas medidas adoptadas. Y es que se ha ido conformando una «realidad constitucional» que se contrapone cada vez más visiblemente al modelo constitucional de relaciones laborales y textos internacionales reguladores de derechos fundamentales sociales como la Carta Social Europea en versión revisada de 1996 y numerosos Convenios de la OIT (Señaladamente, los convenios 87, 98, 150 y 154). La mutación tácita —y en menor medida reforma expresa— de la Constitución se ha hecho tanto más visible cuanto se va

completando todo el espectro de instituciones individuales y colectivas afectadas por el proceso reformista en la última década. La cuestión no es hipotética pues, como se sabe, se presentó un *Recurso de Inconstitucionalidad* (4 de octubre de 2012) frente a un amplio conjunto de ellas establecidas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, y en no pocos casos con gran fundamentación técnico-jurídica.

Dentro de los institutos jurídico-laborales, el incremento del ámbito de intervención de las Empresas de Trabajo Temporal supone en sí una medida de apoyo a la contratación temporal vinculada inescindiblemente a su propio objeto social. Tampoco este tipo de reforma laboral es capaz de «crear» empleo. Por lo demás, la pretensión de potenciar el contrato para el fomento de la contratación indefinida, a pesar de las «ventajas» de un generalizado periodo de prueba liberalizador, no parece que tendrá demasiado éxito, entre otras cosas, por las amplísimas posibilidades que permite nuestro ordenamiento laboral para la contratación temporal (en sus diversas modalidades; son insuficientes las medidas limitativas o penalizadoras de la reforma en este sentido), y por el mismo peso histórico de una anquilosada «cultura empresarial» decididamente proclive hacia las pretendidas «ventajas» o «beneficios» de una precarización laboral.

En términos de conjunto, las reformas laborales —señaladamente la última fase representada por la reforma de 2012— no adoptan un enfoque de flexibilidad y competitividad ofensiva, basada en la calidad, innovación y productividad del trabajo, sino en una perspectiva de flexibilidad y competitividad defensiva, basada en la reducción sistemática de costes del trabajo y en el decisionismo unilateral y autoritario del empleador sobre la determinación de las condiciones de trabajo (De ahí que pasen a un segundo plano las técnicas concertadas propias de la flexibilidad negociada entre los actores sociales). Este modelo de flexibilidad y competitividad defensiva en curso y avanzado estado de implantación conduce —como es fácil de comprobar— a una expansión inusitada de las distintas formas de

precarización laboral, evidenciándose que en la práctica las actuales políticas de reforma están ahondando en la segmentación y dualización de los mercados de trabajo.

No se trata, por supuesto, de hacer juicios de intenciones sobre el programa de reformas, sino de constatar la naturaleza y consecuencias del cuadro de medidas propuestas y puestas en práctica en relación a los mismos objetivos diseñados. En este sentido es harto significativa la premisa de partida de quien actualmente ostenta la condición de Director General de Empleo. Se arguye que el Derecho del Trabajo ha sido un «colaborador necesario» utilizando expresamente el «símil penal»⁹. Esta analogía, que se convendrá que es poco afortunada, supone insistir en la culpabilización del Derecho del Trabajo, e implica desconocer cuáles son las causa «reales» y más determinantes de la situación de desempleo masivo, de la dualización y precarización de los mercados de trabajo, y desde luego de la crisis económica y financiera y al modelo productivo a la que están vinculados. No debe olvidarse que llevan aplicándose medidas flexibilizadoras y liberalizadoras al menos desde la reforma laboral de 1994 y que nuestro mercado de trabajo hoy por hoy es ya uno de los más flexibles de los países europeos de referencia comparables. Es cierto que los hechos corroboran una situación anómala caracterizada por la preferencia hacia la flexibilidad externa a través de la doble vía de la contratación temporal y la utilización del despido como cauce flexibilizador de los niveles de empleo en la empresa, pero constituye una simplificación pensar que todo estaría determinado por la medidas laborales. Esto sin dejar de desconocer que las mismas reformas laborales flexibilizadora a lo largo de estas dos últimas década (incluida la última de 2012, especialmente a través de la temporalidad oculta bajo el entramado del periodo de prueba en los contratos de fomento de la contratación indefinida de apoyo a los emprendedores) han contribuido a favorecer la temporalidad y la extinción contractual como medida de «ajuste» y «adaptación» de plantillas (piénsese en la utilización de la contratación temporal como

pretendida medida de fomento del empleo, en la permisibilidad judicial de la utilización disfuncional de los contratos para obra o servicio determinado, el «despido exprés» —que acertadamente ha sido suprimido por la Ley 3/2012— y en la consecuencia expulsiva directa que está teniendo la flexibilización causal de los despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa; y la supresión en el actual contexto de crisis económica de la autorización administrativa, etc.).

Por otra parte, se establece una correlación mecanicista entre la crisis económica y la «insostenibilidad del modelo laboral español» y la realización de reformas flexibilizadoras sirviendo al declarado «objetivo» de «la flexiseguridad; y «con esta finalidad», la reforma legislativa «recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores» (Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Sin perjuicio de reconocer el carácter positivo de varias de estas iniciativas, hay que señalar que el tipo de «flexiseguridad» que se postula *atendiendo al conjunto de las medidas reformistas* es más bien el propio de un modelo de flexiseguridad neoliberal que del modelo de flexiseguridad garantista. Ello se evidencia bien nítidamente cuando se observa la centralidad de la regulación flexibilizadora del despido (en términos de costes y de facilitación causal y procedimental), la desestructuración de la negociación colectiva a nivel supraempresarial, la desatención a las formas de flexibilidad realmente consensuada, etcétera, pero también en la dimensión de seguridad con la reducción de las protecciones sociales por desempleo, jubilación, etcétera). En este cuadro general las medidas encaminadas a favorecer la flexibilidad interna en la empresas como posible alternativa a la destrucción de empleo a través de la medidas de flexibilidad externa, constituye una falacia jurídica en la que incurre el propio Preámbulo de la Ley 3/2012 (apartado IV), pues resulta evidente que la idea-fuerza que conduce la reforma en la flexibilidad interna es el reforzamiento del poder unilateral del empresario (no la poten-

ciación de la flexibilidad interna negociada), sin que además existan compensaciones adecuadas en las garantías frente al despido y los mecanismos de tutela en el mercado de trabajo y en los sistemas institucionales de protección social pública. De manera que no existe un equilibrio entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo y en el campo de la protección social. Estaríamos típicamente ante un sistema de «flexiseguridad-insegura». De nuevo, no todo resulta negativo en el ámbito de la flexibilidad externa, pues la reforma de 2012 suprime el llamado «despido exprés», el cual se había convertido en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando ampliamente el número de despidos colectivos y por causas objetivas. Efectivamente, esta forma de «despido exprés» (despido improcedente indemnizado) puso de relieve las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido.

Y nuevamente la reforma de 2012 pretende oficialmente corregir la patología de nuestro mercado de trabajo consistente en el abuso de la contratación temporal y la opción sistemática por el despido como vía flexibilizadora antes de sopesar adecuada y prudentemente. El objetivo en sí es loable. Sin embargo, lo que se ha producido con el paquete de medidas adoptadas es una intensificación en los problemas estructurales que padece nuestro mercado de trabajo en la dimensión jurídico-institucional. En efecto, como se indicará en inmediato, el marco disfuncional de la contratación temporal queda prácticamente intacto con el agravante adicional del incremento de la temporalidad y del desistimiento «*ad nutum*» que se propicia con un periodo de prueba en el marco de la nueva contratación temporal, por un lado, y por otro, se han facilitado tanto los despidos individuales como colectivos, debilitando nuevamente el elemento de la causalidad y las garantías de los despidos tanto institucionales como procesales. Por otra parte, en cuanto a las medidas de flexibilidad interna la reforma sin duda las facilita, pero de nuevo dando un paso más a través de un modelo desequilibrado pues lo que comportan es un fortalecimiento de los poderes empresariales

de alteración unilateral en detrimento de las garantías individuales (que tiende a extrimar lo permitido por el Derecho general de la contratación) como colectivas (neutralizando el poder colectivo expresado en la negociación colectiva). Basta reparar en el nuevo régimen regulador de las modificaciones sustanciales de los artículos 41 y 40 de la LET que comportan una normalización jurídica de lo que en rigor técnico debería ser una facultad de utilización extraordinario por suponer una alteración sustancial del nexo contractual sin necesidad de consentimiento de la contraparte del contrato, al mismo tiempo que una privación de facultades de la negociación colectiva como instrumento típico de regulación de flexibilidad interna (en este caso de proximidad). Pero también el nuevo régimen de inaplicación y descuelgue previsto en el art. 83.3 de la LET, liberado de condicionamientos en la misma negociación colectiva supraempresarial (la inaplicación no se hace depender de lo establecido en los convenios supraempresariales o sectoriales) y con el reclamo sistemático amenazador de formas de arbitraje de sometimiento obligatorio que tenderán a ser utilizadas estratégicamente por la parte empresarial....

Por el contrario, una reforma que propiciara efectivamente la flexibilidad interna como vía preferente debería introducir medidas para que los instrumentos modificativos se configuran legalmente como una medida preventiva y alternativa al despidos por causas de funcionamiento de la empresa, a la manera de una *ultima ratio* frente a las opciones extintivas del empresario. Esto serviría a los fines de la estabilidad en el empleo sin impedir opciones flexibles de ajuste y reestructuración de condiciones sustanciales de condiciones de trabajo involucradas y consideradas como disfuncionales para la marcha de la actividad empresarial. Lejos de estos se ha rehusado establecer una *jerarquización de entre medidas novatorias y medidas extintivas*, pudiéndose ambas utilizadas alternativamente con un elevadísimo margen de discrecionalidad unilateral del empleador actuante, dueño y juez inmediato de su propia decisión modificativa o extintiva.

Esto es lo que supone un cambio de las *reglas de juego en el sistema de relaciones laborales* con la ruptura de los bases institucionales en el equilibrio de poder entre los tres actores en presencia (poder público, y poderes colectivos en el mundo del trabajo entre trabajadores y empresarios), en una visible dirección de debilitamiento progresivo de la lógica de acción colectiva del poder sindical.

Caracteriza a las reformas laborales de la década, el incremento extraordinario de los poderes empresariales unilaterales de organización y control de la fuerza de trabajo (v.g., artículos 39 —en relación con el art.22.2 LET—, 40 y 41 LET). En un goteo progresivo de las reformas liberalizadoras de los últimos años se ha llegado a la fase actual (que es de temer que no sea la última en esa secuencia finalista...) donde se realza el poder *jurídico asimétrico* del empleador en la libre determinación unilateral de las condiciones de empleo y trabajo, con la simple alegación de justificaciones cada vez más genéricas, indeterminadas e imprecisas, y por tanto más difíciles de someter a control jurisdiccional. Así, el contrato de trabajo refuerza su adscripción a la versión fuerte de la figura del contrato de adhesión, donde el trabajador se somete plenamente al poder privado que se le impone en todo momento con cada vez menos limitaciones. Ello ha sido así en los dos grandes ciclos de reformas liberalizadoras, es decir, la reforma de 1994-1997 y las reformas de 2010-2012, continuistas (matices, aparte sin duda) en lo que tiene de avance en el proceso de flexibilidad liberalizante. En ella se da una nueva vuelta de tuerca a la imposición legal de medidas que favorecen el poder unilateral del empleador. De tal manera que por exclusiva decisión del empleador se pueden introducir modificaciones *sustanciales* (esenciales o principales) de las condiciones de trabajo. Facultad exorbitante que, conviene anotar, *traspasa* los mecanismos del «*ius variandi*» otorgados por el Código Civil al acreedor en el marco de los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1.203 y sigs., y 1124 del Código Civil). En los esquemas generales de la contratación la alteración de con-

diciones principales se somete a las reglas de la novación modificativa, es decir a la decisión conjunta de los sujetos contratantes. Aquí se refleja el carácter contradictorio del Derecho del Trabajo, que en este caso contiene normas que facilitan la autotutela (o autodefensa) del empresario de su propio interés económico-jurídico creando una posición de supremacía sobre la persona del trabajador en situación de especial subordinación. Tales facultades se apartan, pues, de los mecanismos contractuales del Derecho Privado de los contratos. La reforma del régimen de las modificaciones sustanciales emprendida por la Ley 35/2010, amplía esas posibilidades de modificación de los convenios y acuerdos colectivos. Se incrementan, pues, los poderes unilaterales de flexibilidad externa y externa.

Después de la reforma de la Ley 3/2012, el art. 41 LET adquiere una especial centralidad (junto con el art. 83.2) en cuanto cauce privilegiado de reorganización empresarial para hacer frente a las transformaciones económicas, tecnológicas, productivas y organizativas. Las reformas laborales precedentes habían contribuido a liberalizar su régimen jurídico, pero con la reforma de 2012 el modelo acentúa el poder unilateral de modificación de condiciones sustanciales por parte del empleador. Lo que se produce es una individualización de gestión de la flexibilidad interna. El art. 41 LET es una norma que permite una alteración sustancial *unilateral* de las condiciones de trabajo reguladas en contrato individual y en acuerdos colectivos y convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada. Las dudas de constitucionales son evidentes cuando se repara en la contravención del art. 37.1 CE, cuya garantía constitucional comprende a todos los convenios colectivos en cuando a su fuerza vinculante bilateral que incorpora el principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo (SSTC 73/1984, de 27 de junio, 98/1985, 29 de julio y 108/1989, de 8 de junio), y del art. 28.1 CE, pues vulnera el ejercicio de la actividad sindical garantizado a través del reconocimiento constitucional de la libertad sindical, teniendo en cuenta que la negociación

colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (SSTC 4/1983, de 28 de enero, 73/1984, de 27 de junio, 98/1985, de 22 de marzo, 30/1992, de 18 de marzo, 105/1992, de 1 de julio, 164/1993, de 18 de mayo, 121/2011, de 4 de junio, 225/2001, de 26 de noviembre). En estas modificaciones colectivas de «acuerdos o pactos colectivos» que no tengan el tratamiento de convenios colectivos estatutarios o de eficacia general, una vez agotado el período de consultas sin acuerdo, el empresario puede imponer unilateralmente su decisión (art.41.5 LET). Aparte del elemento adicional de que por el juego de los umbrales cuantitativos numéricos se priva de la consideración de modificaciones sustanciales colectivas a determinadas materias reguladas en instrumentos de naturaleza o impacto colectivo atendiendo a su menor incidencia numérica¹⁰. Por otra parte, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la LET deberá realizarse conforme al régimen modificativo más estricto del art. 82. 3 LET. Pero para ellas aparece la previsión problemática de que en el caso de que el período de consultas finalice sin acuerdo, «cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultativa Nacional de Convenios Colectivos», teniendo tal decisión arbitral la misma eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 (Art. 83. 3 LET). Esta forma de un arbitraje de carácter público de sometimiento obligatorio que dará lugar a un laudo de obligado cumplimiento dictado por la Administración Pública por la sola instancia unilateral del empresario, plantea dudas razonables de constitucionalidad.

El ordenamiento laboral puede contemplarse como un sistema de límites al ejercicio de los poderes empresariales derivados del principio de libertad de empresa (señaladamente, en sus vertientes organizativa y de procura del rendimiento y productividad). En este sentido, la reforma laboral permanente (acentuada con la reforma de 2012) supone también

un nuevo *reequilibrio de poder en el seno de la relación de trabajo, fortaleciendo la posición empresarial* (los «poderes empresariales» en la relación jurídico-laboral; que se corresponde igualmente con un incremento de poder en las relaciones colectivas frente a la representación de los trabajadores) de cara a afrontar el cambio económico, productivo o tecnológico, con el correlativo retroceso en la seguridad y estabilidad de la posición jurídico-contractual de los trabajadores. Con ello se rompen los equilibrios de poder que se habían establecido en el marco del constitucionalismo democrático-social (Sobre los que está diseñado la Constitución jurídica). No han salido fortalecidos los mecanismos de participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones empresariales sobre gestión del personal. Desde esta perspectiva, la orientación general de la reforma ha sido muy poco innovadora, y engarza con las orientaciones de «política flexible del trabajo» que vienen imprimiendo su carácter a las reformas laborales en España que se vienen sucediendo en las últimas décadas. Supone un nuevo paso hacia una «constitución flexible del trabajo» del trabajo¹¹ orientada hacia las exigencias empresariales¹². Pero cuando la crisis económica se traduce en una restricción de los derechos, la situación de emergencia económica no es distinta de la emergencia democrática, pues acaba siendo la misma cosa¹³. El futuro deparará nuevos equilibrios institucionales y de poder, pero los viejos tiempos del constitucionalismo social y su forma política expansiva de Estado Social de Derecho, tal como hasta ahora lo conocíamos, no volverán. He aquí la entidad del cambio, incluso en defensa del esta forma política de Estado Social, que hará necesaria una revisión y adaptación a las exigencias político-jurídicas de la nueva época que está emergiendo.

La negociación colectiva es un pilar nuclear del sistema de relaciones laborales en su conjunto. La negociación colectiva en nuestro país ha mostrado su condición de instrumento flexible de regulación de las condiciones de trabajo y del sistema de relaciones laborales, enriqueciendo sus funciones y contenidos.

Hay aspectos en la reforma (en este caso sobre todo de 2011) que merecen una valoración positiva en cuanto que se encaminan a favorecer un modelo de negociación colectiva más «dinámica» frente paradigma «estático» de negociación colectiva (v.gr., conforme al art. 86. 1 «durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta ley podrán negociar su revisión; el creciente papel atribuido a la comisión paritaria del convenio ex art.91.1 de la LET; y más allá del carácter criticable del modelo adoptado, la posibilidad de inaplicar a la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de aplicación, sea este de sector o de empresa, que afecte a determinar materias, de acuerdo con la previsión del art. 82. 2 LET; y con la misma salvedad crítica del modelo seguido, la previsión de que «la regulación de las condiciones establecidas en convenio de empresa, *que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia* de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior» en ciertas materias; art. 84. 2 LET).

