

LA FLEXIGURIDAD EN LA REFORMA LABORAL DE 2012*

José María Goerlich Peset

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

Sumario: 1. La flexiguridad, un nuevo paradigma. 2. La flexiguridad en España. 3. ¿«El objetivo es la flexiseguridad»? A) Una aproximación formal: diálogo social y negociación colectiva. B) El pretendido «equilibrio» de las soluciones. 4. Una valoración de conjunto. Nota bibliográfica.

1. LA FLEXIGURIDAD, UN NUEVO PARADIGMA

Si durante los últimos veinticinco años del siglo XX el debate jurídico-laboral ha girado en torno a la noción de flexibilidad, el inicio del siglo XXI lo ha desplazado a un nuevo concepto: el de flexiguridad. A lo largo de la segunda mitad de la década de los 90, en el marco más amplio de las ciencias sociales y sobre la base de algunas experiencias nacionales, se acuña tal neologismo para dar cuenta de determinados modelos de relaciones laborales en el que la combinación entre los conceptos de flexibilidad y seguridad permite combinar igualmente el razonable crecimiento económico que aquella posibilitaría con una situación también razonable en el mercado de trabajo, en términos de cantidad y calidad del empleo. Las aportaciones de Adriaansens, Wilthagen y otros así como las referencias al modelo danés de relaciones laborales o a iniciativas y reformas introducidas durante la década de los 90 en el sistema holandés son un lugar común

entre los estudiosos que se han ocupado de la flexiguridad. Sobre la base de estos planteamientos, a mediados de la década pasada, la Comisión abrió el debate sobre la implementación de políticas de flexiguridad a nivel europeo, mediante la publicación del Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* (noviembre, 2006, COM [2006] 708).

No resulta posible ahora detallar ni los planteamientos previos ni las respuestas a este debate, en el ámbito comunitario o en los foros especializados. A los efectos que aquí interesan basta realizar algunas consideraciones de alcance general respecto a los problemas que intenta resolver el nuevo concepto y el modo en que pretende hacerlo. Por lo que se refiere a los primeros, no son nuevos en modo alguno: arrancan de la situación creada desde mediados de los 70, en sucesivas oleadas de crisis, y de las políticas de flexibilidad laboral desarrolladas para hacerles frente. Éstas han generado como efectos la rotación/alternancia entre empleo y desempleo así como la diversificación

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación UV_INV_PRECOMP 12-80271, «Crisis económica y reformulación de las normas que regulan las relaciones de trabajo».

de la población activa en diferentes grupos; efectos que, al límite, conducen a situaciones de exclusión. La flexiguridad aparece así como una posible solución de los problemas del empleo, sean considerados éstos en términos de cantidad, atendiendo, esto es, a la proporción empleo/desempleo, o de calidad, superando la segmentación en el mercado de trabajo; y en último término busca evitar la exclusión social.

El nuevo paradigma no cuestiona la necesidad de atender a las exigencias de flexibilidad de la empresa en un mundo fuertemente competitivo por acción de fenómenos sobradamente conocidos (globalización, nuevas tecnologías, etc.). Pero el impacto adverso que su atención despliega sobre el funcionamiento del mercado de trabajo se intenta evitar mediante la entrada en juego de la «seguridad». Adviértase que no se alude «rigidez» lo que, en el ámbito ideológico de la flexiguridad, no es mero juego de palabras: la seguridad no se refiere a los puestos de trabajo afectados por la flexibilidad sino a la situación de los trabajadores en el mercado. La seguridad se proyecta, de este modo, sobre las llamadas «transiciones profesionales».

Esta última noción se importa de la teoría de los mercados de trabajo transicionales que no es coincidente con la de la flexiguridad pero que guarda estrechas relaciones con ella. La idea fundamental es que la concepción clásica del pleno ha de ser sustituida por una nueva. Si aquella parte de un puesto de trabajo para cada trabajador-varón, durante su vida laboral, el nuevo modelo de pleno empleo se ha de extender a toda la población activa, ha de incluir probablemente menos horas de trabajo y, además, debe posibilitar que estas se distribuyan de forma flexible a lo largo de la vida. En este nuevo contexto, se han de alternar, de forma flexible, períodos de trabajo, o de más o menos trabajo, con otras situaciones vitales, derivadas de eventos externos o de decisiones personales. Se trata de las transiciones profesionales, que no se agotan en el binomio empleo/desempleo, por más que sea la situación más frecuentada y más dramática sino que se extiende a otros pares ordenados de conceptos: educación/

empleo, formación/empleo, trabajo subordinado/trabajo autónomo, trabajo/vida familiar, empleo/retiro por incapacidad y, sobre todo, por jubilación. La flexiguridad trata en definitiva de establecer mecanismos que garanticen las indicadas transiciones, permitiendo que se desarrollen ordenadamente, que se superen y que, en ningún caso produzcan un tránsito de los afectados al exterior del sistema, esto es, a la exclusión social.

En este horizonte, las políticas relacionadas con la seguridad sufren una notable ampliación. Se habla de ella hasta en cuatro sentidos diferentes, según se refiera a los puestos de trabajo (*job security*), a los ingresos (*income security*), al empleo (*employment security*) y a las elecciones vitales de carácter personal que adopta el trabajador a lo largo de su vida (*combination security*). Obsérvese que se añaden nuevos elementos a los más tradicionales propios del derecho del trabajo (*job security*) y de la seguridad social (*income security*). Esta ampliación posibilitaría, a diferencia de lo que ocurre en el conflicto entre flexibilidad y rigidez, que flexibilidad y seguridad se combinen de una forma inédita: no entrarían en conflicto sino que se complementarían. El debate tradicional sobre la flexibilidad ha opuesto a las aspiraciones empresariales las conquistas laborales tradicionales, en una relación conflictiva a dos. El relacionado con la flexiguridad desborda este marco. Cambian los «acreedores» de la seguridad —ya no es el concreto trabajador que aspira a conservar su puesto sino el conjunto de los trabajadores que aspiran a ser empleables cuando atraviesen una transición—. También, los «deudores» de seguridad —no son los empresarios a los que limitar sus facultades de contratación o despido sino los poderes públicos, como encargados institucionales del mercado de trabajo en el que se desarrollan las transiciones—. El escenario, en fin, está notablemente cambiado puesto que las soluciones contractuales tienen una importancia limitada siendo lo verdaderamente importante es el gobierno del mercado de trabajo. De esta manera, la flexiguridad posibilita una solución de compromiso armónico, en la que no hay ven-

cedores ni vencidos sino que funciona dentro de una lógica *win to win*...