En el proceso de reforma se establecen medidas de desarticulación y tendencial desestructuración del sistema de negociación colectiva (institucionalización y generalización de las cláusulas de inaplicación y descuelgue del convenio colectivo; art.82.3 LET, y su facilitación con las reformas laborales desde 2010 hasta 2012, que no será a última gran reforma de desmantelamiento impulsada por la ideología neoliberal; estipulación de cláusulas de inaplicación de convenios colectivos; art.84 LET; derogación singular de cláusulas normativas de acuerdos colectivos y convenios colectivos extraestatutarios a través de decisiones unilaterales del empleador; art.41.4de la LET, etc.). Es importante hacer notar que se produce una restricción de la eficacia general de los convenios colectivos; o, en su caso, una interferencia legal que imperativamente facilita la descentralización «atomizada» del sistema de negociación colectiva. La reforma del régimen

del descuelgue salarial emprendida por la Ley 35/2010, e intensificada después por la Ley 3/2012, es particularmente lesiva del poder sindical negociador estructurado en el ámbito del sector o a nivel supraempresarial. La reforma de 1994-1997 había introducido un «modelo de excepción», conforme al cual se podía realizar el descuelgue con carácter causal y con arreglo a los procedimientos de tramitación y control llevados a cabo por las instancias previstas en el propio convenio sectorial o de ámbito superior. Sin embargo, la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012 ha ido todavía más lejos estableciendo un «modelo de normalización» del descuelgue salarial y de condiciones de trabajo y en condiciones especialmente flexibles, porque prácticamente ha «descausalizado» o debilitado el principio de causalidad del descuelgue y porque ha privado a las instancias del convenio sector o de ámbito superior de sus facultades de control de la cualidad real del descuelgue que se aducía o «solicitaba». Prevalece ahora el nivel empresarial como opción que favorece la decisión del empleador respecto de la adaptación de las condiciones de trabajo a las exigencias dinámicas de rentabilidad y adaptación de la organización productiva a las variables de mercado. Ello supone una pérdida de poder sindical en el ámbito supraempresarial, a favor del poder empresarial que es especialmente proclive a regirse por la lógica de la necesidad. Ese reforzamiento del poder empresarial subyace al fenómeno de «empresarización» de las relaciones laborales (también, en este caso, a las cláusulas empresariales de descuelgue salarial). Se ha hablado, al respecto, de una apuesta en la reforma por la negociación colectiva de empresa¹⁴. Pero tras esta alteración del sistema de fuentes de producción del Derecho por vía de negociación colectiva se hace disolver las garantías de una homogeneidad de condiciones de trabajo mínimas a nivel supraempresarial y se oculta, de nuevo, el incremento del poder del empleador, ahora reforzado por su mayor poder de intermediación para hacer valer imponiéndose más fácilmente en la celebración de convenios y acuerdos colectivos de empresa.

En este sentido conviene recordar qué funciones ha venido realizando la regulación sectorial o de ámbito supraempresarial de la materia salarial. En primer lugar, del lado del trabajador, ante todo, se ha pretendido homogeneizar minimamente las condiciones salariales, evitando desigualdades inaceptables para el mismo tipo de trabajo dentro del sector. En segundo lugar, y del lado empresarial ante todo (aunque no exclusivamente), se ha pretendido introducir «racionalidad» en los sistemas salariales dentro del sector o ámbito supraempresarial. Cuestión especialmente relevante para afrontar los problemas de la competitividad, la productividad y los niveles de eficiencia en el marco del «sistema de empresas». Con las nuevas facilidades otorgadas por la reforma legislativa, se va a generalizar esta práctica, con lo que ello va a representar de «*dumping*» social por vía salarial entre las empresas de un mismo sector. Y es que ningún empresario va a querer que su competidor se beneficie sin más de la reducción o contención salarial así conseguida, y tenderá, él también, al llevar a cabo el descuelgue. De este modo, con la pérdida de las facultades de control de las propias instancias del convenio colectivo sectorial o de ámbito superior (Comisiones paritarias del convenio colectivo), no se podrá garantizar que todo descuelgue se encuentre realmente justificado.

Ante ello cabría interrogarse sobre si será esta reforma es realmente funcional para ambos objetivos interdependientes (es decir, homogeneización y racionalización funcional). En este sentido hay que tener cuenta no tanto una perspectiva aislacionista de empresa individual —empresa considerada en sí misma—, sino ante todo en una lógica del «sistema de empresas». El modelo resultante de la reforma (art.82.3 LET) ha erosionado el poder sindical, y se ha resentido la homogeneidad social-retributiva, pero también lo que se ha producido es un detrimento del principio de racionalización en materia retributiva, porque debe repararse en el hecho de que no toda flexibilidad regulativa se ha de traducir en atomización salarial. Una excesiva flexibilización puede no ser funcional. De hecho lo que hay

que buscar siempre es un equilibrio satisfactorio entre centralización y descentralización según las previas elecciones o decisiones de racionalización que más convengan a los agentes económicos y sociales. La dosis de flexibilidad es un criterio cualitativo más que puramente cuantitativo. Desde esta perspectiva podría tener lugar la paradoja weberiana de la «heterogonía» de los fines, es decir, de cómo en ciertas ocasiones se produce una inversión de las medidas adoptadas para conseguir fines disfuncionalmente contrarios a los inicialmente pretendidos por aquellas.

Pero es que, además y con todo, la apertura hacia el descuelgue salarial (y cláusulas de inaplicación del convenio colectivo supraempresarial) va a suponer no sólo una atomización salarial, sino también la individualización del régimen salarial y la orientación hacia una reducción de las cuantías retributivas sometidas a la lógica de la necesidad y lo que suele comportar de deriva «concesiva» en el nivel de empresa. El resultado será, pues, la precarización laboral en su dimensión salarial (particularmente relevante).

Produce un cambio cualitativo en los equilibrios en las relaciones de poder entre los actores sociales la modificación de la regla de ultraactividad del convenio colectivo estatutario, pues se indica ahora que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación» (art. 86.3, último párrafo de la LET). Se limita, pues, la duración de la ultraactividad normativa del convenio colectivo a un año desde la denuncia del mismo, aplicándose en su caso, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Aunque se trata de una regla legal que tiene un carácter supletorio para la autonomía colectiva, esta solución normativa presiona formalmente a las dos partes legitimadas para negociar, pero en la práctica la presión se ejercerá mayormente sobre la representación de los trabajadores, ya que, por razones

obvias, los convenios de ámbito inferior sólo adquieren verdadero sentido especificando y mejorando las condiciones de empleo y trabajo de los convenios de ámbito superior. Por lo demás, aunque poco probable, sino existe ese convenio superior se producirá un vacío de regulación colectiva que podrá ser cubierto a través de la individualización contractual con todas sus consecuencias. De manera que la supresión «*ex lege*» (transcurrido un año desde la denuncia sin sustitución) no sólo se sitúa en la línea de la «contractualización» del convenio colectivo estatutario de eficacia general (en menoscabo de su naturaleza normativa), sino que entraña, adicionalmente, ese debilitamiento intrínseco de los poderes de negociación de los trabajadores a favor de la posición de poder de los empresarios (Basa reparar que al empleador sólo le es suficiente eludir el acuerdo a sabiendas de que al año perderá toda vigencia el convenio de referencia). En esto hay que decir que la reforma de 2011 (RD-Ley 3/2012) estaba construida —al menos formalmente— sobre la lógica de la «dispositividad» para la autonomía colectiva negocial al máximo nivel de los grandes Acuerdos Interconfederales (art. 83 LET), mientras que la Ley 3/2012 se sitúa en una lógica enteramente diversa, pues produce una suerte de «expropiación» de espacios vitales propios de la negociación colectiva, haciéndose prevalecer el orden público laboral (y, por extensión, también el económico).

La reforma de 2012 establece un principio de preferencia legal absoluta en la aplicación de los convenios de empresa respecto de los convenios sectoriales. Es absoluta porque no se trata de una norma supletoria respecto de los autonomía negocial al máximo nivel (con sucedía en la reforma de 2011), de manera que los acuerdos interprofesionales ex art. 83 LET se ven privados de su facultades para organizar de modo eficiente la estructura y ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos sectoriales y de empresa. Efectivamente, conforme al art. 84.2 LET: «La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colec-

tivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias... Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1». Añadiendo inmediatamente que: «Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado». Se propicia así la desestructuración y atomización de la negociación colectiva y se favorece —como efecto disfuncional— la utilización del mecanismo preferencia como instrumento de competencia desleal y de dumping social en un tejido productivo caracterizado (lo que se añade a unaposible similar utilización disfuncional de las cláusulas de inaplicación previstas en el art. 82.3 LET).

La reforma incide sobre las medidas de *flexibilidad interna*, en un sentido inequívoco de reforzar los poderes directivos del empleador. Debe destacarse la nueva redacción completa del art.41 LET sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y, en relación a ello, las cláusulas de descuelgue salarial. La nueva redacción dada por la Ley 3/2012 opta por un modelo de flexibilidad interna que parte de la primacía del poder unilateral del empleador para realizar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, dejando en un segundo plano a la intervención colectiva y a la autonomía colectiva negocial. Con esta reforma la gestión de la flexibilidad interna adquiere su centralidad en el *grupo normativo* regulador formado básicamente por los artículos 41 (en relación con el 22, 39 y 40) y 82.3 de la LET.

La reforma del art. 41 LET llevada a cabo por la Ley 3/2012 constituye un punto de inflexión respecto de las anteriores reformas de 2010-2011 en lo que se refiere al incremento de los poderes empresariales de modificación en detrimento del poder de negociación de la representación de los trabajadores. El mode-

lo legal no apuesta realmente por la flexibilidad negociada, sino por el fortalecimiento del poder del empresario, cuestión especialmente grave si se repara en el carácter extraordinario de realizar una modificación sustancial sin exigencia de consentimiento individual o colectivo (en caso de modificaciones de carácter colectivo). Pero aceptar que el empleador aduciendo un por lo demás genérico hecho sobrevenido causal (facilitación y flexibilización del elemento causal) pueda modificar unilateral la regulación de condiciones de trabajo establecidas en acuerdo o convenio colectivo extraestatutario plantea razonables dudas de constitucionalidad, dado el principio de inderogabilidad sindical de los convenios colectivos que forma parte de la garantía constitucional mínima de los convenios colectivos (art. 37. 1 CE, en relación con el derecho de libertad sindical ex art. 28.1 del texto constitucional, pues la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical). Lo que se opera es una «normalización» del «*ius variandi*» empresarial que tiende a pasar de «excepcional» o «extraordinario» a lo «normal», es decir, en cuanto que se encuadra en el poder dirección normal u ordinario del empleador, a pesar de que, paradójicamente, en tales casos no se puede hablar de un simple poder de especificación del contrato, sino de una extralimitación del marco contractual. Esta admisibilidad de modificaciones sustanciales unilateralmente impuestas no deja de ser una peculiaridad extraordinaria respecto al régimen de la novación civilista y una desatención del principio general de «*pacta sunt servanda*» que rige para todos los negocios jurídicos individuales y de naturaleza colectiva.

Por otra parte, el nuevo régimen de las modificaciones sustanciales ex art. 41 LET desnaturaliza la distinción entre modificaciones individuales y colectivas al hacerla depender de criterios cuantitativo-numéricos y no sobre la fuente jurídica base de su implantación (contrato individual o acuerdo/convenio colectivo), pues la modificaciones colectivas que queden por debajo del umbral numérico se «individualizan» artificiosamente para facilitar

su modificación unilateral del empleador sin exigencia del periodo de consultas.

El art.82.3 LET ha sido objeto de atención —con redacciones diversas— por la últimas reformas legislativas de 2010 (nueva redacción dada por la Ley 35/2010), y la Ley 3/2012: «los convenios colectivos regulador por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de los anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87. 1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa, que afecte a las siguientes materias...». Pero esta afectación parcial al principio de eficacia normativa general y al criterio de homogeneización en las condiciones retributivas básicas del sector o ámbito supraempresarial, va a facilitar el «dumping social» a través de la diversificación del régimen salarial entre las empresas de un mismo sector, y va a ser un factor de «presión» para que todas las empresas de dicho sector deseen el descuelgue en cuestión. En segundo lugar, se pierde el control por parte de los sujetos negociadores del convenio de ámbito supraempresarial y de su Comisión Paritaria. La regulación de las condiciones del descuelgue salarial no forman parte del contenido mínimo legal de los convenios colectivos (art.85.c) LET). Pero, además, es harto problemática la posibilidad de introducir un arbitraje de sometimiento obligatorio («En caso de desacuerdo durante el período de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancias a la comisión del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los pro-

cedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 de la presente Ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91») (art.82.3 de la LET, en la redacción dada por la Ley 3/2012) (cfr. art.85.3.c) LET, en la nueva redacción dada por dicha Ley). Tampoco hay garantías suficientes sobre una posible vía razonable de «retorno» post-crisis a la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo sectorial o de ámbito inferior.

El riesgo es que estas *cláusulas de excepción a la eficacia normativa general del convenio de referencia se conviertan en cláusulas de normalización y generalización*, de manera que en la práctica el convenio colectivo superior no puede ejercer su eficacia homogeneizadora en buena parte de su ámbito de aplicación. Con esta regulación más flexible del descuelgue salarial será realmente preocupante la posibilidad de introducir condiciones salariales precarizadoras para amplios colectivos de la población, muy especialmente en las PYMES, que concentran la mayor parte de la mano de obra de nuestro tejido productivo empresarial. Esta regulación incrementa el riesgo de fragmentación y dualización de las condiciones de trabajo en un sentido que presiona hacia la baja de los salarios. No se puede ignorar tampoco que un uso no abusivo de las cláusulas de descuelgue podría contribuir para que por vía de acuerdo colectivo empresarial la empresa pudiera afrontar mejor situaciones de crisis y hacerlo con anticipación a una situación verdaderamente crítica. Pero las dudas asisten seriamente sobre su utilización prudente y no descalificadora y abusiva. La experiencia configura el criterio sobre su utilización¹⁵.

Por otra parte, la nueva redacción abunda en un problema ya originario de más que

dudosa constitucionalidad, cuando admite la modificación unilateral por parte del empresario de acuerdos o pactos colectivos. En efecto, conforme al art. 41.5 LET, «cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación». Como ya señalé, en su momento, «lo que ya encuentra sin duda más dificultades de acomodación a la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva consagrado en el 37.1 CE (cfr. art.53.1 CE) es la prescripción legal de relaciones de dispositividad a favor de la autonomía individual (contrato y poder unilateral del empleador) de los productos jurídicos que son expresión formal de la autonomía colectiva negociada. Nótese que el art.37.1 CE impone un mandato al legislador infraconstitucional para que garantice precisamente la eficacia vinculante de los convenios colectivos, y esta eficacia se vería mermada por la facultad o poder reconocido legalmente a la autonomía individual de apartarse de los contenidos negociales estipulados en convenio» (SSTCo 58/1985, 171/1989 y 210/1990, entre otras). En este sentido la reforma legislativa del mercado de trabajo de 1994-1997 y la más reciente de 2010, suponen una ampliación del espacio posible de regulación de la autonomía individual (poder unilateral del empleador) a través del cauce legal ex art.41.5 LET que abren la vía de la *individualización* concreta de las relaciones laborales. Se produce un reforzamiento del poder unilateral del empleador en orden a la modificación de condiciones sustanciales de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, toda vez que agotado el trámite de consultas —que procedimentaliza su decisión modificativa— es al empresario a quien compete en última instancia la facultad unilateral de proceder a su realización efectiva por vía de Derecho¹⁶. Lo que es inequívocamente inherente a la garantía constitucional del derecho a la negocia-

ción colectiva es el *principio de inderogabilidad singular* de los productos jurídicos emanados de la contratación colectiva¹⁷. Se tiende a restablecer viejas concepciones de autoritarismo empresarial convirtiendo a la empresa en un territorio de exclusiva gestión por el empresario¹⁸. Ello es expresivo de la revalorización actual de la concepción monista y no pluralista de la empresa como *organización* productiva.

En suma, se puede comprobar —en este breve análisis transversal u horizontal que se está haciendo aquí— que existen numerosas instituciones capaces de contribuir a la precarización de las condiciones de trabajo y al debilitamiento sindical en el sistema de relaciones laborales.

En otro orden de cuestiones, la reforma de 1994-1997, procedió a realizar reenvíos al contrato de trabajo como fuente de regulación de las condiciones de trabajo (v.gr. artículos 25.1, 26.3, 35.1 y 36.2 LET). Y lo que ello comporta de individualización y de reforzamiento de la posición de supremacía jurídica del empresario (en cuanto contratante más fuerte). Sin embargo, no es una vía que, afortunadamente haya sido expandida, aunque el fortalecimiento de la autonomía contractual opera en los supuestos de *«huida controlada»* del ordenamiento laboral, como es el caso del trabajo autónomo dependiente, el cual, en nuestro modelo normativo, comporta una *«deslaboralización» potencial*, pues se ha rehusado —y era perfectamente posible como opción viable de política del Derecho— configurarla dentro del Derecho del Trabajo como una relación laboral especial, en la dirección prevista por el art.2 de la LET. Ello sin perjuicio de la valoración positiva de dotar a todo trabajador autónomo de un estatuto jurídico-social de protección mínimo como el que realiza la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Por otra parte, la reforma de 1994-1997 supuso la legalización de las empresas de trabajo temporal¹⁹ (y, por consiguiente, de ciertas formas controladas de prestamismo laboral antes prohibidas en un plano formal) y de las agencias privadas de colocación, con funciones

de mediación (o intermediación) laboral sustitutivas de las realizadas por el INEM (ahora, dentro del Sistema Nacional de Empleo, los servicios públicos de empleo estatal y autonómicos), que hasta ahora las efectuaban con carácter «residual» o «marginal». Ello comporta una asunción privada de funciones públicas y una «privatización» de las mismas por entes privados que no garantizan la transparencia del mercado de trabajo (medida en términos de respeto al principio de igualdad y no discriminación); y se ha suprimido también la prohibición del ánimo de lucro en la gestión de los servicios de colocación. En la práctica se podrá producir la «compra» del empleo por el trabajador y circuitos privilegiados de colocación. Tanto más cuanto la reforma de 2010 ha legalizó las Agencias privadas de Colocación con ánimo lucrativo. Efectivamente, conforme al art.21 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, «se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, *con o sin ánimo de lucro*, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el art.20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional y, como la selección personal». La legalización de las agencias privadas de colocación supuso en los sistemas europeos de relaciones laborales una ruptura con el modelo socialdemócrata de organización de los servicios de empleo, asentado sobre el monopolio estatal de la organización del mercado de trabajo dejando un papel marginal o residual a la iniciativa privada en este campo. Se trataba de un modelo en el que no encajaban sin fisuras las agencias privadas de colocación como quedaba reflejada en los Convenios OIT núm.88 de 1948 y núm.96 de 1949, toda vez que además de imponer a los Estados signatarios la obligación de crear un servicio público de empleo, se orienta hacia la exclusión de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro²⁰. Lo ciertos es que se ha producido «el fin de un ciclo y la emergencia de un nuevo

modelo» de intermediación laboral²¹. Las garantías de transparencia se verán limitadas, por mucho que se proclame el respeto a los «principios básicos de la intermediación laboral» (art.22 LE), y se afirme que «la intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos» (art.22.4 LET).

Por su parte, la Ley 3/2012, ha dado nueva redacción al apartado 2 del art. 21bis, a cuyo tenor: «Las personas físicas o jurídicas, incluidas las ETT, que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener autorización del servicio público de empleo que se concederá de acuerdo con los requisitos que se establezcan reglamentariamente. La autorización, que será única y tendrá validez en todo el territorio español, se concederá por el Servicio Público de Empleo...».

Si se conjuga el efecto combinado de las ETT (Ley 14/1994, de 1 de junio, modificada sucesivamente por la reforma de 2010 y de 2012) y de las agencias privadas de colocación de ello resulta una mayor «mercantilización» de la fuerza de trabajo en el mercado y facilita la expansión de inseguridades y malas condiciones de trabajo propias del trabajo precario. En este sentido cabe decir que se ha realizado una transposición liberalizadora de la Directiva sobre ETT en el marco de la reforma laboral de 2010. Se realza el carácter de pura mercancía ficticia del trabajador. Éste queda «degradado» (ahora también jurídicamente, y no sólo económicamente como hecho connatural al sistema socioeconómico vigente) a una «cosa productiva» *sui generis* objeto del tráfico jurídico-económico. El papel de estos dos agentes privados, con o sin ánimo de lucro, van a ocupar un lugar central en la organización de los mercados secundarios caracterizados por su mayor desprotección social y por la falta de penetración sindical. Hecho que acentúa sus efectos negativos sobre la transparencia del mercado de trabajo y entra en manifiesta contradicción con los fines que en el marco del

Estado social se venía asignando a los servicios (públicos) de colocación y a la conformación bilateral de las relaciones laborales.