Con todas las diferencias que se quiera, el debate sobre la flexiguridad comparte, en fin, algunas características del que antaño se desarrollara sobre la flexibilidad. En éste, diferentes planteamientos ideológicos se concretaban en diferentes demandas al sistema jurídico laboral... hasta el punto de que se cuestionó, con notable repercusión en el ámbito doctrinal, si era un debate «interesante» o «interesado» (Rodríguez-Piñero). Esta misma idea se advierte en el que se viene planteando respecto de la flexiguridad. El citado Libro Verde abrió formalmente un debate, pero lo hizo dando por supuesta una concepción sumamente economicista de los problemas que planteaba. Tenía implícita la dependencia de los aspectos jurídicos a la tiranía del mercado y, de alguna manera, la idea de que las normas laborales actúan como obstáculo al crecimiento. Por ello, la adopción de la flexiguridad se movía en una cierta línea, sin considerar otras alternativas. De hecho, buena parte de los comentaristas pusieron sobre el tapete la acusación de que muchas de las catorce cuestiones eran puramente retóricas puesto que se prejuzgaba la respuesta; y criticaron asimismo que se centrara en una consideración estrictamente contractual de la cuestión, dejando al margen los aspectos colectivos. Hasta el punto que el debate se abrió sin contar previamente con la opinión de los agentes sociales a nivel comunitario. No es por todo ello de extrañar que, incluso en este ámbito, importantes instituciones comunitarias fueron igualmente críticas con algunos de los planteamientos del Libro Verde. Destacan en este sentido los Dictámenes emitidos por el Comité Económico y Social Europeo (27 de julio de 2007 y 27 de octubre de 2007); y, sobre todo, la resolución del parlamento europeo *Reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI* (11 de julio de 2007). Por todo ello, se ha podido entender que existen cuando menos, dos concepciones ideológicas de la flexiguridad: una, de inspiración neoliberal, que se movería más bien en el terreno del «desmantelamiento» de las instituciones

jurídico-laborales; otra, inspirada en la idea del garantismo colectivo, que aspiraría más bien a sumar nuevas soluciones, pero sin introducir más que ligeros retoques en las viejas.

2. LA FLEXIGURIDAD EN ESPAÑA

Por lo que se refiere a España, nuestro ordenamiento no se ha sustraído, por supuesto, a la recepción teórica, pero también normativa, de los planteamientos relacionados con la flexiguridad. Precisamente, la reforma de 2012 da carta de naturaleza a este concepto, incorporándolo al propio texto normativo, en los términos que luego veremos. En las consideraciones que siguen, veremos los principales episodios a través de los que se ha producido esta incorporación. Este análisis resuelta necesario puesto que, con toda probabilidad, la incorporación de los principios de la flexiguridad viene mediatizada por la evolución errática que ha tenido el propio tratamiento de la flexibilidad en nuestro sistema.

Como es sabido, en la década de los 80 el tratamiento de la flexibilidad se ha concentrado en la de entrada. La primera gran reforma estatutaria (Ley 32/1984) «liberalizó» la contratación temporal al eliminar la mayor parte de las trabas al funcionamiento del contrato temporal en fomento del empleo. El resultado fue la radical segmentación del mercado de trabajo. La tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo fue creciendo, hasta instalarse en porcentajes superiores al 30 %, doblando constantemente la media comunitaria. Por el contrario, la protección de los trabajadores fijos se mantuvo estable con respecto a la dispensada antes de la crisis de los 70.

En el horizonte de los 90, la situación comenzó a cambiar, en atención a los discutibles efectos que un exceso de temporalidad despliega en el sistema económico y en las relaciones laborales en las empresas. Aparte algún otro precedente, fue la reforma de 1994 (Leyes 10 y, sobre todo, 11/1994) supuso un primer y tímido intento de restringir el acceso a los contratos temporales, a la vez que se modernizaba

la disciplina de los contratos fijos en línea de flexibilidad. La idea era que las empresas fueran variando sus estrategias de contratación, concentrándose en la de carácter indefinido que resultaría más atractiva tras su flexibilización.

Los resultados de esta reforma no fueron los que se habían previsto. La contratación temporal siguió funcionando con normalidad: las actuaciones normativas contra la precariedad no fueron suficientemente contundentes ni, por tanto, bastaron para variar la cultura que se había instalado en los servicios de recursos humanos de las empresas y en las asesorías. La propia doctrina jurisprudencial, al dar carta de naturaleza a los contratos temporales asociados a la descentralización productiva a partir de 1997, contribuyó al fenómeno. Por otro lado, la nueva flexibilidad en los contratos fijos encontró ciertas resistencias en la aplicación judicial y administrativa. Estos seguramente no fueron tan grandes como se dijo que eran; pero, en todo caso, generaron una impresión en las empresas de que poco o nada había cambiado. Y, como resultado de esto, el ajuste de plantillas, cuando no afectaba a trabajadores temporales, se desarrollaba por vías no pensadas para desarrollarlo y que la propia legislación de 1994 había fomentado al iniciar una tendencia de reducción de los costes del despido improcedente.