Debe tomarse en consideración que la reforma de 2010 supuso una ampliación problemática del ámbito de actuación de las ETT, pues a partir de entonces podrán desplegar su actividad en la provisión de mano de obra en sectores de especial riesgo (peligrosos, insalubres...) y en el ámbito de las Administraciones Públicas. Conforme a la Disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio (en la redacción dada por la Ley 35/2010), «desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecido legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos...». En esa dirección liberalizadora y permisiva, la Disposición adicional cuarta («Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal»), introducida por la Ley 35/2010: «A partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contrato de puesta a disposición por las ETT, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se rustiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos... Las ETT no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos».

Es una medida típica de flexibilidad externa (que afecta a la flexibilidad de la mano de obra que se utiliza sobre el doble soporte técnico de la interposición legal en la figura del empleador y de las modalidades permitidas de contratación temporal), impulsada por la Unión Europea, en este caso, desde un enfoque predominante de flexibilidad o flexiseguridad garantista. En efecto, la reforma transpone, entre otras cosas, la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Esta normativa trata de equilibrar los principios de seguridad y flexibilidad, ya desde la misma delimitación de su objeto, al disponer que la «Directiva tiene por objeto *garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respecto del principio de igualdad de trabajo, según se establece en el art.5, en relación con los trabajadores cedidos por las ETT y reconociendo a las ETT como empleadores, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de empleo*» (art.2). Significativamente en el Preámbulo de la Directiva 2008/104/CE, se reclama la dirección de política del Derecho dirigida a promover la flexibilidad laboral, conciliándola con la seguridad del empleo, y reducir la segmentación del mercado laboral. Se parte de la idea de que las nuevas formas de organización del trabajo y una mayor diversidad de los tipos contractuales, que combinen mejor flexibilidad y seguridad, para los trabajadores y las empresas, contribuirá a mejorar su capacidad de adaptación (de acuerdo con las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008, aprobadas por el Consejo y la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda Social (2005-2010), y el respaldo a los principios comunes acordados en materia de flexiseguridad que mantienen un equilibrio entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo dado por el Consejo Euro-

peo de diciembre de 2007). Pero en esa lógica de equilibrios difíciles se realiza ante todo el principio de flexibilidad laboral, pues la ETT constituyen un instrumento de flexibilización y precarización de las relaciones laborales (que supone por sí misma una mayor mercantilización de la fuerza de trabajo en el mercado), siendo instancias operantes y determinantes de la conformación de los denominados «mercados secundarios», caracterizados por el empleo precario, temporal y con malas condiciones de trabajo y protección social. No han impulsado un empleo decalidad, sino que rompiendo con el esquema bilateral de la relación laboral típica se articula como una relación triangular que acaba debilitando la posición jurídico-social del trabajador cedido temporalmente, como forma de gestión indirecta y flexible de las relaciones laborales a través de la ETT. Por lo demás, como ha sido apuntado, a pesar de lo que se afirma en el Preámbulo de la Directiva 2008/104/CE, las ETT no son instrumentos «creadores de empleo», sino instrumentos de utilización flexible e indirecta de la mano de obra²². Por otra parte, es de resaltar que la Directiva 2008/104/CE, aunque dentro todavía de una lógica garantista, lleva a cabo una mayor liberalización de la actividad de las ETT, facilitando su penetración en el mercado de trabajo europeo y permitiendo extender su actividad de prestamismo laboral a nuevas actividades productivas y la posibilidad de operar en el ámbito de las Administraciones Públicas. Estas posibilidades extensivas y permisivas han sido plenamente aprovechadas en nuestra normativa de transposición interna.

Un paso más en el proceso de liberalización se produce con la reforma de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 37/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), que impulsa la función de las ETT como agencias de colocación ampliando el proceso de descompromiso jurídico-social de la empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión y creciente mercantilización del trabajador como trabajador precario sometido a un férreo sistema de contratación temporal²³. Conforme a la nueva redacción de los artículos

16.3 de LET y 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, las ETT podrán, además de realizar una tarea de interposición o prestamismo lícito de trabajadores, actuar como agencias de colocación cuando cuenten con la correspondiente autorización de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable (reténgase los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, su Disposición adicional segunda y su normativa de desarrollo).

En el ámbito de la llamada flexibilidad externa, debe destacarse, igualmente, la pervivencia de la centralidad de la contratación temporal, a pesar la supresión de los llamados contratos temporales para el fomento del empleo y del de lanzamiento de nueva actividad (y el fracaso del contrato por tiempo indefinido como instrumento con indemnización reducida por despido improcedente). La experiencia reformista muestra nítidamente que se ha asistido a un proceso de reforma permanente diacrónico, y no lineal de las modalidades de contratación laboral. Aunque se ha promulgado expresamente el principio de estabilidad en el empleo, siempre —por unas causas o por otras— dicho principio no ha tenido una proyección práctica en su totalidad, incluso en ocasiones desvirtuándose el principio de causalidad en la contratación temporal. En una perspectiva de conjunto se comprueba que el eje y las líneas maestras que informan y conforman cada una de las reformas laborales se refieren y ahondan todas en los contenidos flexibilizadores, *rectius*, «liberalizadores». En unas reformas más que en otras, además de establecer elementos que equilibran esos contenidos a favor del empresario, introducen otros elementos garantistas para los trabajadores. Pero en todas las reformas —pese a las declaraciones de las Exposiciones de Motivos correspondientes— se aprecia una predominante tendencia a mantener la flexibilidad como pretendida medida de fomento del empleo —aunque éste no sea estable—. Hay medidas que han contribuido a la reducción notable del desempleo, otras, sin embargo, han fracasado en este objetivo, aunque siempre se han mantenido las altas tasas de temporalidad contractual.

En todas las reformas se han propiciado medidas de flexibilización del sistema normativo y de los contenidos de las normas que regulan el trabajo.

Es cierto que en las últimas reformas el objetivo principal ha sido «oficialmente» el de reducir las altas tasas de temporalidad existentes y fomentar la estabilidad en el empleo. Pero en materia de modalidades de contratación no estamos ante una reforma de la legislación laboral ni ante un cambio de rumbo cualitativo de las materias afectadas por la misma. En todas las reformas tanto las instituciones como los principios informadores de las mismas permanecen inalterados, y en ningún momento se ha eliminado o reducido al máximo la posibilidad de contratación temporal. Esta línea también se mantiene en las últimas reformas en esta materia —Ley 35/2010 y Ley 3/2012— a pesar de haberse planteado en determinados foros debates sobre la posibilidad de la implantación de un contrato único. Una modalidad, ésta última, que agudizaría, sin embargo, el problema socio-laboral de la precariedad laboral, y que encontraría en la práctica gravísimos obstáculos para su implantación en nuestro país y en los países de referencia comparables de la Unión Europea, pues supondría desconocer el principio de causalidad o de justificado motivo en la contratación (lo que entra en contradicción con la normativa comunitaria vigente y con el Derecho interno sobre la materia), sería incompatible con el régimen vigente del trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (que operan, evidentemente, sobre la base de la contratación temporal) e introduciría efectos disfuncionales y rigideces en el mercado de trabajo porque entrañaría la supresión de las modalidades «estructurales» de contratación temporal actualmente existentes²⁴. Se podría producir, así, nuevamente, una suerte de heterogonía de los fines, al invertirse los objetivos formalmente pretendidos por la reforma legislativa.

Sin duda la dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo. La reforma laboral de 2010 fue en la dirección

de frenar la contratación temporal modificando algunas modalidades contractuales e incentivando la contratación indefinida, para que se utilicen de forma adecuada y se eviten los abusos en el uso de la contratación temporal, donde se considera que ésta el problema: no en la existencia de contratación temporal en sí, sino en el mal uso —y, por consiguiente, abuso— que se hace de ésta. Ese punto de partida no es sustancialmente distinto al contemplado en el Preámbulo de la Ley 3/2012.

El hecho es que el modelo estatutario parece configurar un modelo de contratación temporal «estructural» basado en el principio de causalidad. Pero se ha venido producido una flexibilidad judicial y también negocial a través de la ampliación del margen operativo de algunas formas de contratación temporal (señaladamente, el contrato para obra o servicio determinado, generalizada en el sector de la construcción y admitida inexplicablemente haciendo coincidir el contrata de obra o servicio determinado con la vigencia de la contrata o subcontrata). Cabe decir que el reenvío a la negociación colectiva ex art.15 de la LET no ha tenido el efecto pretendido de contrarrestar la utilización abusiva de la contratación temporal, e incluso la presión que se ejerce en el campo de transacciones propio de la negociación colectiva ha podido tener el efecto contrario en algunos casos especialmente significativos, como la flexibilidad y en la práctica la ampliación causal de este tipo contractual. En la práctica, el contrato para obra o servicio determinado (art.15.a) de la LET) es el más utilizado disfuncionalmente porque está dotado de una extraordinaria versatilidad o flexibilidad aplicativa. No es de extrañar que haya sido esta experiencia aplicativa la que ha dado lugar a una radical «desconfiguración» o «desnaturalización» del mismo, lo que impide en muchas ocasiones reconducir el tipo contractual real al tipo legal. Ciertamente, no se entiende esta expansión aplicativa cuando se toma en consideración los dos elementos característicos del tipo, al menos hasta el momento de la reforma de 2010: la sustantividad o autonomía de la actividad y la incertidumbre

del término final, aunque se sabe que llegará la conclusión en un momento determinable, no determinado. Aquí se ha producido una importante matización en la reforma legislativa. Ahora la reforma de 2010, incluso permite, adicionalmente, que a través de la negociación colectiva se pueda ampliar en un año más el límite legal establecido de tres años máximo de duración de la contratación. Por lo demás, la delimitación del principio de causalidad cada vez más nítidamente se muestra como algo más propio del garantismo legal, pues afecta decisivamente al principio de estabilidad en el empleo integrativo e instrumental para la efectividad del derecho al trabajo ex art.35.1 CE.

Con la última reforma legislativa a ese contrato se le impone un término máximo de vigencia, a saber: «Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa». Se podría inquirir si hay un cambio de naturaleza de este tipo contractual, ciertamente no, pues continúa siendo un contrato temporal pero con un plazo máximo legal de duración. Con ello se desdibuja en gran medida el elemento causal de esta modalidad contractual, pues el legislador acentúa el factor de temporalidad (término final «*ex lege*») en detrimento del factor causal (el objeto vinculado estrictamente a la sustantividad de una obra o servicio determinado). El principio de causalidad conduciría, más adecuadamente, a la opción de *precisar* el objeto del contrato que justifica la existencia de este tipo contractual. La norma parece dejar un espacio más libre en el uso de este tipo contractual «desnaturalizado» durante esos tres años, aunque formalmente, se insiste, el contrato continúa genéricamente exigiendo la «autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración *incierto*» (art.15.1.a) LET). El interrogante que surge inmediatamente pare-

ce obvio: en el fondo, la reforma parece que cuestiona ese carácter incierto, toda vez que es la propia norma la que impone, en todo caso, el vencimiento del término final, tras el cual se produce la conversión o transformación del contrato temporal en contrato por tiempo indefinido: «transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa», expresa el precepto ex art.15.1.a) LET. Con ello se abunda en la inseguridad de la precarización del empleo no justificada objetivamente. En este sentido la introducción de un término final por vía legal no supone en sí misma una garantía para el trabajador afectado, pues «la mayor garantía que puede tener un trabajador es que las necesidades productivas permanentes sean sufragadas con contratos indefinidos y ello no se consigue con un contrato a término desvinculado de la causa que incentiva la temporalidad»²⁵.

Mientras dure la obra o servicio no se podrá despedir legítimamente al trabajador cuando supere los tres años, salvo por despido disciplinario y por despido por causas empresariales. Por tanto, si puede despedirse al trabajador cuando finalice la obra o el servicio por la vía del art.52 o, en su caso, por la vía del art.51 de la LET. Por lo demás, agravando las cosas, se prevé dos cuestiones adicionales: la primera, que estos contratos podrán tener una duración superior a tres años, pues este plazo se puede ampliar «hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior»; y, en segundo lugar, que «los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificarse aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza» (art.15.1.a), párrafo segundo). La interrogante que se plantea es que este tipo de remisiones no ha dado buenos resultados y que sería correcto que el legislador acotará mejor el objeto específico de este tipo contractual, sobre todo impidiendo que se pueda hacer coincidir el término de vigencia del contrato con la ter-

minación de la vigencia de la contrata o subcontrata. Esto impediría la utilización abusiva actual de esta figura contractual en el marco de las operaciones de externalización vía subcontratación empresarial. En todo caso, parece que subyace una cierta permisibilidad respecto al período de los tres años, como si el legislador se diera por vencido respecto al acotamiento o delimitación causal y ofreciese tan sólo ese término final que matiza el elemento de incertidumbre del tipo contractual. Pero es que además, se exceptúa el régimen especial del sector de la construcción y se inaplica respecto de las Administraciones Públicas («lo dispuesto en el art.15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años» (Disposición Adicional decimoquinta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada por la Ley 35/2010).

Los datos estadísticos reflejan que los contratos temporales son la inmensa mayoría de las nuevas contrataciones laborales que se vienen realizando en nuestro país. Esto pone de relieve el fracaso de la reforma laboral en la supresión de la dualización de los mercados de trabajo.

Ello no obstante, la reforma de 2010-2012 presenta *dos aspectos positivos*: por un lado, el rechazo de la fórmula de un «contrato único de trabajo»²⁶ (aunque algo de esta idea se filtra en la nueva modalidad de contratación por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores), que neutralizaría el principio de causalidad y convertiría en potencialmente precarios a los mismos contratos indefinidos debilitados en sus garantías; y, por otro, intenta contener la utilización excesiva de las modalidades de contratación temporal a través del incremento de

la indemnización por extinción del contrato temporal (introducida por la reforma laboral de 2010), desde los ochos días en la regulación precedente a los doce días por año de antigüedad en la empresa, aunque con un amplio régimen transitorio que finaliza en el año 2015 (art.49.1.c) LET; Disposición Transitoria 13 de la LET). No parece que este incremento de la indemnización disuada a los empleadores a que continúen prefiriendo la utilización de la contratación temporal (la explicación sucinta está entre la cultura empresarial y la mayor disciplina laboral). Tendría que recuperarse el principio de causalidad con una precisión y concreción mayor de las causas legitimadoras de la contratación temporal y, en particular limitar el contrato estrecha, el contrato para obra o servicio determinado, de un modo más incisivo y correcto que el término final preestablecido (que es la opción de la reforma), mediante una indicación detallada de su objeto y la prohibición expresa de que se haga coincidir con su duración con el término de vigencia de la contrata o subcontrata. En este sentido, el que contratación temporal y precariedad puedan ser sinónimos en la práctica cuando en un plano jurídico-formal aquélla se somete estrictamente al principio de *causalidad específica* previsto para cada tipo contractual, se debe a las imprecisiones de la regulación legal (y, en algún caso, a su desvirtuación por la negociación colectiva y la interpretación extensiva de las jurisprudencia) y la práctica abusiva de las modalidades de contratación más allá de lo que estaría permitido y amparado en dicha causa específica tipificada por el ordenamiento jurídico. Con esa expansión la contratación temporal se suma a otros factores determinantes de la precarización del empleo en la lógica liberalizante de la potenciación de los mercados de trabajo secundarios en el marco del dualismo que caracteriza a la racionalización jurídico-económica del empleo dentro de los potenciados mercados de trabajo segmentados y flexibles. Por el momento, el marco jurídico actual de las ETT fomenta la dualización de los mercados de trabajo y la estabilización del denominado mercado secundario de empleo.

Nuestro modelo de contratación laboral está favoreciendo en la práctica la precarización del empleo y persiste todavía un incentivo objetivo para su preferencia empresarial. Junto a los problemas de delimitación del principio de causalidad en los contratos temporales, existe un manifiesto y generalizado abuso en la contratación temporal. Tampoco ayuda la creación (inicialmente jurisprudencial y después consagrada legalmente por el Estatuto Básico del Empleo Público) de los «trabajadores indefinidos no fijos» en el ámbito del empleo público (art.8.2.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público).

Lo que parece más adecuado mantener el contrato indefinido junto con las modalidades existentes en la actualidad de contratación temporal, a condición de que se reduzca legalmente su espacio funcional atendiendo estrictamente a la observancia del principio de correspondencia entre actividad laboral intrínsecamente temporal y modalidad contractual temporal utilizada. Ahora bien, aún se podría hacer más efectivo el principio de causalidad en la celebración de contratos temporales y buenos instrumentos para ello sería un adecuado uso de este tipo de contratos por la negociación colectiva así como potenciar el control efectivo de estos contratos llevados a cabo por la Inspección de Trabajo. Ahora bien, debe consagrarse una contratación indefinida de calidad, tanto en lo relativo a las condiciones de trabajo como respecto a los mecanismos de tutela frente al despido (disuasorios y de compensación suficiente a cargo del empresario ante una posible pérdida del empleo).

Existen dudas razonables sobre el hecho de que la *generalización* del tipo de contratación indefinida para el fomento del empleo satisfaga plenamente estas múltiples exigencias de «calidad», especialmente por lo que se refiere a las facilidades y el abaratamiento del despido ilegítimo que comporta ese contrato indefinido de fomento del empleo. En este sentido merece una valoración negativa la tendencia —alentada por la reforma laboral— al desplazamiento vertical de la contratación indefinida «ordinaria» (regulada en la vigente Ley del Es-

tatuto de los Trabajadores) por la contratación indefinida «especial» de fomento del empleo (el resultado final, pretendido implícitamente, será la conversión de ésta última en contratación *indefinida* «común» y «única»), con una minoración significativa de la cuantía indemnizatoria por resolución contractual, aparte de otras ventajas para el empleador en la reducción del coste del factor trabajo. Desde este punto de vista, no estamos ante una reforma más, sino ante una reforma cualitativa que apunta a operar un giro relevante (un «punto de inflexión») en la política del Derecho laboral en materia de contratación. En el mismo legislador de 2012 ha derogado esta modalidad y la ha sustituido por la no menos problemática del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (Cap. II, art.4 de la Ley 3/2012).

Por otra parte, tiene que consagrarse en la realidad jurídica (que comprende no sólo el marco legal sino también la praxis aplicativa de orden normativo) el contrato por tiempo indefinido como el *tipo contractual preferente*, dotado del estándar de garantías constitucionalmente apropiado, atendiendo a la relevancia de los valores sociales y productivos que le son inherentes. En este sentido debe desmitificarse la falsa idea de que el contrato de trabajo indefinido es «por sí mismo» identificable con rigidez contractual. El atributivo de la «indefinición» del término final del vínculo contractual no es sinónimo de falta de «flexibilidad» en la gestión del personal. El fomento de la contratación indefinida exige una política del Derecho de contención del proceso de fragmentación en un archipiélago de figuras contractuales (típicas y atípicas).