El resultado final de todo ello fue un modelo curioso, que presentaba una profunda brecha entre la protección de los trabajadores indefinidos —cuyo coste de despido se elevaba como consecuencia del bloqueo del despido económico y el recurso al improcedente como técnica de reestructuración— y los temporales. Y que, por ende impulsaba a las empresas a utilizar este último tipo de contratos, y a usarlos como herramienta principal de ajuste a las exigencias del ciclo, con las consiguientes repercusiones sobre el mercado de trabajo. No es de extrañar, por ello, que en momentos posteriores se intentara forzar un cambio de rumbo. Esta transición cabe situarla en las reformas del primer Gobierno popular. En efecto, las de 1997 y 1998 (con acuerdo: RDL 8/1997 y Ley

63/1997; RDL 15/1998) y 2001 (sin él: RDL 5/2001 y Ley 12/2001) buscaban, respectivamente, a la vista de los títulos de las correspondientes normas «el fomento de la contratación indefinida» o «el incremento del empleo y la mejora de su calidad». A estos efectos, actuaron en tres sentidos diferentes. Nuevamente se establecieron límites para el funcionamiento de la contratación precaria: aparte de las vicisitudes en relación con los contratos a tiempo parcial, se limitaron los excesos que los convenios colectivos habían legitimado en el uso de la contratación temporal. Se abrió la puerta, en segundo lugar, a un nuevo tipo de contrato indefinido (el llamado contrato de fomento de la contratación indefinida), dirigido a desempleados particularmente vulnerables (jóvenes, mayores, mujeres, personas con discapacidad, parados de larga duración) y que permitía asimismo transformar contratos temporales en indefinidos, de forma transitoria. Ahora bien, al actuarse sobre la cuantía de la indemnización por despido improcedente, este contrato supuso la consolidación de una forma de flexibilidad discutible: la rebaja de los costes del despido injusto. Se introdujo, en fin, un generoso programa de apoyo a la contratación indefinida, mediante la rebaja de las cotizaciones sociales.

La irrupción de la noción de flexiguridad, como inspiradora de las reformas laborales, se produce en la primera legislatura del gobierno socialista de Rodríguez Zapatero. En temas sociales arranca la legislatura con un relanzamiento del diálogo social —que a última hora del gobierno PP había languidecido—. Fruto de su puesta en marcha fue el encargo a una comisión de expertos de la elaboración de un informe sobre los problemas del mercado de trabajo español y sus posibles soluciones. El informe, difundido en enero de 2005, tenía el significativo título de *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas* (véase en RL 2005-I, págs. 1249 ss.). Algunas de las propuestas se concretaron en un posterior acuerdo que, a su vez, dio lugar a la reforma laboral de 2006 (RDL 5/2006 y Ley 43/2006). Insistía

en vías conocidas (contrato de fomento de la contratación indefinida; bonificaciones al empleo estable), aunque establecía otras nuevas que miraban a la restricción de los contratos temporales en la empresa (art. 15.5 ET: límites temporales al encadenamiento de contratos de duración determinada). Si bien la normativa no utilizaba expresamente el término flexiguridad, el planteamiento legislativo de 2006 se apreció como ejemplo de ella en los documentos comunitarios correspondientes (*Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, COM[2007] 359 final).

Por su parte, las posteriores reformas laborales emprendidas por el Gobierno socialista, motivadas ya por la aparición de la crisis, se movieron en la misma línea. La más significativa, la de 2010 (RDL 10/2010 y Ley 35/2010), aunque tampoco se situó literalmente en el terreno de la flexiguridad, recogió como propias sus finalidades. Sus tres objetivos fundamentales, de acuerdo con la Exposición de Motivos, eran en este sentido: reducir la dualidad del mercado de trabajo, que, a pesar de todos los esfuerzos anteriores, no se había visto merma más que por la acción de la crisis, reforzar los instrumentos de flexibilidad al alcance de las empresas, y elevar las oportunidades de ocupación de las personas desempleadas, con especial atención a las necesidades de los colectivos más castigados y señaladamente los jóvenes.

La idea de combinar flexibilidad y seguridad no es, pues, nueva en nuestro ordenamiento: se ha utilizado en paralelo a su desarrollo en el ámbito europeo. La reforma de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) no podía sustraerse a esta tendencia. Cabe incluso pensar que va más lejos puesto que, por vez primera, el neologismo se incorpora al lenguaje normativo. En línea con normas anteriores, el apartado I de la Exposición de Motivos se cierra con una reflexión sobre la necesidad de combinar flexibilidad y seguridad: «la reforma propuesta», se afirma, «trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad

de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social». La lógica de la flexiguridad —no se olvide que ésta funciona *win to win*— se advierte igualmente en las frases posteriores, cuando se nos indica que, con la reforma, «todos ganan, empresarios y trabajadores» puesto que «pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos». Ello se consigue a través de la idea de «equilibrio» que abre el apartado II del preámbulo, en la que se insiste varias veces más en su segundo párrafo —y sobre la que volveré luego—. Como consecuencia de todo ello, el colofón no puede sino ser la inmediata y rotunda afirmación de que «el objetivo es la flexiseguridad».