Se debe de clarificar legalmente más el principio de causalidad que informa a cada uno de las distintas modalidades de contratación temporal «estructural». Esta delimitación evitaría situaciones de inseguridad jurídica y pondría límites precisos a ciertas formas de «flexibilidad judicial» y «convencional». En términos generales —y salvo supuestos realmente excepcionales—, se ha de abandonar toda idea de la utilización de la contratación temporal como

medida de fomento del empleo, pues esta supuesta funcionalidad ha sido desmentida en la experiencia jurídica. Actuar sobre la dualidad del mercado de trabajo, implica limitar el empleo temporal a los tipos estructurales (que exige un justificado motivo vinculado a la actividad laboral) y garantizar a los trabajadores temporales un estatuto protector digno. Se han de introducir medidas para dignificar la posición jurídica (laboral y de Seguridad Social) de los trabajadores temporales «estructurales», con la finalidad de impedir las situaciones de precariedad laboral (que suele acompañar a las situaciones de verdadera exclusión social²⁷) y de minoración del estatuto de protección social, derivada ante todo de los problemas que plantea la excesiva rotación laboral y los déficit de cotización (Ello es así tanto en la protección de Seguridad Social como en lo relativo a los sistemas complementarios de previsión privada, como señaladamente los Planes de pensiones). En suma: se ha de garantizar una contratación temporal de tipo «estructural» (que es la única que debe admitirse legalmente) que confiera un estatuto sociolaboral de calidad, con condiciones de trabajo y garantías «compensatorias» y de protección social equivalentes al trabajo indefinido. Trabajo temporal «estructural» y trabajo decente —protegido— deben poder conjugarse sin fricciones.

Han de establecerse normas reguladoras homogeneizadoras con el «régimen laboral» común (ya en sí diversificado) de las formas de contratación existentes en las diversas modalidades de relaciones laborales de carácter especial. El «paradigma estatutario» de contratación laboral debe proyectarse también a las relaciones especiales de trabajo.

Admitida la necesidad de la contratación temporal estructural (y, por tanto, por justificado motivo precisado legalmente), ello debería ir acompañado de un reforzamiento de las garantías efectivas del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Debe evitarse, en la perspectiva normativa y de la experiencia práctico-jurídica, que temporalidad sea equivalente a precariedad laboral. Se ha de garantizar a los

trabajadores temporales un trabajo digno, libre y seguro («protegido»). La política del Derecho laboral debe, garantizar, un estándar de calidad del empleo de todos los trabajadores con independencia de la particular modalidad contractual que formaliza jurídicamente la relación de trabajo profesional. El trabajo decente remite a una forma de trabajar caracterizada por la regulación garantista y un cierto nivel de «des-mercantilización» del trabajo, a través del reconocimiento legal de los derechos sociales del trabajador y la consiguiente introducción «*ex lege*» de un componente estatutario en el contrato de trabajo «normado». Lo cual comporta, coherentemente, cuestionar las políticas de flexibilidad neo-liberal dirigidas a instaurar amplios niveles de «re-mercantilización» del trabajo. Pero importa realzar que «el hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas»²⁸.

Adviértase que una política racionalizadora y garantista de la contratación laboral tiene que atender a los nuevos modos de organización de la empresa. Especialmente, los fenómenos de la empresa red (la cual se basa en la unión de varias empresas que coordinan sus actividades especializadas, resultando útiles para el conjunto o complejo empresarial articulado en estructura descentralizada), externalización productiva, subcontratación empresarial y empresas de estructura compleja. La «forma contractual» se modula instrumentalmente en función del tipo o «forma de empresa». La desconexión entre «forma contractual» (que formaliza la subordinación) y «forma de empresa» produce un efecto de «desaplicación fáctica» de las normas reguladoras frustrando sus objetivos²⁹.

En los recientes procesos de regulación se suele recurrir a dos prácticas: la externalización de actividad productivas y de gestión de personal (vía subcontratación y de las Empresas de Trabajo Temporal; ETT) y la utilización masiva del empleo temporal. Ello permite una triada de elementos favorables a los intereses empresariales, a saber: la flexibilización de los

procesos de producción, la reducción de costes laborales y la disminución del poder sindical de control y negociación colectiva³⁰. En los procesos de racionalización y reestructuración productiva realizados en nuestro país se han puesto en práctica este tipo de políticas flexibilizadoras.

De estos fenómenos interesa realzar aquí que tienden a incrementar el *empleo secundario*. Una forma de empleo laboral cuyos rasgos definitorios se habían descrito por su carácter eminentemente precario y poco protegido. Ello ha supuesto abundar en la generación de una sociedad fragmentada y dual. De este modo, el efecto más tipo de la segmentación laboral es el *aumento del sector secundario o precarización en sentido estricto del mercado de trabajo*. Se viene producido una ruptura de la ya relativa homogeneidad en la fuerza de trabajo de la empresa.

(a). Es de destacar la presencia de formas especiales de trabajo: son las llamadas figuras atípicas de trabajo a menudo inducidas por nuevos modos de organización empresarial y sistemas de clasificación profesional. Estas formas «atípicas» no son fácilmente asimilables a las tradicionales formas de empleo laboral. Esta segmentación laboral constituye una mezcla compleja de mutaciones del tejido productivo y de transformaciones en la composición de la fuerza de trabajo. Pero que en el momento actual se viene saldando en la más pura precarización del empleo por el crecimiento del sector secundario a que se hizo referencia. Las reformas laborales han venido a introducir nuevos contratos precarios, pero en términos de conjunto se ha mejorado la protección sociolaboral en los casos significativos del contrato para la formación y el aprendizaje y se viene potenciando la figura del contrato a tiempo parcial ya existente (El art. 2 de la Ley 3/2012, da nueva redacción al apartado 2 del art. 11 LET, en un sentido más garantista. Por su parte el art. 5 de dicha Ley da nueva redacción a la letra c) del apartado 4 del art. 12 LET, admitiendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias). En todo caso no se olvide que

el TJUE ha declarado que nuestro sistema de protección en materia de pensiones es discriminatorio respecto a los trabajadores a tiempo parcial, con base a la apreciación de una discriminación indirecta por razón de sexo. (STJUE de 22 de noviembre de 2012)³¹.

Sea como resultado de estrategias empresariales, sea como reflejo de necesidades objetivables del sistema productivo, es lo cierto que se asiste una generalización de las llamadas formas de trabajo atípico que no encajan en el modelo-tipo de relación de trabajo. Tales formas de trabajo tienden a situarse fuera del cauce de regulación del Derecho del Trabajo obedeciendo a las reglas del mercado que priorizan la autonomía de la voluntad de las partes como cauce de regulación. El Derecho del Trabajo se halla ante una situación de impotencia ante estas formas de empleo que tiende a «huir» de su campo de aplicación y necesita de una remodelación de sus propios esquemas de regulación de los procesos sociales que ya escapan en buena parte a su control.

Tales formas de trabajo atípico deben ser «laboralizadas» (mediante una extensión de las tutelas; garantías sociales) sin perjuicio de atender a su especificidad mediante el establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados, pero evitando una diversificación innecesaria de las tutelas del trabajo por cuenta ajena. No se trata, pues, de negar la realidad de una diversificación de las formas y modos de la prestación de trabajo en el marco de mercados de trabajo segmentados, sino de establecer mecanismos de regulación que garanticen un tratamiento no discriminatorio de los trabajadores en función de sus modos de inserción en el mercado laboral.

De modo que, existen formas de trabajo que escapan a las características tipológicas de la relación de trabajo típica o normal (es decir, con contrato de duración indefinida, a jornada completa y realizada con un único empleador)³².

(b). Una de las formas de empleo atípico (y precario) es el trabajo a través de una empresa de trabajo temporal (ETT). El elemento más

«novedoso» de esta forma de empleo temporal es la mutación de la estructura de la relación de trabajo «normal». Se rompe con el esquema «bilateral» de la relación típica y se complejiza mediante la articulación de una relación de tipo triangular, produciéndose una disociación entre el empresario formal (ETT) y el empresario «real» o material (la empresa usuaria), que sin ser empresario directo del trabajo recibe y organiza la prestación de servicios. En realidad, la ETT asume funciones de gestión de personal de las empresas usuarias, de modo que las ETT vienen a ser a realizar una función de provisión o prestamismo de mano de obra bajo un régimen especial. Estas empresas de trabajo temporal han pasado de estar prohibida a ser admitidas expresamente en el sistema legal en el marco de un cambio de política legislativa inducido por la legislación comunitaria.

Adviértase que se plantea un problema adicional consistente en que los trabajadores temporales no consolidan la estabilidad en el empleo, ya que cada «misión» en la empresa usuaria da lugar un contrato de trabajo independiente con la ETT. En tales casos existe una sucesión de contratos diferentes y no un sólo contrato de trabajo de duración indefinida suspendido en los intervalos entre «misión» y «misión» al servicio de las empresas usuarias³³, con lo que el trabajador nunca pierde su condición precaria (no acumula antigüedad, no tiene derecho a las indemnizaciones comunes por resolución del contrato de trabajo indefinido, etc.). Aparte del hecho de que a efectos colectivos, no son tomados en cuenta a la hora de precisar la dimensión de la empresa para la constitución de representaciones unitarias o delegados sindicales; por hacer referencia sólo a algunas «inferencias» (por no decir «usos alternativos» de la figura analizada) en la fisiología y patología del sistema de relaciones laborales.

Pero estas reformas del marco legal no son suficientes por sí solas, porque es necesario mejorar los sistemas de control público y sindical de la observancia real (y, por consiguiente, de la eficacia real) de los «usos» y «abusos» de la

contratación temporal. El control de cumplimiento es el que hace eficiente el modelo legal de contratación, impidiendo que se produzcan situaciones de abuso y fraude de Ley. El garantismo jurídico no sólo reside en la regulación legal sino también la predisposición de mecanismos adecuados para garantizar la eficacia social de las normas jurídicas³⁴. La eficacia social de las medidas se impone ante el hecho de que nuestro país presenta la tasa de temporalidad más elevada de la Unión Europea, sin que ello encuentre una justificación objetiva y razonable atendiendo incluso a las exigencias funcionales de un mercado de trabajo eficiente y capaz de garantizar un trabajo digno de la persona que trabaja³⁵.

En la reforma de 2010 tuvo inicialmente otros elementos positivos, aunque de aplicación problemática se introducen reglas más restrictivas respecto del encadenamiento de los contratos temporales (aunque su eficacia real se atenúa por la aplicación limitada a las Administraciones Públicas). Así, en efecto, se establece en el art.15.5 LET (en su nueva redacción dada por la Ley 35/2010) que «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o *grupo de empresas*, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresa de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, *adquirirán la condición de trabajadores fijos*. Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente...». Esta previsión es más coherente con el propósito expresado en la Exposición de Motivos de reducir la dualidad de nuestro mercado de trabajo, impulsando la creación de empleo estable y de calidad. El endurecimiento de las reglas para impedir el *encadenamiento sucesi-*

vo de los contratos temporales se sitúa en esa lógica restrictiva de la contratación temporal injustificada o abusiva.

Sin embargo, poniendo de manifiesto las oscilaciones, contradicciones e improvisaciones que han venido caracterizando a los procesos de reforma recientes, el art. 5 del RDL 10/2011, de 26 de agosto (en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio) estableció la suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2012, de la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 LET.

En otro orden de ideas, el contrato a tiempo parcial no es *«per se»* favorecedor de empleo precario, e incluso puede considerarse un factor muy positivo para el empleo (personas con responsabilidades familiares, trabajadores mayores que pretenden una jubilación más flexible y gradual o que pretendan reincorporarse al mercado de trabajo después del cese en el trabajo por motivo de pasar a «trabajador pasivo» con pensión de jubilación). Hoy está en indudable expansión en todo el ámbito de la Unión Europea. No obstante, el problema práctico que se plantea es que el legislador está tardando demasiado en realizar una necesaria adaptación de las instituciones sociolaborales a las características propias del empleo a tiempo parcial y ello puede generar el efecto paradójico de que la contratación a tiempo parcial pueda determinar la existencia simétrica de un empleo precario y su incorporación disfuncional en el llamado «mercado secundario». Por lo demás, se puede producir una doble situación proclive a la precarización del trabajador a tiempo parcial, debida a la *generalizada concurrencia de que también son, en la mayor parte de los casos, se insiste*, trabajadores a tiempo parcial con contrato temporal. Por tanto, sería preciso fomentar contratos a tiempo parcial estables y protegidos, que impidan la precarización de las relaciones laborales. En todo caso, parece que las últimas reformas —incluida la de 2012— van en la dirección «normalizadora» y más garantista del trabajo a tiempo parcial.

La reforma de 1994-1997 había «recuperado» la figura del contrato de aprendizaje en su versión más laboralizada de contrato para

la formación. Hasta el momento ha sido un contrato realmente *precario*, con la garantía de percepción de una mínima retribución y sin plenos derechos de Seguridad Social; esto es, una protección social «devaluada». El nuevo contrato para la formación es, como su predecesor histórico de la antigua Ley de Contrato de Trabajo de 1944, una modalidad contractual de mera provisión de mano de obra barata para el empleador sin que quede adecuadamente subrayado el elemento formativo inserto en el nexo causal. Esta figura contractual enmascara en su generalizada utilización abusiva y desnaturalizadora, una relación laboral sin finalidades esencialmente formativas, beneficiándose de la minoración de costes salariales y extrasalariales. La reforma laboral de 2010 volvió a incidir en el fomento de este tipo de contrato que acaba siendo realmente precario y que, por otra parte, no ha venido encontrando una especial aceptación en el mercado laboral, dada la proliferación de figuras contractuales más atractivas para los empleadores. Ello no obstante, la reforma trató de dignificar esta modalidad temporal del contrato por razones formativas. Es verdad que es esta la intención del legislador, el cual hace notar que «respecto del objetivo específico de elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes, se introducen mejoras sustanciales en la regulación de los contratos para la formación que, al mismo tiempo, incentivan su utilización por los empresarios a través de una bonificación total de las cotizaciones sociales y los hacen más atractivos para los jóvenes, a través de la mejora del salario y del *reconocimiento de las prestaciones por desempleo*» (Exposición de motivos de la Ley 35/2010)³⁶.

La reforma laboral de 2012 emprende de nuevo una revisión de los contratos formativos³⁷, en la confianza de que esta modalidad de contratación paliará el desempleo de los jóvenes. Pero, en realidad, y pese a las mejoras en su régimen jurídico, con ello no se abordan las causas reales determinantes del desempleo de este colectivo de personas y se apuesta por un contrato temporal en el que siempre destaca más la precariedad y el abaratamiento de la

mano de obra que los componentes auténticamente formativos del trabajador joven.

La nueva figura contractual, el llamado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, llamado a tener una especial centralidad en nuestro sistema de contratación laboral (regulado en el Capítulo II de la Ley 3/2012, art 4). Es un contrato de fomento del empleo estable para empresas que tenga una plantilla de menos de cincuenta trabajadores; es a tiempo completo y a jornada completa; con la excepción de la duración del periodo de prueba regulado en el art. 14 LET, «que será de un año en todo caso». El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, contempla el fomento del empleo como elemento instrumental para facilitar el desenvolvimiento de las empresas de menos de cincuenta trabajadores. Esta modalidad contractual no sólo está llamada expresamente a sustituir a los contratos indefinidos para el fomento del empleo preexistentes, sino que en la dimensión político-jurídica parece tratar de aplicar parte de las propuestas liberalizadoras que se habían formulado en relación con el «contrato único», aunque rehusando establecer esta figura contractual.

Es un tipo contractual que, entre otras cuestiones problemáticas, desnaturaliza el instituto del período de prueba, ya que impone legalmente una duración de un año, con indiferencia absoluta del contenido profesional del objeto de la contratación, desconectándolo de la verificación de la aptitud laboral del trabajador. Se produce, así, una desconexión total con el tipo de puesto de trabajo y las tareas correspondientes a realizar, por un lado, y por otro, el periodo de prueba es utilizado instrumental como medida de fomento de la contratación, siendo esta finalidad extraña a la institución de la prueba y a la libertad de desistimiento empresarial; finalmente, el período de prueba de un año, en todo caso, supone la atribución de la facultad empresarial de desistimiento sin causa, privándose al trabajador de protección frente a la decisión extintiva unilateral del empleador, salvo violación de sus derechos fundamentales. Esto significa que durante ese largo

periodo de un año, el empleador ostentará un derecho de libre desistimiento sin causa y sin indemnización. Esto es un despido libre encubierto con la forma jurídica del período de prueba. Es evidente que ello se contrapone a la garantía constitucional del derecho al trabajo consagrada en el art. 35.1 CE³⁸ y a las normas internacionales de trabajo generales (especialmente, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁹, art. 1 de la Carta Social Europea Revisada (Hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y art. 4 del Convenio 158 de la OIT, en cuyo art. 4 el derecho del trabajador a no ser privado de su empleo sin «una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»)⁴⁰. Las consecuencias serán especialmente contraproducentes para la estabilidad en el empleo y su lógica ha sido expresamente atendida por el legislador de la reforma porque se pone a disposición de las pequeñas y medianas empresas, que son la inmensa mayoría en nuestro tejido empresarial. La idea subyacente es que se puede despedir libremente sin causa y sin indemnización durante el periodo temporal de un año.

La reforma de los despidos es harto significativa de la doble finalidad político-jurídica perseguida por el legislador reformista: por un lado, la reducción de costes garantías jurídicas del despido; y por otro, el incremento del poder empresarial con una mayor disciplina y sometimiento del trabajador. La empresa tiende de nuevo a conformarse como una «organización disciplinaria», donde, por decirlo con Michel Foucault⁴¹, se «vigila» y se «castiga» con un cada vez mayor margen de discrecionalidad empresarial.

Se produce, en efecto, la reducción de las garantías jurídicas frente al despido ilegítimo y su coste económico: reducción del ámbito de la nulidad del despido —art.55 LET, primero, con la reforma laboral de 1994-1997 y, después, art.53 LET, en virtud de la reforma de 2010— y tratamiento legal como despidos individuales o plurales de supuestos de despidos

calificables conceptualmente, y materialmente, como colectivos —art.52.c) LET, en relación con el art.51.1 LET, con el efecto subsiguiente de una pérdida de control colectivo y sindical de los procedimientos de despido por crisis de funcionamiento de la empresa. De este modo, se reduce el espacio de la nulidad en los despidos considerados individuales (reforma de los artículos 55 y 53 de la ET), de manera que se reduce la relativa estabilidad real que garantiza la calificación de nulidad del despido ilegítimo.

Asimismo, los despidos por causas empresarias son normalizados como instrumentos ordinarios de gestión de personal. Se aducía que la principal disfunción de nuestro régimen del despido era la inseguridad y dificultad para utilizar los mecanismos de extinción por necesidades de funcionamiento de la empresa, especialmente los artículos 51 y 52 c) de la LET. Pero la nueva regulación lo que ha pretendido es ampliar los márgenes de discrecionalidad de la decisión empresarial sin garantizar una seguridad jurídica respecto al factor de causalidad (señaladamente, la referencia a la dimensión preventiva de los despidos...), aparte de que el juicio de racionalidad y proporcionalidad en los despidos nunca puede ser suprimido pretendido recortar el margen de interpretación conferido a juez laboral. El test mínimo de razonabilidad constituye una técnica de estándar de conducta en atención a criterios de gestión económica y organizativa de las empresas juridificados en la norma a través de la técnica de *conceptos jurídicamente indeterminados*. Esta idea frecuentemente, y sorprendentemente, ha sido objeto de confusión por quienes atribuyen esta consecuencia por el distinto factor de supresión de la dimensión finalista de los despidos por causas empresariales exigida expresamente por la normativa anterior derogada⁴².

Ello no obstante, en la reforma de la Ley 3/2012 hay otro factor preocupante cual es una cierta proclividad a alterar el modelo de flexibilidad negociada ex art. 51 LET, apreciable no sólo en la supresión del trámite de autorización administrativa previa de los despidos colectivos (que puede ser razonable pero que

en la coyuntura actual desequilibra el poder negociador a favor del lado empresarial), sino en una flexibilización tan radical del elemento causal que favorece tanto el margen de discrecionalidad unilateral del empleador que acaba decididamente por desincentivar el acuerdo durante el periodo de consultas. Con ello se desvirtúa el modelo de flexibilidad negociada por la que ha venido apostando el Derecho Social Comunitario (señaladamente, las Directivas sobre despidos colectivos y transmisión de empresas) y que ha sido propiciada por la propia Comisión Europea especialmente desde su Comunicación sobre «Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea» de 2005 [Bruselas, 31.3.2005/COM(2005)], reiterada solo parcialmente (pues ahora se limita a subrayar el papel destacado de los interlocutores sociales y el diálogo social a la hora de difundir y estimular las mejores prácticas de previsión y gestión de las reestructuraciones)⁴³, precisada y «actualizada» con la asunción de los nuevos criterios de la flexiseguridad por la más reciente Comunicación de la Comisión Europea, «Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? De 2012 [Bruselas, 17.1. 2012. COM(2012) 7 final. SEC(2012) 59 final]. En ellas se otorga un papel relevante la negociación colectiva entre los agentes sociales implicados en las decisiones de gestión empresarial⁴⁴. La idea subyacente es sin duda reforzar el poder de despido del empresario, otorgándole un amplísimo margen de discrecionalidad acompañado de la pretensión de liberarle en lo posible de un control judicial, siempre posible pero de alcance muy limitado. En esas coordenadas político-jurídicas, la nueva redacción introducida por la reforma de 2012 persigue restringir estrictamente el control judicial al limitarlo a la verificación objetiva de la concurrencia de las causas. Pero, pese a todo, ese control judicial no podrá evitar atender a un juicio de razonabilidad por la misma textura abierta de la formulación de las causas («pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas...») y

la valoración de las consecuencias concretas de su concurrencia (efectos temporales o definitivos; afectación específica al volumen de empleo..., etc.). El mismo Preámbulo de la Ley 3/2012 apunta en esa dirección limitativa de los márgenes de discrecionalidad en el control judicial: con la reforma «queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores» (Preámbulo, apartado V).

Con el objetivo de fomentar la flexibilidad externa, también se flexibiliza el despido y se reduce su coste. Ello es así tanto en los despidos colectivos como en los despidos por causas objetivas. Elemento de novedad en los despidos colectivos es la definición legal explícita de las causas empresariales que justifican el despido y afectación al principio de «razonabilidad» de las medidas a los objetivos perseguidos. En efecto, se incluye dentro del apartado 1 del art.51 LET la referencia a que «se entiende que concurren *causas económicas* cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.» Y respecto a las causas de reorganización empresarial, «se entiende que concurren *causas técnicas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; *causas organizativas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de sistemas y métodos de trabajo del persona y *causas productivas* cuando se produzcan cambio, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Es de señalar que respecto a las causas económicas se legitiman los *despidos «preventivos»* («existencia de pérdidas actuales o previstas», son los términos utilizados por la norma). Las previsiones de futuro muy difícilmente pueden ser objeto de una prueba fidedigna, toda vez que la prueba es ante todo prueba de los hechos⁴⁵. Se facilitan, de este modo, los despidos por causas económicas, pero también a costa de dejar un amplio margen de inseguridad jurídica y de desvirtuar el principio de justificado motivo, como elemento de limitación y control de la discrecionalidad empresarial.

En una valoración jurídico crítica de conjunto se puede decir que se recoge en gran medida los criterios jurisprudenciales ya consolidados, pero con un mayor criterio de flexibilización, que facilita las extinciones contractuales por causas empresariales. Ello no obstante, la relativa innovación más destacada estriba, como se indicó, en la admisibilidad de los *despidos preventivos*, pues respecto de las causas económicas se hace referencia a «la existencia de pérdidas *actuales o previstas*, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo» (art.51.1). Hay que tener en cuenta que la prueba es prueba de los hechos, y las previsiones de futuro realmente no pueden ser objeto de prueba en *ius strictum*, pues siempre estará impregnada de puros elementos valorativos difícilmente objetivables y verificables en el momento de su alegación. El RD. 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducciones de jornada, precisa los documentos que han de ser

aportados en los despidos colectivos por causas económicas (art.4) y en los despidos por causas técnicas, organizativas o de producción (art.5). Así respecto a la acreditación de la situación económica negativa consistente en una «previsión de pérdida», el empresario, además de aportar la documentación general, «deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualquiera otros que puedan acreditar esta previsión» (art.4.3). Por su parte, la Ley 3/2012, da una nueva redacción al art. 124 LRJS, relativo a los despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

Adquiere una particular relevancia en la reforma de 2012 la supresión de la autorización administrativa previa en los despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducción de jornada. El Preámbulo de la Ley 3/2012 justifica la medida con base a las exigencias de una mayor celeridad en los procesos de reestructuración empresarial. Es manifiesto que la autorización administrativa no viene impuesta por la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos y que la regulación preexistente presentaba muchos aspectos disfuncionales, pero cambian otras opciones para garantizar una mayor celeridad como lo que efectivamente se hizo al residenciar las reclamaciones ante la jurisdicción social y acortar los procedimientos. Sin embargo, el legislador de la reforma 2012 opta por la solución más drástica, con el efecto inmediato no sólo de celeridad (aunque el sistema de mueve en el espacio mayor de una inseguridad que moverá a reclamaciones sistemáticas de reestructuraciones sin acuerdo) sino también en la presente coyuntura de un mayor desequilibrio de poder inmediato entre los actores sociales, ya que la autorización administrativa actuaba en favor de un acuerdo de reorganización productiva ante el «filtro»

de la autoridad laboral subsiguiente. En todo caso, las reformas recientes eluden el hecho de que cada vez es más imprescindible una mayor implicación pro-activa y mediadora de la autoridad pública competente en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Esto es precisamente lo que le preocupa al legislador comunitario, para el cual «la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados» (art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, del Consejo). Esa implicación preventiva/«pro-activa» debería acompañar siempre al *estatuto protector* de los trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Pero, como se puede comprender fácilmente, ello exigiría lógicamente una redefinición del propio modelo de reestructuración de las empresas y de la regulación del empleo en la misma desde un decidido enfoque ofensivo, es decir, positivo, «pro-activo» y de carácter más «preventivo», superando el actual modelo de orientación más defensiva y reactiva orientado en la práctica generalizada hacia la expulsión masiva de trabajadores como opción sistemáticamente preferente a otras alternativas de reestructuración y regulación de empleo⁴⁶. Con todo, la reforma acometida en la Ley 3/2012 (y antes por el RD.-Ley 372012, de 10 de febrero), ha introducido un giro cualitativo y radical en la reconfiguración del modelo de regulación legal del despido colectivo, dando un paso determinante sobre lo ya andado por la reforma precedente de 2010/2011 en un sentido de marcada flexibilidad liberalizadora.

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, había establecido medidas de protección del empleo de los trabajadores de edad avanzada. La Ley 3/2012 afronta, de nuevo, el problema de los despidos de trabajadores mayores, estableciendo medidas protectoras específicas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad (véase su Disposición final

cuarta, relativa a las «Medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad», que da nueva redacción a la Disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011).

En cuanto al despido por circunstancias objetivas, lo que destaca es, en primer lugar, la formalización legal del criterio de identidad causal. Así lo confirma la nueva redacción de esta causa realizada por la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, a cuyo tenor el contrato de trabajo se podrá extinguir válidamente «cuando concorra alguna de las causas previstas en el art.51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo» (art.52.c) del ET). La otra gran modificación afecta a los efectos del despido por causas objetivas, y en particular a la decisión extintiva que será declarada improcedente (y no nula como en el régimen anterior) cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del art.53 del ET (comunicación escrita o carta de despido; puesta a disposición de la indemnización; y plazo de preaviso). Pero adviértase que la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan» (arts.53.4.c) del ET y 122.3 de la LPL, en la redacción dada por el R.D.-Ley 10/2010, de 16 de junio). En este sentido se equipara a los efectos previstos para el despido improcedente en el marco del despido disciplinario. Por otra parte, con la reforma de 2012 se precisa que «la decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente» (art. 53 c) párrafo 3º LET).

Conforme al art.122.3 LPL: «La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando

no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el art.53.1 LET. No obstante, la no concesión del preaviso o error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan».

No es en sí irrazonable la equiparación entre los efectos del despido objetivo y el despido disciplinario en la lógica del modelo actual. Ahora bien, en un plano crítico, la equiparación podría haber sido hacia la nulidad, y no a inversa. Por tanto, la crítica es ya originaria, pues la falta de la carta de despido individual (disciplinario o por circunstancias objetivas) siempre debería determinar la nulidad. La carta de despido garantiza una adecuada defensa del trabajador, y su omisión crea indefensión, por más que pueda atenuarse la gravedad de este hecho innegable, pues el trabajador desconoce mínimamente las causas en virtud de las cuales se le despide, ¿cómo entonces se puede garantizar la seguridad jurídica y articular una adecuada defensa antes del proceso por despido? Las reformas flexibilizadoras no deberían afectar a las garantías jurídicas de los derechos laborales⁴⁷.

En el marco del despido por circunstancias objetivas se ha facilitado el despido objetivo por índice de absentismo laboral (art.52.d) LET). De nuevo, es la flexibilización —por la vía de su facilitación— del despido uno de los objetivos «reales» de la reforma emprendida, más allá de lo explicitada en la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010. Y da una nueva vuelta de tuerca en esa dirección la reforma de 2012.

La Ley 3/2012 da nueva redacción a la Disposición adicional décima de la LET, relativa a las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, a cuyo tenor: «Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte del tra-

bajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas» (La Disposición transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012 establece las normas transitorias en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación). Ha sido esta una materia controvertida por sus efectos disfuncionales para el empleo de los trabajadores mayores y su utilización en la práctica no siempre respetuosa con el necesario equilibrio entre la tutela de los derechos individuales y la tutela colectiva del empleo. Por lo demás, esta habilitación legal a la autonomía colectiva planteaba un problema de desconexión con las políticas «pro-activas» encaminadas a la prolongación de la vida laboral. Con la redacción dada por la Ley 3/2012 se prohíbe *ex lege* cualquier tipo de cláusula en los convenios colectivos que imponga «jubilaciones forzosas» de trabajadores en activo por razón de la edad. En todo caso, cabe anotar aquí que el Tribunal Constitucional (SSTC 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de julio, 280/2006, de 9 de octubre, y 341/2006, de 11 de diciembre) y el TJUE (SSTJUE de 12 de octubre de 2010, asunto Rosenblat C-45/09, 13 de septiembre de 2011, asunto Reinhardt/Prigge, Michael Fromm, VolkerLambach (Deutsche Lufthansa AG, C-447/09) ha considerado no contrarias al derecho al trabajo ni al principio de no discriminación por razón de la edad estas cláusulas convencionales siempre que queden enmarcadas dentro del cuadro de un conjunto de garantías efectivas de política de empleo y se garanticen los derechos de pensión contributiva de Seguridad Social para quien sufra la pérdida del empleo a edad avanzada a resultas de dichas cláusulas negociales. De manera que si no existe esa dimensión finalista efectiva estaríamos ante la triple vulneración del derecho individual al trabajo, del derecho a la jubilación voluntaria y del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de la edad.

La combinación entre contratación temporal y subcontratación supone la concurrencia

de un doble factor de precarización laboral, tanto más con el abuso frecuente de la subcontratación y la utilización indebida de los contratos para obra o servicio determinado, haciéndola coincidir —entre otros supuestos «desvirtuadores»— con la vigencia del encargo objeto de contrata o subcontrata.

Es verdad, que se han hecho reformas instrumentales del marco legal (previsiones adicionales de control del art.42 de la LET, el art.24 de la LPRL de 1995 y su desarrollo reglamentario; y la potenciación de la contratación indefinida para el sector de la construcción en virtud de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y su desarrollo en virtud del RD. 1109/2007, de 24 de agosto), pero se carece de una ordenación legal modernizadora del modelo normativo de regulación vigente, que permita abarcar los diversos supuestos de hecho de subcontratación empresarial y los someta a una regulación que, al mismo tiempo, sea capaz de respetar flexibilidad en la organización empresarial y garantía efectiva de los derechos sociales de los trabajadores afectados. Debería promulgarse una nueva Ley Integral sobre Subcontratación empresarial, que garantice el ejercicio de los derechos de los trabajadores —individuales y colectivos— y atienda a la realidad productiva actual de nuestro país en el contexto del espacio europeo⁴⁸.

La protección por desempleo ha permitido y facilitado las transiciones laborales y la rotación laboral en el marco de las políticas de flexibilidad y precarización laboral. Ha sido un elemento instrumental al ajuste de plantillas dentro de los procesos de reestructuración empresarial. La extensión de la cobertura ha permitido que se «compensen» los efectos perniciosos de la flexibilidad laboral defensiva basada en la precariedad, con el desplazamiento de los costes de la reestructuración hacia el sistema público de protección por desempleo. A partir del año dos mil se introduce dentro del esquema de la protección legal por desempleo la Renta Activa de Inserción, como subsidio asistencial de carácter especial. En reformas sociales posteriores se realizan políticas de ac-

tivación de la protección por desempleo, que se traducen en una activación de los trabajadores desempleados, a través de la suscripción del compromiso de actividad (que imponen condiciones más estrictas para la aceptación de ofertas de trabajo «adecuado», de manera que el trabajador se encuentra compelido a aceptar empleos de baja calidad que le someten a condiciones de precarización, a riesgo de que sea sancionado por la pérdida temporal o definitiva de la protección por desempleo) y de la realización de políticas activas de empleo (las cuales tratan de contribuir a aumentar la empleabilidad de los trabajadores, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo; por lo que implican medidas destinadas a actuar directamente en el mercado y la elaboración de medidas «promocionales» del empleo y su movilidad). Prácticamente todas las reformas laborales han acabado por realizar reformas adaptadoras de protección por desempleo. Resulta paradigmático que la llamada «medida de reposición» del derecho a la prestación por desempleo que regulara la reforma de 2011 sea objeto de atención nuevamente por la reforma de la Ley 3/2012, art. 16, relativa a la reposición del derecho a la prestación por desempleo (Disposición transitoria tercera. «Normas relativas a reposición de las prestaciones por desempleo»).

3. LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS DE TRABAJO, DERECHO FLEXIBLE DEL TRABAJO Y FORMA DE «ESTADO MERCADO». LA DESESTRUCTURACIÓN Y PARCIAL DESMANTELAMIENTO DE LAS BASES INSTITUCIONALES DE LOS MERCADOS LABORALES

En la lógica interna de las formas de flexi-seguridad neoliberal de lo que se trata es de combinar el aumento de la flexibilidad en las relaciones laboral por medio de la reducción

de la protección frente al despido, de las mayores facultades empresariales de movilidad y flexibilidad interna (señaladamente, la flexibilidad salarial y de condiciones sustanciales de trabajo), al tiempo que se genera un nivel de seguridad más elevado el mercado de trabajo (seguridad en el mercado como compensación de la mayor inseguridad y mercantilización de las condiciones de empleo y trabajo). Esta forma de flexiseguridad neoliberal tiende a rechazar o limitar severamente la flexibilidad negociada, por contraposición a la flexiseguridad garantista que parte de atribuir un importante papel a los agentes sociales dentro y fuera de las empresas (alcanzando a la codeterminación o influencia significativa en la política económica en general. Afirma, por otra parte, que las protecciones sociales más que cargas («costes») son en sí mismas una fuerza productiva si es convenientemente orientada y gestionada. En un sentido completamente distinto a la idea de lo social como pretendido factor competitivo entre países competidores por la reducción de «costes» sociales.

Resultado del efecto combinado de medidas públicas de flexibilización del mercado laboral a través de la regulación legal de la contratación laboral, desregulación legislativa, reforzamiento de los poderes empresariales, individualización de las relaciones laborales y debilitamiento del poder sindical de control de las decisiones empresariales y de negociación colectiva, es el acrecentamiento del *mercado secundario* en detrimento del espacio ocupado por el empleo primario (el llamado «mercado primario» caracterizado por empleos estables, trabajadores cualificados y bien remunerados). Las políticas de flexibilización vía «*laissez faire*» (colectivo e individual) y de desregulación legislativa han producido un aumento del mercado de empleo secundario en los países anglosajones que las han practicado elevados niveles de pobreza y desigualdad social. Han relegado al objetivo del pleno empleo y al principio de estabilidad laboral en un lugar residual y decididamente secundario respecto a otros objetivos preferentes, y, en la práctica, han supuesto un traslado de riesgos costes em-

presariales a la propia posición jurídico-social de los trabajadores. Conviene tener en cuenta que la autonomía privada (incluida la colectiva) tiene límites intrínsecos derivados de su carácter bilateral (de su dependencia, pues, de una determinada correlación entre las fuerzas sociales antagonistas), de su misma dificultad de penetración en todos los ámbitos funcionales que requieren de procesos negociales (el numerosísimo sector de la pequeña y mediana empresa, con harta frecuencia desindicalizada); y, en fin, lo que no es de menor importancia, porque la autonomía colectiva de los particulares como poder social limitado carece de los «factores base de poder» para implantar un nuevo modelo de sociedad. Por lo demás, los procesos de segmentación y dualización de los mercados de trabajo entrañan el riesgo de que el sindicato aparezca como defensor tan sólo de una parte «privilegiada» (en cuanto protegida y amparada) de la clase trabajadora, desatendiendo las reivindicaciones de los grupos marginados formado por los parados y la mano de obra del empleo secundario⁴⁹.