En un análisis meramente gramatical de la frase habría que destacar dos ideas, que permiten, a su vez, hacer dos reflexiones de fondo. La primera es que implica la incorporación al lenguaje normativo español de esta nueva expresión, al menos en el nivel legal —incorporación que se produce, por cierto, sin que haya tenido acceso al Diccionario—. Una incursión en las búsquedas en texto libre de la base de datos de legislación del BOE demuestra que, con la salvedad de la previa referencia que se hizo en la disp. adic. única del Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para 2010, 2011 y 2012, la primera vez que se utilizó el término resulta ser la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 —de donde pasa sin modificaciones a la de la Ley 3/2012—. Quizá el carácter innovador que en este nivel lingüístico tiene la reforma, hace engañar al legislador sobre el que le corresponde desde el punto de vista estrictamente jurídico. Resulta llamativo, en este sentido, la minusvaloración por el preámbulo legal de la extensa e intensa trayectoria reformadora anterior, durante la segunda legislatura de la última mayoría socialista —y aun en períodos anteriores—: queda degradada a la condición de meros «cambios normativos experimentados en los últimos años» en contraposición a la «reforma de envergadura» acometida por las normas de 2012; y, sobre todo, aunque se les reconoce haber sido «bien-intencionadas y orientadas en la buena dirección», se las declara «fallidas». Lo bien cierto,

sin embargo, es que la reforma de 2012 es tributaria de las anteriores. Las reflexiones de alcance general sobre ella han puesto de manifiesto la continuidad de los temas tratados entre una y otras; y, si bien las soluciones no son las mismas, en muchos casos no dejan de ser sino resultado de la evolución natural de tendencias inauguradas en momentos anteriores —que, en algunos casos, se remontan a 1994—.

En cuanto a la segunda reflexión lingüística, se relaciona con la opción por el neologismo «flexiseguridad», en lugar de la utilización del alternativo «flexiguridad». Ello contrasta con la preferencia que se viene mostrando por éste último en el ámbito comunitario, como puede comprobarse por una segunda visita a la indicada base de datos. Se ha señalado que la prevalencia en los documentos comunitarios del segundo vocablo así como el hecho de que, si lo que se pretende es armonizar flexibilidad y seguridad, ambos términos deberían «perder» en la formación del nuevo habrían de haber conducido a la opción por la otra alternativa (Palomeque). Coincidió plenamente con esta idea. Aparte consideraciones estéticas, es innegable que la fórmula elegida hace más visible la «seguridad» que la «flexibilidad»; y si se ha afirmado que la noción junto con otras como equilibrio y sus variedades, funcionan en el preámbulo como «palabras comadrejas» —«que insinúan o sugieren» pero que «se desvanecen en nada» (Urrutikoetxea)—, la variante que se elige acrecienta todavía más este efecto.

3. ¿«EL OBJETIVO ES LA FLEXISEGURIDAD»?

En efecto, si pasamos de las intenciones expresadas en el preámbulo de la reforma a las realizaciones normativas, las cosas no son tan evidentes. La reforma de 2012, a pesar de sus declaraciones preliminares, no siempre permanece fiel al paradigma de la flexiguridad.

A) UNA APROXIMACIÓN FORMAL: DIÁLOGO SOCIAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La primera separación es de orden procedimental, vinculada a la manera en que fue aprobada la reforma. A lo largo de nuestra experiencia democrática, la legislación del orden social se ha venido tramitando dentro del modelo de la legislación negociada: la aprobación de las sucesivas reformas laborales —y también de seguridad social— ha venido precedida por procesos de diálogo social. Es cierto que no siempre se ha alcanzado acuerdo en estas negociaciones. Pero, incluso cuando no se ha producido, el legislador ha tomado en consideración las posiciones, asumiendo una suerte de papel arbitral e intentando, según su criterio, componer el conflicto de intereses entre los agente sociales en un cierto punto de equilibrio. Las Exposiciones de Motivos de los RRDDL 5/2001, 2/2009, 10/2010 y 7/2011 se han hecho eco, de un modo u otro, de esta idea. El RDL 3/2012 se aparta significativamente de esta tendencia. De hecho, aunque tras su toma de posesión el Gobierno incitó a los agentes sociales a alcanzar un acuerdo sobre la reforma laboral, no parece haber estado interesado en absoluto en que se produjera: no se suministraron orientaciones o criterios respecto a los temas en cuestión, el plazo que se concedió para cerrar el proceso fue francamente corto y se consideró insuficiente que, a pesar de ello, durante el indicado período se alcanzaran varios acuerdos interconfederales relevantes —AENC 2012-2104, de 25 de enero; ASAC-V, de 7 de febrero—.

No soy un defensor a ultranza de la legislación negociada. No creo que las decisiones legislativas sobre las relaciones laborales hayan de quedar reservadas a los interlocutores sociales: corresponden, claro está, al conjunto del pueblo a través de sus representantes. Ni siquiera pienso que sea conveniente apurar los intentos de obtener consenso en este terreno, como demuestra la experiencia de los años 2009, 2010 y 2011. Y mucho menos puedo admitir en fin que, por no haberlo hecho, la reforma laboral en su conjunto pase a ser sos-

pechosa de una suerte de inconstitucionalidad difusa. Ahora bien, si el objetivo era la flexibilidad, habría sido conveniente tener en cuenta que, como consecuencia del debate comunitario sobre ella, uno de sus componentes es también el diálogo social.

Es verdad que en la impulsión mediante el Libro Verde, la Comisión había prescindido completamente de él —y, en general, de todos los aspectos colectivos—. Pero no lo es menos que, como consecuencia de las críticas que sufrió este planteamiento, se produjo un significativo cambio de orientación. La ya citada comunicación a Parlamento, Consejo y Comités Económico y Social y de las Regiones (*Hacia los principios comunes de la flexibilidad*) contiene un apartado 4, con la significativa rúbrica «flexibilidad y diálogo social» y cuya primera fase es contundente: «la implicación activa de los interlocutores sociales es fundamental para garantizar que la flexibilidad redunde en beneficio de todos». «Los países que han adoptado políticas integradas de flexibilidad», afirma después, «suelen ser aquellos en los que el diálogo —y por encima de todo la confianza— entre los interlocutores sociales, por un lado, y entre los interlocutores sociales y las autoridades públicas, por otro, ha desempeñado un papel importante».