Las reformas laborales realizadas desde la década de los noventa no sólo son los instrumentos adecuados para crear empleo, sino que tampoco han permitido corregir significativamente la dualización en el mercado de trabajo. En este sentido, se puede decir que se tiene la impresión de que la pretendida lucha contra la excesiva dualización del mercado laboral ha sido un «gran pretexto» para la realización de reformas laborales paradójicamente liberalizadoras e individualizadoras de las relaciones de trabajo. Cada fase del proceso reformista ha colocado un «ladrillo» en el edificio liberalizador del mercado de trabajo, no siendo meras reformas puntuales o de adaptación a las transformaciones económicas y sociales en curso. En ese proceso se inscribe la lógica de la precariedad sociolaboral y de la redefinición de la constitución democrático-social del trabajo en constitución flexible del trabajo. En este contexto las políticas de *workfare* aparecen como el complemento institucional lógico, desde las políticas sociales, a las políticas de flexibilización del mercado de trabajo, consti-

tuyendo *el complemento coherente a las necesidades de «normalización» (y generalización) de los empleos precarios*. Se realizan, así, programas públicos encaminados al segmento precario del trabajo post-industrial o post-fordista. El «precariado» —como subclase o infraclase funcional— constituye, de este modo, un exponente del nuevo tipo de trabajadores de la era post-industrial. Este fenómeno permite comprender y explicar la progresiva transformación del *welfare* en *workfare*, con la consiguiente reorganización de los instrumentos de ayuda social (asistencia social, servicios sociales y rentas activas de inserción) en instrumentos funcionales de vigilancia y control jurídico-social de los colectivos o categorías de trabajadores precarios y de los pobres y excluidos socialmente⁵⁰.

Es entonces cuando interesa recordar, nuevamente, que el trabajo no es una mercancía y que la misma expresión «mercado de trabajo» es —o debería ser— metafórica, porque el trabajo es una relación social sometida a un estatuto de derechos sociales del trabajador en una sociedad civilizada (regulada con los esquemas propios del constitucionalismo social y el garantismo jurídico). Precisamente el Derecho Social del Trabajo del Estado Social y Democrático de Derecho⁵¹ ha intentado superar la concepción de la relación de trabajo asalariado como una pura relación de mercado —una relación mercantil de intercambio— regido por principios análogos al derecho regulador de los bienes. Ha tratado de realzar la relevancia e implicación directa de la persona en la relación jurídica de trabajo y la exigencia de tutelar sus derechos fundamentales extrapatrimoniales. En la constitución del trabajo del Estado Social se ha tratado de dotar al trabajador de un estatuto protector a través de la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía⁵². En este sentido el régimen democrático *impone* no sólo una disciplina «neutral» regulativa del mercado, sino una configuración jurídico-institucional del llamado mercado de trabajo que respete a la persona del trabajador en el proceso de producción social y que, en relación a ello, limite los poderes de

subordinación o sometimiento técnico-organizativo del trabajador a la esfera de los poderes directivos del empleador⁵³. El Derecho del Trabajo del Estado Social estableció las bases jurídico-institucionales de la heteroregulación del mercado de trabajo, y precisamente estas bases institucionales están siendo en gran medida objeto de dismantelamiento progresivo en el contexto de la globalización y crisis económica estructural. Se hace prevalecer las libertades económicas (formalizadas en el Derecho de la economía, Derecho comunitario de la competencia, etc.) sobre los derechos fundamentales de las personas especialmente los derechos fundamentales sociales (derechos de contenido eminentemente social). Resulta emblemático que en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea la constitución económica se configure una constitución fuerte, mientras que la regulación de la materia social (los derechos sociales europeos) se enmarcan en una «constitución subalterna» en la que los instrumentos reguladores de «derecho blando» (*soft Law*) predominan sobre los instrumentos normativos. La materia social remitida a las legislaciones nacionales y en su mayor parte sujetas tan sólo al método abierto de coordinación comunitaria consagrado en el sistema de los Tratados (El MAC es un instrumento de gobierno en múltiples niveles para el ámbito de la política social y de empleo). Todo ello «acompañado» de la llamada a una extranormativa responsabilidad social de la empresa, que, por el momento, viene siendo desatendida en su real efectividad.

Esto está determinando en la práctica la subordinación de los trabajadores a las «necesidades» de los mercados y a las exigencias impuestas por el libre juego prevalente de las libertades económicas⁵⁴. De ahí la centralidad del mercado y la insistencia en la necesidad de reformar los mercados de trabajo en la dirección adaptadora a los imperativos del «buen funcionamiento» de las libertades económicas y del incremento de la competitividad, proyectada también en el campo de la ordenación jurídico-institucional de «lo social». Con todo, bajo el dominio de lo que, en verdad es,

la ideología económica neoliberal⁵⁵, cuyo supuesto persistente —y hoy subyacente— es la afirmación existencial de un capitalismo utópico y «puro» basado en la idea de un mercado autorregulado, de manera que la política ya no es la encargada de gobernar la sociedad, sino el mercado (esto es, la representación de la sociedad como mercado: sociedad de mercado y para el mercado). Hoy muestra su vigencia y expansión esa utopía del mercado autorregulador como principio de organización social, en el marco de un liberalismo absoluto o radical que se hace merecedor de crítica⁵⁶. De la realidad de esta tensión de lógicas es paradigmática la doctrina del TJUE, que, como se indicará después, ha decidido hacer prevalecer las libertades económicas (de establecimiento y libre prestación de servicios) sobre los derechos colectivos y sindicales de negociación colectiva y de huelga. Si esta orientación se consolidara el Derecho Social del Trabajo perdería su singularidad sindical y quedaría desnaturalizado completamente en su función compromisoría y de integración de intereses socio-políticos de la clase trabajadora en el orden democrático de convivencia. Y es que mientras las libertades económicas se encuentran «europeizadas», los derechos sociales fundamentales de libertad, como el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, se hallan «nacionalizadas», en virtud del marco actual de competencias diseñado en el sistema de los Tratados fundacionales de la Unión.

No estamos ante un cambio de mera adaptación a las circunstancias sobrevenidas del orden tecnológico y económico, sino de una ruptura gradual del modelo de Derecho del Trabajo garantista, y precisamente la precarización de las relaciones laborales, lejos de ser, en ese contexto estructural más amplio, un elemento integrativo de carácter coyuntural, parece insertarse más bien como un rasgo estructural del nuevo modelo emergente de un Derecho flexible del trabajo que potencia —en coherencia con su misma racionalidad económico-jurídica interna— las diversas formas de trabajo precario y de precarización social, marcadas por la inestabilidad, la incertidumbre y

una menor protección pública laboral y social del trabajo dependiente⁵⁷.

Pero también debe tomarse en consideración la inserción de nuestro ordenamiento dentro del universo jurídico-político más amplio representado por la Unión Europea. En este sentido no se puede desconocer que las instituciones políticas de la Unión se están venciendo progresivamente hacia un modelo más liberalizador de ordenación jurídica del mercado de trabajo.

No cabe duda que desde el punto de vista estrictamente jurídico se han conseguido importantes avances como la juridificación de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en virtud de la fuerza jurídica vinculante, con rango de Tratado Europeo, que le ha conferido el art.6 del Tratado de la Unión Europea tal como resulta del Tratado de Lisboa de 2007). Pero la CDFUE no autoriza a legislar en el Derecho de la Unión sobre determinadas materia fundamentales (Derecho de asociación, libertad sindical, huelga, retribución, etc.) y en su versión actual plantea enormes limitaciones para legislar en materia social, especialmente por el juego de la regla de la unanimidad decisoria en la inmensa mayoría de las materias sociales fundamentales. Por tanto, se puede afirmar que estamos ante una Carta de Derechos en gran medida *inactuada*. Ello supone que existen límites débiles en el ordenamiento de la Unión Europea para las políticas de liberalización y desregulación en materia sociolaboral que se están llevando a cabo en los países miembros de la Unión. En este sentido el modelo de ordenación jurídica de la materia social en la Unión es manifiestamente deficiente. El relativo fracaso de la Estrategia Europea de Empleo y del método abierto de coordinación (MAC) para alcanzar los objetivos de incremento del empleo de calidad en el horizonte del pleno empleo ha tenido, además, importantes costes sociales de transacción. Ese fracaso tiene que suponer una reconsideración de las bases fundamentales de este instrumento de impulso y coordinación intracomunitario de las políticas de empleo. Decir al respecto que en la

dialéctica entre «coordinación» (necesaria para atender a la heterogeneidad de los sistemas nacionales, pero insuficiente para establecer garantías y normas de decisión) y la lógica regulativa (jurídificación) de los sistemas socio-económicos, parece que sería necesario que la Unión Europea se dote de instrumentos «fuerte» de regulación; son insuficientes los instrumentos «débiles» (EEE-MAC, formalizadas en «directrices»). Por otra parte, las iniciativas sobre la reforma de los Derechos del Trabajo nacionales y las estrategias de flexiseguridad neoliberal (Comunicación de las Comunidades Europeas, «Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», Bruselas, 22.11.2006 COM(2006) 708 final; y la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre «Los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», Bruselas, 27.6.2007.COM(2007) 359 final), van en una dirección opuesta al garantismo jurídico-social (más allá de que en el plano formal en dicha Comunicación se afirme asépticamente una concepción neutral de su visión de la «flexiseguridad», entendiendo que «la flexiseguridad puede definirse como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral»), desmantelando el sistema de garantías sociolaborales a favor de la instauración generalizada de formas de «trabajo flexible», las cuales, en la lógica de la flexibilidad neoliberal se traduce en gran medida en «trabajo precario», a través de un largo proceso de precarización del empleo asalariado. Precarización que *se instrumenta jurídica e institucionalmente* a través de un conjunto heterogéneo de fórmulas contractuales inexactamente denominadas atípicas, las cuales se han venido «normalizando» legalmente. La protección social garantista concierne al contenido y al sentido del trabajo en la organización productiva, y no puede ser sustituido por compensaciones externas. Un entendimiento distinto, permite el retorno del «trabajo mercancía» y la consiguiente re-mercantilización y deshumanización del trabajo (su antónimo son precisamente los derechos

sociales como derechos desmercantilización relativa del trabajo subordinado).

Las políticas de «flexiseguridad» impulsada por la Comisión Europea y de gran aceptación en círculos no sólo empresariales, tiene como premisa implícita considerar el Derecho del Trabajo como una variable de ajuste de las políticas económicas. Las políticas de «flexiseguridad» neoliberal no están pensadas para humanizar el trabajo, sino para acentuar la subordinación del trabajador a poderes directivos del empleador cada vez más discrecionales e ilimitados. La Unión está haciendo prevalecer la integración negativa (dominada por la ideología económica neoliberal de un mercado interior integrado y la plena liberalización del espacio económico europeo), en detrimento de la integración positiva (no sólo en los términos reduccionistas de «dimensión social» *del* mercado, sino más incisivamente de la protección de los derechos fundamentales sociales en todo el espacio político-jurídico y económico de la Unión). Se puede comprender la perceptible desilusión de los ciudadanos europeos con el proyecto europeo actual. Esto no significa que el Estado Social y las políticas sociolaborales no tengan que adaptarse conciliando las demandas de eficiencia con la justicia y la igualdad de oportunidades. La adaptación no es sólo condición de supervivencia, es también condición necesaria para cumplir sus funciones en una sociedad en transformación y una economía postindustrial y globalizada.

La perspectiva del modelo de flexiseguridad neoliberal impulsada por la Comisión Europea implica la subordinación de los derechos sociales a las exigencias de adaptación de las empresas a las variables del mercado y no viceversa. De este modo los trabajadores son tratados sin más como «recursos» humanos según la lógica mercantilizadora que inspira al modelo de empresa flexible y tendencialmente «desmaterializada».

La respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera y los procesos de re-mercantilización del trabajo ha sido bien distinta a la de las instituciones políticas de la Unión Europea, pues se centra en la promoción del trabajo

decente o digno. Es así explícitamente tras la Declaración de la OIT relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo adoptada en 1998. En ella se sitúa la idea de «flexiseguridad» en un enfoque garantista, ofensivo y basado en la participación activa y en el diálogo social⁵⁸. La naturaleza de reto para la competitividad de la economía europea no reside en la «competitividad por los costes» (bajos salarios y otros costes del trabajo; reducida inversión en formación y tecnológica), sino en la mejora de los niveles de producción y de calidad del trabajo productivo. Y en este plano el «coste» de los derechos sociales es una variable más, no precisamente una variable y no precisamente la menos importante. Lo que hay que defender es, pues, un modelo de flexiseguridad garantista contrapuesta al modelo actual de flexiseguridad neoliberal.

Es necesario dotar de decisión jurídica y de decisión de política económica al espacio europeo. Esto conduciría a transitar de la vigente «constitución social débil» europea a una «constitución social fuerte del trabajo» para Europa, basada en el garantismo jurídico, esto es, en normas garantistas y en normas directivas, necesarias para la intervención comunitaria en materia sociolaboral. Precisamente interesa subrayar que el marco adecuado para la elaboración y puesta en práctica de las políticas de empleo es la política económica en necesaria combinación con otras políticas públicas (educativas, fiscales, etc.). Aún en la etapa crítica representada por la actual crisis económica mundial, la Unión Europea no ha decidido utilizar instrumentos más potentes del Gobierno de la Economía Europea. No debe pasar desapercibido que la política de empleo es proteiforme y multivoca —por el conjunto diverso de acciones que abarca—, pero dentro de esa heterogeneidad prevalece siempre la política económica. Cabría interrogarse sobre cómo, entonces, se podrá llevar a cabo una estrategia europea a favor del empleo de calidad sin establecer ese marco estrictamente necesario. Sería preciso establecer normas jurídicas garantistas de la calidad del empleo y, con este

presupuesto, reforzar la responsabilidad social de las empresas⁵⁹.

Desde el enfoque del modelo de regulación (que comprenden las vertientes de la acumulación, crecimiento y desarrollo; el modelo productivo⁶⁰ y el modelo distributivo) existen dos modelos de política económica y sociolaboral en confrontación, y todo apunta a que la Unión Europea y los Estados Europeos han adoptado uno de ellos (el modelo de política neoliberal)⁶¹.

Con todo, ese emergente —y en parte ya implantado— modelo de constitución social «débil» del trabajo y su Derecho Flexible del Trabajo conduce en la lógica de su racionalización jurídico-social hacia la expansión del trabajo precario y al debilitamiento de la subjetividad política y sindical del trabajo. El trabajo se ve afectado por una serie de factores que contribuyen a la precariedad (temporalidad, trabajo a tiempo parcial, retribuciones mínimas, trabajos inseguros, facilitación de los despidos ilegítimos con minoración de las indemnizaciones por despidos, dificultades de acceso a la protección social pública por inactividad temporal o por inactividad definitiva, etc.). En el paradigma del liberal productivismo impulsado por el Estado mercado o Estado de competencia económica en el marco de la revolución tecnológica no sólo hay que liberal a las empresas de las «cargas» públicas que pesan sobre ella, sino también suprimir rigideces, dando paso, nuevamente, a las virtualidades del libre juego del mercado, el cual acabará imponiendo automáticamente un nuevo modelo de desarrollo *compatible con las nuevas tecnologías*⁶² y *la nuevas exigencias de competitividad* en la era de la globalización de la economía mundial. Esa orientación de la modernización productiva se presenta como un imperativo categórico, siendo sus instrumentos típicos, la liberalización de la economía, la flexibilidad y desregulación laboral, y la remercantilización de los derechos sociales del Estado social instaurados durante la edad de oro del compromiso político-social fordista. De ahí la implantación de un Estado residual de mínimos, que entraña un regresión general de las

solidaridades organizadas por el poder público vinculadas a la pertenencia a una comunidad política, dejando que sea la sociedad civil (familia y mercado) la que se haga cargo de lo que supuestamente el Estado social no puede hacerse. El nuevo «espíritu de empresa» se resuelve en modernizar y acumular. La sociedad basada en el principio de eficiencia económica, se conforma como una sociedad fracturada y polarizada, esto es una sociedad «de dos velocidades»: los de arriba (ganadores) y los de abajo (perdedores), con un centro difuso y cada vez más débil.

Con los modos de regulación (neo)liberales, que privilegian la flexibilidad y la precarización del trabajo, y en suma la remercantilización relativa del trabajo, situando al trabajador en una posición de vulnerabilidad, pero también impiden —disfuncionalmente para el sistema de empresas— la implicación del trabajo respecto a la empresa y la calidad del producto o servicio de «su» (sic.) empresa. Ellos no pueden sentirse copartícipes de un proyecto empresarial a largo plazo porque su vinculación con el interés de su empresa es mínimo, dada su situación jurídica de temporalidad o su vinculación contractual precaria que incita al «descompromiso» con los objetivos de la marcha de la empresa, su posición competitiva en el mercado y su productividad.

Es así que se dificulta todo compromiso generalizable de implicación negociada del trabajador por la calidad y la innovación, precisamente en una coyuntura en la que se asiste un agotamiento de los modelos productivos tradicionales (taylorismo, fordismo...) que se añade a la crisis del trabajo (crisis del modelo de desarrollo dominante en la postguerra, es decir, el fordismo). Por el contrario, lejos de la expansión de las formas de trabajo precario sería preciso garantizar la estabilidad del empleo en un sentido dinámico, que permita la el enriquecimiento continuo de la cualificación profesional del trabajo y la adaptación permanente a las transformaciones tecnológicas y organizativas empresariales. Ese objetivo de estabilidad dinámica del empleo no se puede conseguir espontáneamente a través del

libre juego de las fuerzas del mercado de trabajo, sino a través de la garantía del derecho social al trabajo y la intervención del Estado pro-activa, y no sólo para proteger a los perdedores (trabajadores precarios) víctimas de las tendencias congénitas de la libertad de empresa y de contratación sin control público. Sólo con el garantismo y la implicación del poder público podrá suprimirse (no simplemente atenuarse) la sociedad dual realmente existente hoy: los ganadores y los perdedores (parados, trabajo precario, trabajadores atípicos...). Hay que tener en cuenta que el orden tecnocientífico o económico-técnico debe estar limitado por el orden jurídico-político. En un sistema democrático, el orden jurídico-político ha de ser el *orden decisivo*. Dicho en otras palabras: debe continuar siendo responsabilidad irrenunciable de los poderes públicos el garantizar una política de pleno empleo de calidad, organizando un intervencionismo público de estímulos para la creación de empleo y de organización de sistemas de mercado de trabajo inclusivos a través de la elaboración y puesta en prácticas de políticas activas de empleo en el sentido amplio que permite deducir del propio art.23 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Así se podrá contener el proceso de flexibilización y precarización de las relaciones de trabajo, que paradójicamente están impulsando las instituciones políticas de la Unión Europea (ante todo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea), alejándose progresivamente la conformación plena de una «Europa social». Con lo que lejos de ser una vía alternativa al liberalproductivismo está situándose tendencialmente (porque el ordenamiento comunitario tiene una constitución débil, pero su resorte continúa siendo en el sistema del trabajo «garantista») en su impulsor a través de la orientación de las políticas económicas, sociolaborales y de empleo comunitarias hacia el modelo de «constitución social débil del trabajo». Lo que se está produciendo desde hace dos décadas es un proceso de desmantelamiento gradual del modelo garantista por el modelo flexible del trabajo asalariado.

El Derecho del Trabajo Clásico apunta a la finalidad protectora como base del devenir social, pero ese enfoque agoniza, emergiendo un nuevo enfoque, un nuevo paradigma de Derecho del Trabajo⁶³.

La apuesta desde el Derecho garantista del Trabajo tiene que ser, por el contrario, la de generalizar el empleo estable (cuyo antónimo no tiene que ser la rigidez), con calidad en las condiciones de trabajo y retribución y con una adecuada protección social (tanto vinculada como desvinculada al empleo). Este tipo de empleo ha representado un papel fundamental en el modelo de integración social propio de las sociedades con Estado Social de Derecho. Ante los fenómenos de precariedad, vinculados a las mutaciones productivas y a las políticas de flexibilidad, la calidad del empleo —en sus distintas dimensiones— se ha convertido en una cuestión central para el desarrollo de un modelo productivo alternativo que se asocie a la protección social en el marco de todo el *ciclo vida* de las personas (perspectiva del ciclo vital)⁶⁴. En estas coordenadas de política del Derecho deben establecerse normas para limitar y racionalizar la flexibilidad e inseguridad del empleo, mejorando la calidad del empleo. Los derechos sociales son derechos de desmercantilización relativa de trabajo y presuponen de suyo la garantía legal y mecanismos adecuados para su efectividad.

El Derecho Social del Trabajo que reclamaban los reformadores sociales debería crear formas jurídicas inclusivas y garantista de los trabajadores que contribuirían a materializar las promesas de liberación del proyecto de la modernidad. Con ello trató de reforzar la dimensión comunitaria la sociedad del capitalismo industrial. Ese componente comunitario —componente estatutario/democrático introducido heterónomamente en los contratos de trabajo— pretendía hacer valer su condición de instrumento de desmercantilización relativa de la fuerza de trabajo, a través del reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía —que formalizan el principio de protección legal del trabajo profesional—⁶⁵. Pero sin olvidar tampoco que ese modelo so-

cial intervencionista es al mismo tiempo una exigencia de la racionalización *funcional* del propio sistema económico. En la etapa actual de crisis del constitucionalismo social se tiende a hacer prevalecer el principio axial de eficiencia económica y competitividad sobre el principio de protección del trabajo, de manera que el Derecho del Trabajo tiende a conformarse como una forma de Derecho *no-contradictorio*, sino más unilateralmente favorable a los intereses de la economía y de las empresas. Ello se hace acompañar —y exige— una revisión profunda del constitucionalismo democrático-social. En este sentido el persistente compañero de viaje del Derecho del Trabajo de la modernidad, que es la crisis económica, no hace sino poner de manifiesto la subordinación permanente del trabajo al servicio de la lógica de racionalidad económica. Pero no puede pasar desapercibido que la crisis del Derecho Social del Trabajo constituye una de las dimensiones más significativas de la crisis de la modernidad y un aspecto de la crisis de la forma política del Estado Social contemporáneo. Las reformas liberalizadoras —neoliberales— del garantismo flexible por la instauración de una constitución flexible del trabajo vienen siendo *reforzadas y legitimadas* en la presente coyuntura de crisis estructural. Es la tentación de convertir el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía; un Derecho de regulación (de apoyo a los procesos de autorregulación social y de establecimiento de reglas de juego), pero no de intervención social en los procesos económicos. Es la adhesión a la ideología económica del progreso en términos de crecimiento mercantil (desvinculado de la idea de «progreso social») coincidente con la racionalidad del mercado tal como se muestra desde la falacia neoliberal. Es la pretensión utópica de subordinar la organización de la sociedad al mercado, sin que se haga un mínimo esfuerzo de replantear la lógica de sistema económico que se legitima en términos de principio, pero que seguramente debería seriamente cuestionarse desde una perspectiva ética y desde una modernización reflexiva de racionalismo crítico. Es, en definitiva, la idolatría del mercado regulador.

El orden económico se «naturaliza» y tan sólo se tiende a criticar desde una racionalidad instrumental que atiende a verificar sus disfuncionales coyunturales, necesitadas tan sólo de «ajustes», de «adaptaciones» a los cambios tecnológicos y a la mundialización de la economía. Pero no se postula —y ni siquiera se imagina— una transformación de las estructuras económicas actuales que mantienen una lógica mercantilizadora de las necesidades humanas insuficiente en sí misma para instaurar una sociedad civilizada digna del hombre. En esa concepción *instrumentalista del Derecho*, y en particular del Derecho del Trabajo, éste aparece como una herramienta al servicio del funcionamiento de la economía del mercado. La función de mantenimiento del orden económico y de institucionalización (no neutralización) del conflicto subyacente, con su efecto de normalización y naturalización consiguiente del mismo.

4. CONCLUSIÓN. LAS CONSECUENCIAS DE LOS PROCESOS DE REFORMA LABORAL ¿ES EL DERECHO DEL TRABAJO UN DERECHO «INVERTIDO»?

Se indicó que la crisis económica, es también crisis de valores (cultural) y crisis político-institucional. Crisis, pues, de incidencia civilizatoria. Esto conduce a otra reflexión.

Los fundamentos existenciales del Derecho del Trabajo del constitucionalismo social, con Estado Social de Derecho han partido de realizar el objetivo de alcanzar un alto nivel de desmercantilización relativa del trabajo: El trabajo no es una mercancía, impidiendo que la subordinación cuestionara su libertad. Se pretendía hacer realidad los tres grandes valores originarios de las revoluciones liberales de la modernidad ilustrada: libertad, igualdad y solidaridad (versión secularizada de la fraternidad).

Se trataba de conseguir el objetivo un equilibrio de intereses y valores en el mundo del trabajo a través de una legislación de compromiso social: garantizando derechos de ciudadanía social y al mismo tiempo asegurar la defensa del rendimiento y de la productividad. Es un Derecho regulador del poder social, un Derecho de redistribución y un Derecho de la producción.

En su versión actual (o, al menos, hasta fecha reciente) ha sido un Derecho vinculado al Empleo, que apunta por una sociedad del trabajo y de los trabajadores, para los cuales pretende establecer un trabajo Decente, protegido y digno del hombre, de la persona que trabaja.

El Derecho Social del Trabajo reivindica su cualidad de Derecho de Participación, en una doble perspectiva: porque apuesta por la garantía del derecho al trabajo como derecho de participación e integración en la sociedad democrática; por un lado, y por otro, porque es un Derecho de participación colectiva con el reconocimiento, fomento y apoyo del fenómeno sindical (los derechos de libertad sindical, huelga, negociación colectiva y participación colectiva en la empresa).

Al servicio de todo ello se resuelve y cristaliza en un Sistema Normativo, encaminado a «garantizar» jurídicamente —vertical y horizontalmente— derechos sociales y reglas de juego entre las fuerzas actuantes en el mundo del trabajo.

Sin embargo, estos rasgos quedan desdibujados ante la realidad de la regulación del trabajo en España (y en una parte significativa de la países de la Unión Europea comparables), pues está presidida y responde a la tendencia hacia la instauración de un Derecho flexible y en parte, incluso, «pro-empresarial» del Trabajo.

Esta constatación crítica es verificable atendiendo al conjunto del proceso de reformas laborales que sucesivamente se han puesto en práctica.

En virtud de ellas se generalizan medidas de «ordenación y regulación del mercado de tra-

bajo», en un sentido de remercantilización del trabajo humano hasta límites solo imaginables en comparación con otras épocas liberalizadas que se estimaron, prematuramente, superadas. Cada vez menos el Derecho del Trabajo es un Derecho de «desmercantilización relativa y generalizada del trabajo» (que sólo es capaz de aportar una desmercantilización de baja intensidad). La tendencia visible es a intensificar la «mercantilización de todas las cosas» y en particular los derechos sociales prestacionales. La empresa se organiza de manera visible como una «sociedad u organización disciplinaria» objeto de gobernanza, en el sentido de la «gubernamentalidad» teorizada por Michel Foucault⁶⁶. Está en declive unas relaciones laborales cooperativas y la participación activa de los sindicatos en la gestión de la empresa. La empresa tiende, nuevamente, a conformarse como una organización monista del poder, por contraposición a su concepción como una organización pluralista donde coexisten poderes e intereses divergentes que buscan en la definición de los objetivos de la empresa un equilibrio entre la razón económica y la razón social.

No es de extrañar, en esa perspectiva, el reforzamiento de los poderes directivos empresariales y el correlativo mayor sometimiento del trabajador como uno de los hilos conductores del proceso reformista. De ahí el reforzamiento paradójico de la subordinación jurídica del trabajador, que siendo subordinación organizativa es una posición de sometimiento jurídico-laboral que involucra a la persona del trabajador. En las relaciones de trabajo como relaciones de poder, el trabajador ve debilitada su posición individual y la colectiva o sindical que le sirvió de contrapeso a la debilidad en la contratación individual (debilitamiento de la representatividad sindical y de los instrumentos de defensa de intereses colectivos de los trabajadores: huelga y negociación colectiva, seriamente cuestionada y limitada por las reformas laborales en curso, que son reformas que han sido orientadas a operar un cambio en la correlación de fuerzas existentes en el mundo del trabajo, a favor de los empresarios como

realidad subyacente bajo el prisma de la defensa de la competitividad y de las exigencias de adaptación dinámica de las organizaciones productiva a un entorno cambiante).

En el ciclo de las reformas se adoptan medidas inequívoca y manifiestamente desequilibradas en las relaciones de poder en el mundo del trabajo, dentro de la empresa, en el mercado de trabajo y en el ámbito de la política pública sociolaboral. Se efectúa un creciente desmantelamiento de la «propiedad social» o «colectiva», es decir, un desmantelamiento del Estado Social construido en la segunda postguerra mundial. Actualmente se asiste a una acumulación selectiva que no sólo se basa en la producción y en la especulación financiera, sino también en la «acumulación por desposesión»⁶⁷ mediante la privatización de servicios públicos y re-mercantilización de derechos sociales prestacionales (Sanidad, Pensiones, etc.). Se está desmantelando y mercantilizando los marcos reguladores jurídico-institucionales destinados a proteger a las personas y en particular a los trabajadores, ampliando el espacio económico mercantil hasta donde se consideraba antes espacio reservado a los «bienes públicos obstruidos» respecto al juego del intercambio mercantil.

Se imponen medidas que ponen en cuestión al Derecho del Trabajo como un Derecho comprometido con el empleo, pues el pleno empleo ha dejado de ser en la práctica (y más allá de la retórica al uso) el objetivo prioritario de la política económica y social. Lo que se impulsa ahora es el Derecho del Trabajo como Derecho de fomento de la competitividad de las empresas y de la economía «nacional» y «europea». Estas son las prioridades y el cambio de enfoque consiguiente.

A nivel nacional y a nivel de la Unión Europea tiende a primar el Derecho económico de la Competencia sobre el Derecho Social del Trabajo. Basta comprobar cómo la «constitución económica» de la Unión Europea se impone sobre la tradición del constitucionalismo social de los Estados miembros y esto se hace explícito en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia del TJUE. Resulta singu-

larmente paradigmática la doctrina del TJUE, que sin duda en otras materias relevantes tanto ha venido contribuyendo al reconocimiento de los derechos fundamentales en el espacio europeo, sobre la tensión entre las libertades económicas (en particular el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios) y los derechos fundamentales de carácter colectivo, como la huelga y la negociación colectiva (formalmente garantizados en la Carta de la Unión Europea y las constituciones nacionales), haciendo prevalecer las libertades económicas sobre tales derechos sociales de libertad. Así se refuerza la centralidad del mercado y se debilita el sistema de garantías sociales de los derechos a nivel europeo y nacional. Se trata ante todo de tres grandes pronunciamientos en los asuntos Viking (STJUE de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05), Laval (STJUE de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05) y Rüffert (Asunto C-346/06), en los que se pone límites a los derechos colectivos en su confrontación con las libertades económicas europeas. Por el contrario, cabría postular que el criterio no reside tanto en la aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de colisión de derechos colectivos y libertades económicas, como en garantizar previamente el *principio de equiparación* entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas.

Se imponen medidas que tienden a debilitar a los sindicatos en sus instrumentos fundamentales: la negociación colectiva, la huelga; autotutela colectiva a través de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos laborales; el control sobre las decisiones ordinarias y extraordinarias de gestión y reestructuración empresarial. Así, se pone en cuestión «lo colectivo» en el Derecho Social, y el mismo hecho sindical; y se cuestiona el Derecho del Trabajo como Derecho de Participación colectiva (la misma autonomía colectiva en sus distintas manifestaciones interdependientes y comunicables).

En todo el proceso de reformas preside una «desconstitucionalización» gradual de los derechos sociales, un cuestionamiento del sistema

normativo que se quiere ver desplazado por «derecho blando» (*soft law*), cuando no por la llamada «responsabilidad social de la empresa», que remitiría una ordenación unilateral del trabajo por parte del empresario, con acaso una mínima negociación colectiva sobre las condiciones de cumplimiento voluntario de ciertas reglas de regulación del trabajo y de las condiciones de empleo.

Todo ello va parejo, en paralelo, con el debilitamiento en los instrumentos de control de observancia y cumplimiento de las normas jurídicas formalmente vigentes.

Con todo se obtiene un debilitamiento del *garantismo jurídico* que, *grosso modo*, se ha venido basando sobre el firme pilar de verdaderas normas jurídicas y técnicas instituciones de garantías de control y observancia (tutelas judiciales, administrativas, sindicales, etc.).

Esto significa que el Derecho Social del Trabajo tiende hoy a convertirse en un Derecho «postsocial» del Trabajo y de la Empresa (en el particular sentido de estar permanente al servicio de las exigencias de su funcionamiento en condiciones de competitividad). Cambian los valores de referencia y las prioridades y jerarquías. Todo ello en el marco de una mutación tácita (y en menor medida a través de reformas expresas) de los textos del Constitucionalismo Social vigentes formalmente en los países más avanzados de Europa en virtud de una realidad constitucional que se impone por «gobierno fuertes» que presentan sus reformas restrictivas de derechos sociales como imposiciones inevitables de los «mercados» (sin aclarar, por otra parte, qué fuerzas económicas e institucionales operan en dichos espacios económicos globalizados). Se está produciendo, pues, una «desconstitucionalización» y remercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía. La «constitución jurídico-social» solo adquiere una vigencia jurídico-formal, pero está desprovista de eficacia real y efectiva.

La consecuencia estructural es el cambio de la constitución democrático-social y garantista del Trabajo por la constitución flexible y neoliberal del trabajo. No es un programa a corto

plazo sino con la pretensión de hacerlo estructural. Por el momento se presentan como «normas o legislación de excepción», pero lo que se discute es más amplio que la crisis, esto, el tipo de regulación jurídico-institucional de los «mercados de trabajo» y de las relaciones de trabajo que mejor se correspondan con las condiciones de la globalización de la economía mundial; y, en relación a ello, la pretensión de implantar un modelo de competitividad basado en la competitividad por los costes del trabajo y la precarización permanente como condición existencial de carácter estructural del trabajo profesional.

Las consecuencias políticas y sociales de un Derecho «postsocial» del Trabajo, al tiempo no serán otras que el generar una nueva cuestión social devenida en cuestión directamente política y orden político-social. Con la consiguiente desestabilización sociopolítica del orden del capitalismo tardío. La nueva cuestión social exigirá un replanteamiento del Derecho del Trabajo «invertido», porque entonces no podrá seguir cumpliendo su función de pacificación social, de integración del conflicto («contención social»), y de racionalización jurídica (en términos de limitación y control de los expansivos intereses empresariales y de racionalización de la lógica individualista que informa la actuación de las fuerzas económicas de nuestro tiempo).

Todo esto remite a otra pregunta —y reflexión correspondiente— sobre si es posible a largo plazo la supervivencia del capitalismo configurado pretendidamente como «capitalismo puro», esto es, libre de sistemas de limitaciones y racionalizaciones sociales y político-jurídicas y, eso sí, defensor de un intervencionismo público selectivo al servicio predominantemente de las exigencias del mercado. Es dudoso que el capitalismo pueda ser «salvado» nuevamente sin políticas de «reforma social» y de «concesión y contención social»; en condiciones mínimas de democracia (y es posible que se cuestione esta forma política no sólo en el campo sustancial, lo que resulta evidente, sino también en el campo procedimental de la libre participación política)

es difícil la supervivencia a medio plazo de un sistema social total sin un mínimo de igualdad y de solidaridad social: una elevada pobreza y exclusión social acaban por desestabilizar el orden político y cuestionar la dinámica económica del capitalismo, el cual exige «orden», «estabilidad», «paz social», y un cierto nivel de poder adquisitivo (demanda agregada) sin la cual no se garantiza el consumo requerido por un capitalismo cognitivo y una sociedad no sólo adquisitiva, sin igualmente una sociedad consumo. No parece posible la expansión económica y el desarrollo necesario de las necesidades económicas sin orden ni capacidad efectiva de consumo, cuando no de consumidores de mercancías y servicios.

Al tiempo será precisa una nueva reforma de la constitución jurídica, que no sólo será revitalización sin más de la «neutralizada» social precedente, sino también una reinención de «lo social» para hacer frente a las nuevas exigencias de regulación social. Aunque sea por la misma lógica intrínseca al capitalismo: Aparecerán —desde dentro del sistema y no sólo desde fuera en el pensamiento crítico siempre existente, como constante histórica— partidarios de realizar reformas económicas y sociales (en un sentido, al menos, más garantista; con la garantías sociales indispensables para el funcionamiento pacífico y legitimista o legitimador del Sistema establecido) siquiera sea por la convicción de que ello será, nuevamente, necesario *para la perpetuación del Sistema establecido. Esa perpetuación en condiciones de democracia no será posible sin una reforma cualitativa del orden económico imperante en la actual fase de mundialización económica.* Pero la historia no vuelve hacia atrás en el sentido del eterno retorno nietzscheano, lo que vendrá será distinto —y en parte desconocido por todos los analistas más lúcidos—.

Además, el nuevo Derecho del Trabajo naciente (distinto al neoliberal que actualmente se está tratando de implantar) tendrá que ser un Derecho del trabajo no sólo estructurado a nivel nacional sino también de los grandes espacios. Lo que se impone por las condiciones de mundialización (en su fase de globali-

zación) de la economía mundial. Quizás un Derecho del Trabajo para una Europa unida, como una unidad político-social de tipo federal dotada de una constitución democrático-social del trabajo.

En todo caso el capitalismo tendrá que afrontar sus límites internos (contradicciones internas de las fuerzas y organizaciones económicas) y externos (límites del crecimiento material y productivo impuestos por el deterioro ecológico, y su proyección en el medio ambiente interno y externo a las empresas; crisis energética; desigualdades intolerables que general el capitalismo tardío, como señaladamente el incremento de la exclusión social; crisis del empleo; y se impondrá la pregunta

de si será posible también un capitalismo sin crecimiento económico permanente, aunque igualmente una política de reforma social sin crecimiento económico sostenido). De ello depender la posible —aunque no probable— reinvención del modelo de organización social, esto es, del capitalismo histórico y su posible sustitución por otro modelo más razonable y aceptable socialmente de organización del sustento del hombre.

Con todo, se deberá recordar que el Derecho —que ostenta un relativo ámbito de autonomía real y efectiva— no tiene una existencia aislada, interactúa con la economía y con la decisión política constituyente del orden en la comunidad política.