En otro orden de cosas, no puede dejar de llamarse la atención sobre el tratamiento de la negociación colectiva, que, como consecuencia de las reformas de 2011 y 2012, ha sido pasada por el tamiz de la flexibilidad. Las nuevas normas legales, en lugar de verla como un vehículo para introducirla de forma equilibrada, atendiendo a las exigencias de las empresas pero también a la protección de los empleados —como hizo la reforma de 1994—, la perciben como un sistema en el que se han ido acumulando disfunciones «que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales»: a la postre, «dificulta la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa» de modo que el ajuste en las empresas se concentra en «la adopción de medidas de fle-

xibilidad externa, más traumáticas, como los despidos». Si en el RDL 7/2011, en cuya Exposición de Motivos se encuentran estas ideas, se quedó a medio camino en sus realizaciones, la reforma de 2012 ha llevado hasta el final el planteamiento.

No se trata sólo de que, operando de este modo, el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad pueda haber desaparecido en este terreno. Es claro que el nuevo régimen de la ultraactividad, que, tras un año, termina abruptamente, favorece únicamente a aquella. Y lo mismo cabe decir del nuevo régimen del descuelgue, transformado en una nueva facultad de gestión empresarial. Además, y sobre todo por lo que aquí interesa, las nuevas normas dificultan la utilización de la contratación colectiva como herramienta de implantación de decisiones flexibles. La nueva relevancia del ámbito de empresa (prevalencia del convenio de empresa; régimen de la inaplicación) podría impedir que los criterios adoptados en el ámbito del diálogo social —sin ir más lejos, en el marco del de la ejecución por los convenios sectoriales de los acordados en II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014— alcanzaran la realidad de las empresas y las concretas relaciones laborales.

B) EL PRETENDIDO «EQUILIBRIO» DE LAS SOLUCIONES

En otro orden de cosas, flexibilidad implica probablemente un nuevo equilibrio en el conjunto del derecho del trabajo (disciplina del contrato, regulación del empleo, protección social). Pero, si se me permite la expresión, tal equilibrio ha de ser a su vez flexiseguro. De hecho, el segundo de los principios comunes propuesto en el documento de la Comisión aludido es el de que «la flexibilidad se sustenta sobre el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas».

Nuestro legislador no ignora esta idea y, por ello, como he indicado, la palabra equilibrio y sus derivados tienen una importancia

esencial en el preámbulo: la reforma se define a sí misma como «completa y equilibrada» y «apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo». Ello pretende construirse sobre una serie de pares ordenados, que contraponen elementos flexibles y seguros y que, a su vez, han de organizarse de forma armónica. Se busca, en definitiva, el «equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc.».

Frente a esta declaración de intenciones, las nuevas normas —y otras que las han seguido a lo largo de 2012— muestran la existencia de un nuevo equilibrio pero, difícilmente, que este se sitúe en el terreno de la flexiguridad: puestos en una balanza, las novedades respecto de cada uno de los componentes de los indicados pares, el fiel no queda vertical. Queda esorado hacia una parte que no es precisamente la de la seguridad. Un análisis a grandes trazos de las novedades que se ponen en cada platillo de la balanza lo muestra con cierta facilidad.

a) Por lo que se refiere a las relaciones entre flexibilidad interna y externa, se descompone, a su vez, en dos binomios. El primero contrapone contratación indefinida y contratación temporal. La amplia utilización de esta última hace que el ajuste de las empresas a las exigencias del ciclo se salde en forma de desempleo, y no mediante otras fórmulas menos traumáticas. Por eso, la reforma de 2012 se propone explícitamente «fomentar la contratación indefinida» (ap. III Exposición de Motivos). Sin embargo, las realizaciones en este terreno son sumamente limitadas: del lado de la contratación temporal, sólo la anticipación del fin de la suspensión de la aplicación del art. 15.5 ET —que ha vuelto a ser aplicable con la entrada de 2013 en lugar de a finales de agosto, como hubiera de la previsión original del RDL 15/2011—; del de la de carácter indefinido, aparte el nuevo parcheo del trabajo a tiempo parcial, la sustitución del régimen del

viejo trabajo a domicilio por un más moderno trabajo a distancia y, sobre todo, la creación del contrato «por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores».

Estas tres novedades tienen importancia desigual desde la perspectiva del fin pretendido. La posibilidad de hacer horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial se reconoce con independencia de que su contrato sea indefinido o no, lo que permite obviar todo comentario. En cuanto al trabajo a distancia, siendo cierto que el teletrabajo al que se ha querido dar cobertura legal viene extendiéndose como lógica consecuencia de las transformaciones tecnológicas y del sistema económico y social, lo es igualmente que su expansión sólo se produce a medida que las empresas van optando por nuevas formas organizativas en un proceso que difícilmente puede ser gobernado desde el BOE. De este modo, parece que la clave de la reforma en este terreno se encuentra en el contrato de emprendedores cuya finalidad es facilitar la contratación indefinida por las empresas de menos de cincuenta trabajadores. Sin embargo, esta figura presenta serias insuficiencias desde la perspectiva que aquí interesa. Admitiendo su constitucionalidad y su adecuación a las exigencias del convenio 158 de la OIT, el nuevo contrato excluye cualquier forma de estabilidad en el empleo durante el primer año: al menos en los casos en los que las empresas lo usen sin aprovechar los incentivos económicos, puede funcionar como un contrato temporal acausal. A ello hay que añadir que no existen garantías expresas —aunque probablemente se construirán por vía interpretativa— para evitar su utilización abusiva.

b) En cuanto a la segunda faceta del conflicto entre flexibilidad interna y externa, las relaciones entre «la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo», tampoco las soluciones que se introducen parecen un ejemplo del equilibrio que presuntamente se persigue. Lo que se busca es que la mayor flexibilidad interna se concrete en un menor uso de la extinción para afrontar los procesos de ajuste. Pero, entonces, las actuaciones que se ponen

en marcha no resultan completamente coherentes puesto que ambas disciplinas se mueven en la misma línea flexibilizadora.