NOTAS

1. SENNET,R.: *La corrosión del carácter*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2000, pág. 23.
2. Puede consultarse, al respecto, VV.AA.: *La financiarización de las relaciones salariales. Una perspectiva internacional*, Luis Enrique Alonso, Carlos J. Fernández Rodríguez (eds.), Madrid, Los Libros de la Catarata, 2012, págs. 7 y sigs., 298 y sigs.; RUESGA, S.M.: «La financiarización de las Relaciones Laborales», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, Núm. 2 (2012), págs. 409 y sigs.
3. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Para una crítica de las «soluciones» iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo», en *La Harremanak*, núms. 20-21 (2009), págs. 51 a 136, en particular 64, 69 y 74; *Íd.*: «Crisis y revisión de la Constitución democrático-social del trabajo: Crítica de la opción liberal», en VV.AA.: *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, Cámara Villar, G. (ed. y coord.), Granada, Universidad de Granada, 2010, págs. 185 y sigs. (Este libro contiene, además, aportaciones relevantes de Carlos de Cabo Martín, Miguel Ángel García Herrera, Gonzalo Maestro Buelga, Gerardo Pisarello, Marcos Criado de Diego, José Asensi Sabater, Antonio de Cabo de la Vega, José Manuel Martínez Sierra, María Luisa Balaguer Callejón). Una reflexión general sobre la reforma de 2012 (en particular sobre su versión en el R.D-Ley 20/2012), en MOLINA NAVARRETE, C.: «De la «Flexibilidad laboral» al «ajuste social total»: Lo que el «austeritario» Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento», en *RTSS. CEF*, núm. 356, págs. 5 y sigs.
4. «*low skill equilibrium*», es la expresión utilizada por ESPING-ANDERSEN, G.: «Whoisharmedbylabourmarketregulation?», en *Whyderegulatelabourmarkets?*, Esping-Andersen, G. y Regini, M., Oxford, Oxford University Press, 2000; y, operando constructivamente también con esa misma noción para el caso del modelo español de «flexiseguridad», RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», en ESCUDERO, R. (Dir.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 3 a 27, en particular pág. 9. El análisis más completo en la Ponencia de MORENO VIDA, M^a.N.: «El debate sobre la «flexiseguridad» en Europa», Primera Ponencia temática al XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 2009 (objeto de publicación posterior, Madrid, MTAS, 2010, vol. I.); *ID.*: «El debate sobre la flexiseguridad en Europa», en MONEREO PÉREZ, J.L. y MONTOYA, E. (Dir.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, Ed. Comares, 2010, págs. 25 y sigs. En una perspectiva más general, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Para una crítica de las «soluciones» iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo», en *La Harremanak*, núm. 20-21 (2009), págs. 51-136.

5. Suscritos por los interlocutores sociales el 25 de enero de 2012. El texto de dicho Acuerdo fue publicado por Resolución de la DGT de 11 de febrero de 2010, BOE 22-02-2010. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2010-2011 y 2012)», en *Relaciones Laborales*, vol. 1 (2010), págs. 77 y sigs.; BAYLOS

GRAU, A.: «La reforma laboral. Balance crítico y perspectivas de futuro», en VV.AA.: *La reforma laboral 2010-2011 y sus instrumentación normativa*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. Á. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011. págs. 461 y sigs., en particular págs. 468-471; *id.*: «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», en *Revista de Derecho Social*, núm. 57 (2012), págs. 9 y sigs.

6. Sobre la trascendencia de esa distinción, puede consultarse la obra clásica de GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, tradición, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.

7. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanc, 1996, espec., págs. 99 y sigs.

8. Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se publica dicho Acuerdo, BOE, de 23 de febrero de 2012, núm. 46.

9. THIBAUT ARANDA, X.: «¿Por qué esta Reforma Laboral?», en *Revista del MTESS*, número 100 (2012), especial sobre la reforma laboral de 2012, págs. 47 y sigs., en particular pág. 47.

10. SANGUINETI RAYMOND, W.: «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», en *Revista de Derecho Social*, núm. 57 (2012), págs. 125 y sigs., en particular pág. 132.

11. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postindustrial: El modelo de constitución flexible del trabajo», en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jimenez, R (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.

12. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «La reforma laboral: Sentido político-jurídico y técnico», en VV.AA.: *La reforma laboral 2010-2011 y sus instrumentación normativa*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. Á. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011. págs. 3 y sigs., en particular págs. 10-11.

13. ROMAGNOLI, U.: «El Derecho del Trabajo ante la crisis», en *Revista de Derecho Social*, núm. 58 (2012), pág. 21.

14. MERCADER UGUINA, J.R.: «Los Acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación colectiva de empresa», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.): *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid, Lex Nova, 2010; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Las cláusulas de descuelgue empresarial ante la crisis económica», en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs.), Moreno Vida, M^a.N. y Triguero Martínez, L.A. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 443 y sigs. Para el tratamiento del descuelgue de condiciones de trabajo en convenios colectivos supraempresariales, puede consultarse CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», en *Revista de Derecho Social*, núm. 57 (2012), págs. 231 y sigs.

15. Ciertamente, como se ha apuntado, con referencia a la reforma de la Ley 35/2010, «desde las asociaciones empresariales se venía reclamando desde hace tiempo el establecimiento de cláusulas de descuelgue salarial que resultasen realmente operativas y que cumplieran la función de ayudar a las empresas a superar las situaciones de crisis». La respuesta legislativa ha ido en esa dirección, pues «lo que antes eran derechos supeditados al contenido de la cláusula de descuelgue en el convenio o a la decisión de la comisión paritaria, se ha convertido ahora en una posibilidad real para los empresarios que atraviesen una situación económica negativa; posibilidad que pide los mismos condicionantes y se supedita al mismo procedimiento para todos, con independencia del sector al que pertenezcan». Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Convenios colectivos y descuelgue salarial», en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.), Cizur menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2010, pág. 83.

16. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 290-291.

17. Véase, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la negociación colectiva», en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 625 a 683 y bibliografía allí citada.
18. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: «La reforma laboral», en *Relaciones Laborales*, núm. 5 (2012), págs. 1 y sigs.
19. Uno de los aspectos más expresivos de la problemática de las ETT en las relaciones laborales es la de la «opacidad» en diversos aspectos fundamentales de la relación jurídico-laboral. Cfr. OJEDA AVILES, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 285., y ampliamente, MORENO VIDA, M^a.N.: *El trabajo en régimen de Empresa de Trabajo Temporal*, Granada, Ed. Comares, 2005, y su ensayo en «Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal», en VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.) y Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 137 y sigs.
20. Sobre esta problemática, SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, Granada, Ed. Comares, 2009; SOBRINO GONZÁLEZ, G.: *La política de colocación*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2006.
21. Para la incidencia de la reforma laboral de 2010, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de la intermediación laboral», en *Relaciones Laborales*, núm. 21-22 (2010), Especial monográfico sobre «La reforma laboral de 2010», págs. 129 y sigs.
22. MORENO VIDA, M^a.N.: «Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal», en VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio de su Régimen Jurídico*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.) y Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2010, pág. 145, con una completa y acertada exposición jurídico-crítica de la nueva regulación comunitaria e interna de la actividad de las ETT.
23. Para el marco jurídico precedente a la reforma de 2012, véase SERRANO FALCÓN, C.: tesis...; y Mari Nieves....
24. MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: «El modelo de contratación laboral en España: Aspectos generales de la contratación laboral», en VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal*, Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 3 y sigs.
25. SEMPERE NAVARRO, A.V. y PÉREZ CAMPOS, A.I.: «Contratos para obra o servicio determinado», en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), y Martín, Jiménez, R. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2010, pág. 174. Para la dinámica histórico-normativa de esta controvertida modalidad contractual, puede consultarse GARCÍA NINET, I.: *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, y la completa obra de VINCENTE PALACIO, M^a.A.: *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
26. Véase la crítica formulada en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Sobre el contrato de trabajo único», en *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2009), págs. 1 a 13; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, Sevilla, CARL, 2010; VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal*, Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010.
27. Las ideas fuerza aquí residen en un enfoque preventivo de la situación de exclusión, y, en caso, de las personas se encuentren en situación ya de exclusión, en realizar políticas que promuevan la inserción laboral en situación de exclusión a través de diversos cauces. Entre ellos, interesa destacar el papel de las denominadas «Empresas de Inserción», reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de Empresas de Inserción. Tal tipo de empresa se define legalmente como «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 sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. A estos efectos —se añade— deberán proporcionar a los trabajadores procedentes de situaciones contempladas en el art. 2, como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deberán tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción laboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario». Sobre este tipo de empresas de inserción, puede consultarse, VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Granada, Ed. Comares, 2008; MARTÍN MAZZUCCONI, C.

(Coord.): *La política de empleo como instrumento de inclusión social: un análisis jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010.

28. SINZHEIMER, H.: «La esencia del Derecho del Trabajo» (1927), en SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, estudio preliminar y trad. de Felipe Vazquez Mateo, Madrid, IEP, 1984, págs. 67 y sigs., en particular pág. 73.

29. Puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I Y II)», en *Relaciones laborales*, núm. 6-7 (2011), págs. 14 a 48 y 15 a 37, respectivamente.

30. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: «Descentralización económico productiva en el contexto de la crisis económica: El supuesto del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores», en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 193 y sigs.

31. El TJUE declara que: «El art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada».

32. Sobre el tema véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, MTSS, 1992, págs. 457-458; MORENO VIDA, M^a.N.: *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del Ordenamiento Interno y Comunitario*, Granada, Ed. Comares, 2005.

33. Se propuso en la doctrina francesa «que en vez de entender que el contrato se celebra para cada misión, se establezca que se trata de un solo contrato de trabajo de duración indefinida suspendido, de pleno derecho, en los intervalos de misión a misión. El trabajador y la ETT tendrían así una relación propia de fijo de trabajo discontinuo y periódico. La jurisprudencia francesa, sin embargo, sigue manteniendo que si las misiones se repiten sólo hay una sucesión de contratos, uno por cada misión, con lo que tampoco se consigue reconocimiento de antigüedad, derecho a indemnización en caso de extinción de la relación entre el trabajador y la ETT, etc.» (BORRAJO DACRUZ, E.: «Informe técnico sobre las Empresas de Trabajo Temporal», en BORRAJO DACRUZ, E.: *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Edersa, 1993, pág. 456).

34. En una perspectiva general, FERRAJOLI, L.: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, espec., págs. 11 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, espec., págs. 27 y sigs., y 159 y sigs.

35. MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: «El modelo de contratación laboral en España», cit, págs. 3 y sigs.

36. En efecto, conforme al art. 11.2.i) LET, «La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial».

37. Véase LÓPEZ GANDÍA, J.: «Los contratos formativo y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012», en *Revista de Derecho Social*, núm. 57 (2012), págs. 85 y sigs.; QUESADA SEGURA, R.: «Derechos de formación profesional y contratos formativos», en *Temas Laborales*, núm. 115 (2012), págs. 165 y sigs.

38. El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al trabajo en su dimensión individual implica «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa». Cfr. SSTC 22/1981, de 2 de julio, 20/1994, de 23 de febrero y 192/2003, de 27 de octubre).

39. El art. 30 de la Carta de la Unión incorpora al máximo nivel la garantía frente al despido injustificado. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la protección en caso de despido injustificado (Estudio del art. 30 de la Carta)»,

en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 695 a 738.

40. Sobre esta nueva figura contractual, puede consultarse MORENO VIDA, M^a.N.: «Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia», en *Temas Laborales*, núm. 115 (2012), págs. 193 y sigs.; PÉREZ REY, J.: «El contrato de apoyo a los emprendedores: Una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», en págs. 51 y sigs.; GARCÍA BLASCO, J.: «Crisis económica, reforma laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», en *RMESS*, núm. 100 (2012), págs. 83 y sigs.; BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la “flexi-seguridad”», en *Revista de Derecho Social*, núm. 59 (2012), págs. 87 y sigs. Para la problemática general, aún antes de la reforma, DE VAL TENA, A.L.: «Sobre la duración (abusiva) del periodo de prueba: contratación temporal y contratación indefinida», en *AS*, núm. 5 (2008).

41. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1986.

42. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012, espec., págs. 23 y sigs.

43. Precisamente para evitar la tentación de una desconexión entre el nuevo «Libro Verde» y la Comunicación de 2005, el Comité Económico y Social Europeo entiende que «el Libro Verde debe considerarse una continuación de la Comunicación de 2005, sobre reestructuración y empleo, que tenía por objeto definir el papel de la UE a la hora de prevenir y gestionar las reestructuraciones con vistas a fomentar el empleo». Cfr. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «Dictamen sobre el «Libro Verde-Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?» [COM(2012) 7 final. (2012/C 299/11), aprobado en sesión plenaria de los días 11-12 de julio de 2012] apartado 4.1. y 4.4, realizado que «un marco de diálogo social y negociación colectiva, y el desarrollo de la función que desempeñan los interlocutores sociales y los representantes empresariales, que son más importantes que nunca para adecuar, en tiempo de crisis, la producción, la organización y las condiciones de trabajo a unas circunstancias rápidamente cambiantes, sobre la base de una buena cooperación social».

44. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006; BLASCO PELLICER, A.: *Los Expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Directores): *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Xavier Solá Monells (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2012.

45. Para ese entendimiento correcto del sentido y alcance de la prueba en Derecho, véase TARUFFO, M.: *La Prueba de los Hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Ed. Trotta, 2002.

46. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivos y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 122-123; *id.*: «El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012», en *Temas Laborales*, núm. 115 (2012), págs. 315 y sigs.

47. La crítica es ya originaria, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M^a.N.: *Forma y efectos del Despido*, en VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los trabajadores*, Borrajo Dacruz, E. (Dir.), Madrid, Edersa, 1994; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, CARL, 2010.

48. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Ed. Ibídem, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Documento 160/2010, Madrid, Fundación Alternativas, 2010, con diagnóstico del modelo legal vigente y propuestas de reforma legislativa de viable realización; GARCÍA BLASCO, J. (Dir.) y DE VAL TENA, A.L. (Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción*, 2^a ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009; MERINO SEGOVIA, A.: *Comentario a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Albacete, Bomarzo, 2006.

49. Véase GORZ, A.: *Metamorfosis del trabajo*, trad. M.C. Ruiz de Elvira, Madrid, Ed. Sistema, 1995.

50. Véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm.83 (2008), págs. 11 a 109; *id.*: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011, espec., Parte II («La precariedad laboral en el marco de las políticas de flexibilidad laboral»), págs. 103 y sigs.
51. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social: La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, El Viejo Topo, 2009.
52. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; *id.*: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
53. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm.96 (1999), págs. 489 y sigs.
54. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Comares, 2009.
55. Véase DUMONT, L.: *Homo aequalis: génesis y apoyo de la ideología económica*, trad. Juan Anamadi, Madrid, Ed. Taurus, 1982, espec., págs. 13 y sigs.
56. Sobre ese capitalismo utópico en sus presupuestos originarios, puede consultarse ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, París, Editions du Seuil, 1999, espec., Primera Parte (Economía y sociedad de mercado) y las obras clásicas de GEORGE, H.: *Progreso y Miseria*, edición y estudio preliminar, «Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, y VEBLEN, TH.: *La empresa de negocios*, edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011.
57. Para ese fenómeno extensivo, desde la sociología crítica, puede consultarse BECK, U.: *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Ed. Paidós, 2000. El proceso ya había sido advertido antes clarificadoramente por el mismo autor en su obra *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Ed. Paidós, 1988, en donde constataba la creciente desestructuración del trabajo. Igualmente, MINGIONE, E.: *Las sociedades fragmentadas. Una sociología de la vida económica más allá del paradigma del mercado*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, que apunta a la fuerte conexión patológica existente entre precarización del empleo y empleo irregular propiciado por el proceso de terciarización de la economía generando una sociedad fragmentada (*Ibidem*, espec., págs. 328 y sigs.).
58. Como ha sido advertido, el concepto de trabajo decente, tal y como lo utiliza la OIT, busca agrupar bajo un paraguas todos los elementos del desarrollo económico y social armónico, del cual las reglas laborales protectoras son un componente esencial. Decente significa actuar de modo conveniente y apropiado: conviene proteger el trabajo, tomando debidamente en cuenta —no sustituyendo— los intereses de las empresas y de la economía general. Cfr. SERVAIS, J.M.: «El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica», en *RL*, núm. 15-18 (2012), págs. 141 a 166, en particular pág. 144; SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona, Eds. Península, 2011, págs. 115 y sigs.
59. Precisamente la calidad del empleo forma parte de la dimensión interna de la responsabilidad social de la empresa. En este sentido, la misma COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 2001. Véase, al respecto, las aportaciones recogidas en FERNÁNDEZ AMOR, J.A. y GALA DURÁN, C. (Coords.): *La responsabilidad social del empresario: un nuevo reto para el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P. (eds.): *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Corporativa de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009.
60. Se pueden definir técnicamente los modelos productivos «como ‘compromisos de gobierno de empresa’ que permiten desarrollar de modo duradero y rentable una de las estrategias de ganancia viables en el marco de los modos de crecimiento de los países en los que las firman organizan sus actividades, a través de medios (política-producto, organización productiva y relación salarial) coherentes y aceptables para los actores implicados». Cfr. BOYER, R. y FREYSSINET, M.: *Les modèles productifs*, París, Éditions La Découverte & Syros, 2000 (*Los modelos productivos*, Madrid, Ed. Fundamentos, 2003, pág. 35).

61. Para la lógica de funcionamiento y la significación político-jurídica de estos dos modelos ideal-típicos de regulación, puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario y sus estructura después de la reforma laboral de 1997 (La gran transformación: la política salarial en el nuevo paradigma de organización industrial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, especialmente, «Parte II: El modelo de regulación y flexibilidad salarial», págs. 45 a 125. Y en la doctrina iuslaboralista clásica, LYON-CAEN G. (dir.): *Le droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, Coll. Critique du droit, 1980
62. Puede consultarse HYMAN, R. y STREECK, W. (Comps.): *Nuevas tecnologías y relaciones industriales*, Madrid, MTSS, 1993; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relaciones de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990; MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del Trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
63. OJEDA AVILES, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 15. En lo que interesa más directamente, ya este relevante iuslaboralista había apuntado lúcidamente sobre «El final de un principio (la estabilidad en el empleo)», en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, págs. 467 y sigs., y PÉREZ REY, J.: *Estabilidad en el empleo*, Madrid, Trotta, 2004. La revisión comparada es extraordinariamente útil para la comprensión de la expansión del fenómeno de la precariedad y sus causas más profundas. Véase, al respecto, OIT.: *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa Occidental*, Madrid, MTAS, 1992, y AUER Y CAZES: *La estabilidad en el empleo en una época de flexibilidad*, Madrid, MTAS, 2003.
64. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una sociedad cambiante», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. Especial Monográfico, 2008.
65. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización», en *Revista de Trabajo*, en *Revista de Trabajo*, núm. 19 (1995), págs. 7 a 46; ID.: «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2 (1999), págs. 239 a 262; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, especialmente las consideraciones sobre la rectificación del proceso de organización social del trabajo desde el «contrato» al estatuto democrático-social; ID.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; GALLINO, L.: *Il lavoro no è una merce Contro la flessibilità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007.
66. FOUCAULT, M.: «La gubernamentalidad» (1978), en FOUCAULT, M. y otros.: *Espacios de poder*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1981, págs. 9 y sigs.
67. Puede consultarse, HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo* (2003), trad. Juan Mari Madariaga, Madrid, Eds. Akal, 2007, págs. 116 y sigs.