De entrada, las medidas de flexibilidad interna son muy importantes. Se detecta, en primer lugar, una sustancial rebaja de los requisitos sustantivos para el ejercicio de las facultades organizativas empresariales. Los ejemplos son varios —nueva regulación de la movilidad funcional centrada en el grupo profesional; relajación de los requisitos causales de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales—, aunque cabe destacar la ya aludida nueva regulación de la inaplicación de las condiciones de trabajo contenidas en los convenios colectivos, causalmente más accesible y, sobre todo, posible sin la anuencia de los representantes de los trabajadores. Además, se produce un aligeramiento de los procedimientos dirigidos a hacer efectivas las decisiones empresariales en este terreno —nuevos criterios de diferenciación de las modificaciones individuales y colectivas; supresión de la autorización administrativa en reducciones de jornada y suspensiones—. Se produce, por último, una normalización de las consecuencias del ejercicio de los poderes empresariales, eliminando las posibilidades de que los trabajadores los obstaculicen mediante el eventual recurso a acciones resolutorias.

Por más que algunas de las manifestaciones concretas de estas novedades puedan resultar excesivas, muchas otras se mueven en líneas cuya razonabilidad no puede discutirse. Se fuerza una modernización —la clasificación por grupos— que ha sido perseguida, con realizaciones limitadas, ¡desde 1980! Se incorporan criterios aplicativos más sencillos y seguros que los existentes con anterioridad —por ejemplo, en relación con la modificación sustancial—. La propia prevalencia de negociación y acuerdos de empresa, incluso aceptando que presenta el punto crítico al que he hecho referencia en el epígrafe anterior, no deja de ser un intento legislativo de corregir de una estructura negocial excesivamente basada en los convenios territoriales —fundamentalmente de orden provincial— que no siempre han sido capaces de adaptarse a las realidades

cambiantes. Y, sobre todo, el mayor repertorio de posibilidades organizativas permite excluir el uso del despido como instrumento de ajuste, relegándolo a su condición natural de *ultima ratio*. Resulta además particularmente destacable, en este terreno, la generalización del uso de las medidas de flexibilidad interna. La simplificación causal y procedimental así como la normalización del descuelgue podrían desempeñar un papel relevante en las pequeñas empresas, evitando que, por el juego de los costes necesarios para llevarlas a cabo, no las utilicen.

Falla ahora, sin embargo, el otro componente del par puesto que son igualmente importantes las medidas de flexibilidad externa. La nueva ordenación de los despidos muestra fenómenos que se mueven en paralelo a los que se han descrito. En los despidos de carácter económico se observa una fuerte relajación de sus requisitos causales y un sustancial aligeramiento procedimental si son colectivos —puesto que se produce también la desaparición de la autorización administrativa—. Y, sobre todo, se cierra de forma radical la tendencia de reducción de los costes del despido injusto —reducción de la indemnización, eliminación de los salarios de tramitación— que se abrió en 1994.

Con estos planteamientos resulta difícil alcanzar un equilibrio flexiguro. Es imposible en el ámbito del empleo público, en el que importantes medidas de flexibilidad interna vienen expresamente excluidas por lo que la reestructuración de plantillas en las Administraciones Públicas pasará necesariamente por los despidos. Pero, en el ámbito privado, queda confiado a las propias decisiones empresariales ya que el proceso de doble flexibilización conduce a una situación en la que las medidas internas y los despidos son opciones que pueden funcionar de forma alternativa.

c) Por lo que se refiere, en fin, al último de los pares ordenados que se aspiran a equilibrar, «tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo», la situación no resulta tampoco muy halagüeña desde la perspectiva de la flexiguridad. Es cier-

to que el legislador hace un importante esfuerzo en el terreno de las políticas de empleo. La apertura de la intermediación a nuevos agentes responde a la estrategia de sumar esfuerzos en este terreno. Existen, además, importantes innovaciones en materia de formación profesional, tanto en el interior del contrato común como en el sistema institucional, a las que hay que añadir la nueva regulación del contrato para la formación. Los incentivos a la creación de empleo, en fin, sufren una ulterior concentración —adicional a las que se produjeron en 2010—, centrándose fundamentalmente en las empresas de hasta cincuenta trabajadores, a las que se supone mayores potencialidades para la creación de empleo, y en la contratación de jóvenes, particularmente afectados por la crisis del empleo.

No resulta fácil admitir, sin embargo, que estas novedades tengan en el corto plazo la potencia necesaria para restaurar el equilibrio con la seguridad perdida por acción de las anteriores. Después de todo, la que parece ser herramienta estelar para la mejora de la empleabilidad, la formación profesional, depende de los recursos públicos que se le destinen; y el ajuste fiscal duro que caracteriza las políticas de los últimos tiempos no resulta el contexto más adecuado para su funcionamiento. Esta misma idea, por lo demás, puede proyectarse sobre los incentivos para la creación de empleo de calidad que han venido sufriendo desde 2010 un proceso de concentración en relación con sus beneficiarios que, a duras penas, enmascara el verdadero sentido de las modificaciones, claramente relacionadas con el indicado ajuste.

4. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO

En el apartado anterior no he pretendido realizar una valoración completa de la reforma. No sería posible hacerlo en el espacio del que dispongo; ni tampoco parece procedente puesto que el tiempo transcurrido desde su aprobación acaso no sea suficiente todavía. Mi único objetivo ha sido tratar determinar si, tal

y como expone en su preámbulo, la reforma de 2012 se adecúa los postulados teóricos de esta categoría. Y, por supuesto, quien haya optado por llegar hasta aquí lo habrá hecho porque, en su título, se hace referencia a la flexiguridad. Las conclusiones, pues, han de moverse exclusivamente en este terreno.

Desde este estrecho punto de vista, la respuesta no puede sino ser negativa. Si, a la altura de 2007, dentro de las cuatro posibles combinaciones de flexibilidad y seguridad, la situación española sólo podía ser calificada de «inflexibilidad insegura» (Rodríguez-Piñero), en este momento probablemente ha de ser calificada como de flexibilidad igualmente insegura. La clave de este fenómeno se encuentra en que el camino español hacia la flexiguridad no ha seguido en 2012 —ni tampoco con anterioridad— el recorrido que se encuentra en la construcción teórica de este concepto. Como se señalara a propósito de la reforma de 2010, nuestro modelo específico descansa en que se busca exclusivamente sobre el contrato. A diferencia de lo que ocurre en los que sirven de modelo a la construcción teórica, la seguridad no se desgaja del contrato para recaer sobre las espaldas del contribuyente (Ojeda).

Se trata de una opción previsible: realizarla en el mercado de trabajo tiene un obvio coste en materia de prestaciones de desempleo y de actuaciones vinculadas con la empleabilidad (formación, incentivos) que resulta difícilmente asumible en el contexto en el que se mueve la reforma. De hecho, el debate sobre la flexiguridad ha desaparecido del propio ámbito comunitario con la aparición de la crisis y la implementación e imposición de medidas de ajuste fiscal para salir de ella. Pero, en este contexto, si la seguridad no puede obtenerse mediante garantías en el mercado de trabajo, la flexiguridad, paradójicamente, sólo puede resultar de la apertura de espacios de flexibilidad que hagan atractiva la contratación o preferibles las medidas de carácter interno a las relacionadas con la extinción contractual. Y esta es la vía que realmente ha seguido la reforma de 2012. No es por ello de extrañar que los análisis generales sobre ella, obviando las

afirmaciones del preámbulo, hayan destacado la alteración del equilibrio anterior en el marco de las relaciones laborales. Las nuevas normas suponen, se ha dicho, un «desplazamiento sensible de la línea de equilibrio» (Palomeque) puesto que su «característica más significativa» es el «reforzamiento de los poderes empresariales» (Rodríguez-Piñero, 2012). Con ello, en nuestra particular flexiguridad a la española, la seguridad que se integra en el concepto parece ser, más que la de los trabajadores, la de las propias empresas —a «empresarios, mercados e inversores» la refiere expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012— (Cruz; Rodríguez-Piñero, 2012).

Transformada de esta manera, creo que el uso del concepto de flexiguridad por la reforma de 2012 no es muy afortunado. Con las medidas que se plantean, alcanzarla dependería de las opciones adoptadas por las empresas. Y, al menos a juzgar por los datos que conocemos, no parece que éstas se vayan moviendo en la línea buscada: las empresas apuran las nuevas posibilidades de flexibilidad y sólo muy limitadamente se advierten actuaciones que revelan la nueva seguridad perseguida.

Es verdad que el Gobierno ha hecho en octubre pasado un balance moderadamente optimista de las realizaciones después de los seis primeros meses de vigencia de las nuevas normas (septiembre de 2012). Pero los datos que se manejan distan de ser contundentes y más bien acreditan la previsión de la flexibilidad insegura que se ha hecho más arriba.

El número de contratos de apoyo a los emprendedores (56.656, según el Gobierno, hasta el mes de septiembre) no tiene entidad suficiente por ahora para alterar la relación tradicional entre los contratos temporales e indefinidos: puesto que la proporción de los contratos indefinidos registrados se ha mantenido sustancialmente idéntica en 2012 (7,93 %) que en 2011 (7,74 %), habrá que concluir que no están sustituyendo contrataciones temporales sino indefinidas. El Gobierno ha destacado también que «durante el primer semestre de 2012, el incremento de ocupados en contratos a tiempo parcial fue un 25% mayor

que en el mismo periodo de 2011». Siendo un dato cierto, no creo que pueda ser puesto en relación con la reforma de 2012. Intuitivamente es fácil llegar a la conclusión de que la limitadísima reforma del art. 12 ET carece de la virtualidad suficiente para desplegar tal efecto. Y tal intuición se ve confirmada por las estadísticas publicadas. El incremento de los contratos a tiempo parcial puede, en este sentido, ponerse en relación con una tendencia muy anterior de incremento de la contratación a tiempo parcial, que ciertamente se interrumpió en 2008-2009 pero que, desde entonces, se había recuperado. Por otro lado, a juzgar por los datos de contratos registrados, desde aquella fecha, los contratos a tiempo parcial no se suman a los celebrados a tiempo completo sino que los están sustituyendo puesto que la caída de estos últimos desde aquel momento no se ha recuperado. Por lo que se refiere a las contrataciones para la formación y el aprendizaje, es verdad que se han incrementado en los términos que apunta el Gobierno «un 5,4% (entre marzo y junio de 2012) respecto al mismo periodo del año anterior». Incluso que esa tendencia ha seguido después: en diciembre de 2012 se han celebrado casi un 25 % más de contratos que en el mismo mes del año anterior. Permanece siempre la idea de que se trata de una figura de utilización marginal dentro del conjunto del mercado de trabajo —no alcanza el 0.5 % de los contratos celebrados— e incluso en relación con la contratación de jóvenes.

En fin, la valoración gubernamental ha destacado la disminución del número de afectados por despidos colectivos en los primeros meses de vigencia de la reforma (marzo a julio de 2012) que implicaría una «tendencia a una mayor utilización de las medidas alternativas al despido» después de su entrada en vigor. Esta se desprende fácilmente de los datos que conocemos: reducciones de jornada y suspensiones se van recuperando después de la caída que experimentaron en torno a 2009/2010; por lo que se refiere a la inaplicación de las condiciones de convenio, muestra una importante vitalidad —según los datos recopilados por

la CEOE hasta septiembre de 2012, existían más de 429—; y ello incluso a falta de la plena implementación de las medidas normativas relacionadas con su desarrollo en ámbitos autonómicos o inferiores y siendo absolutamente marginal la intervención de la Comisión Consultiva. Ello no obstante, no parece que este aumento funcione estrictamente como alternativo a los despidos. Aparte que, en los meses inmediatamente posteriores a los valorados por el Gobierno los trabajadores afectados por despidos colectivos han vuelto a alcanzar niveles similares a los del año anterior, para el directamente considerado no se han hecho las cuentas con los despidos objetivos ni con los subsistentes, aunque en retroceso, despidos «expres». Si desplazamos la comparación a este segundo horizonte, más ajustado por considerar las diferentes vías por las que transita el ajuste de plantillas cuando referido a trabajadores indefinidos, veremos que en los cinco primeros meses de vigencia de la reforma la extinción de contratos indefinidos ha aumentado algo más de un 8,1 % en comparación con el mismo período del año anterior.

En realidad, no estamos sino ante una demostración más de que la dinámica del mercado de trabajo no depende únicamente —ni siquiera de manera principal— del marco jurídico aplicable, y de que, por tanto, la corrección de sus tendencias no depende de las reformas normativas. Existen otros factores que la condicionan, la mayor parte de los cuales no son jurídicos. Es más, los de esta naturaleza no se agotan en los condicionantes normativos sino también de la «cultura» imperante entre los operadores jurídicos. De ahí que, incluso en épocas de bonanza, la repercusión en las tendencias consolidadas de los cambios normativos es limitada y, como mínimo, se produce en el medio plazo. La reforma de 2012 no podía ser ajena a estas limitaciones: producirá menos efectos reales de los esperados y los tendrá más tarde de lo deseado. Eso sí, sus reflexiones sobre la flexiguridad nos permiten aprender una lección adicional, aunque era fácilmente previsible. Ahora sabemos que la dinámica del mercado de trabajo escapa también al embrujo de la invocación de los conceptos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. En relación con la noción de flexiguridad o flexiseguridad la bibliografía es extensa. Sin ánimo exhaustivo, cabría señalar en relación con la génesis del concepto y sus principales características, los trabajos de Rodríguez-Piñero (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Flexiguridad: el debate europeo en curso», RL 15-16 [2007], págs. 3 ss.) o Valdés/Lahera (Valdés, F. y Lahera, J., *La flexiseguridad laboral en España*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 157/2010: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos-de-trabajo/documentos-de-trabajo/la-flexiseguridad-laboral-en-espana>).

El debate comunitario puede reconstruirse recurriendo a la extensísima cantidad de documentos generados a partir del Libro Verde (http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_en.htm). Existen también análisis detallados entre los que cabría destacar la primera parte de la ponencia de Moreno Vida al XX Congreso nacional ADTSS (*El debate sobre la flexiseguridad en Europa*, publicada en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Madrid [MTIn], 2010, volumen I págs. 309 ss.).

Para las conexiones entre flexiguridad y transiciones profesionales, son interesantes las comunicaciones al citado XX Congreso de Pérez Prado y Pérez Domínguez (*ibidem*, págs. 529 ss. y 545 ss., respectivamente) así como la aportación de Rodríguez Piñero al respecto (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Las transiciones en el mercado de trabajo», RL 13 [2010], págs. 1 ss.).

2. Por lo que se refiere a la valoración de la reforma de 2012, transcurrido un año desde su aprobación, comienza a ser inabarcable. Existen varias aproximaciones de conjunto en volúmenes de diferentes editoriales (Blasco *et al.*, *La reforma laboral en el RDL 3/2012*, Valencia [Tirant], 2012; García-Perrote, I. y Mercader, J.R. [dirs.], *La regulación del mercado laboral*, Valladolid [Lex Nova], 2012; Montoya, A. y García Murcia, J. [dirs.], *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid [Civitas], 2012; Thibault, J., [dir.], *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, Madrid [La Ley], 2012) así como números monográficos de varias revistas (*Revista de derecho social* 57[2012], *Relaciones laborales* 23/24[2012] y *Temas laborales* 115[2012]).

Los trabajos que se citan son los siguientes: Cruz Villalón, J., «Hacia una nueva concepción de la legislación laboral», *Temas laborales* 115(2012), págs. 13 ss., Palomeque López, M.C., «La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral», en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La regulación del mercado laboral* cit., págs. 37 ss., Rodríguez-Piñero, M., «Las claves de la reforma laboral de 2012», *Relaciones laborales* 23/24 (2012), págs. 1 ss. y Urrutikoetxea Barrutia, M., «El preámbulo del RDL 3/2012 o las retóricas de la manipulación», *RDS* 57(2012), págs. 19 ss. La referencia de Ojeda es de la obra Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2010.

La valoración del Gobierno se contiene en el documento *Estrategia española de política económica. Balance y reformas estructurales para el próximo semestre*, 27 de septiembre de 2012 (http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/11BDF744-55AF-4A0C-9BB8-57F9C538016C/0/120927_EstrategiaEspanolaPoliticaEconomica3.pdf, consulta 18 de enero). Los datos que se citan como contraste se han obtenido en las estadísticas existentes en la web del Ministerio (<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/index.htm>) o del SEPE (<http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/index.html>). En cuanto a los relacionados con el descuelgue, obran en documento elaborado por CEOE (*Estado de situación de la inaplicación de condiciones laborales fijadas en convenio colectivo*, 16 de octubre de 2012).

Fecha de recepción: 28/01/2013
Fecha de aceptación: 30/04/2013