

Colaboración recibida el 29 de septiembre y aprobada el 27 de noviembre de 2014

LAS RELACIONES LABORALES Y LA CRISIS ECONÓMICA*

TOMÁS SALA FRANCO**

1. ¿Cuál es el escenario en el que juegan nuestras relaciones laborales?

Vivimos actualmente en España en una sociedad dividida (y, acaso, enfrentada) debido a las desigualdades sociales (aumento de la pobreza y de la riqueza a un tiempo) incrementadas por la crisis económica.

Se plantean soluciones a la crisis de corte tradicional (en línea neoliberal o socialdemócrata) y de corte radical (populismos por la izquierda). En este sentido, se habla de "*consolidación fiscal*" y de "*austericidio*", de "*derroche en el gasto público de lo que no se tiene*" (incrementando la deuda y el déficit público) y de "*ajustes o recortes del gasto público*" (menos en la estructura política y administrativa y más en la educación, la sanidad, la seguridad social y la dependencia) y con "*prioridades*" cuando menos discutibles.

Se discute sobre la existencia de reformas muy amplias (la reforma laboral)¹, sobre la casi total ausencia de reformas (en las estructuras política y administrativa) o sobre la debilidad de algunas de ellas (la reforma financiera, la reforma fiscal o la reforma de las energías).

Se discute sobre el poder de los partidos políticos (la "*partitocracia*" como "*degeneración de la democracia*") y aun sobre otras instituciones constitucionalmente reconocidas como "*de relevancia constitucional*" (los sindicatos y

* Ponencia desarrollada en Santander en el Encuentro organizado por la UIMP y patrocinado por el Consejo Económico y Social en julio de 2014 sobre "*La situación socioeconómica y laboral en España. Retos para una recuperación económica: competitividad empresarial y empleo*".

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia, Valencia, España. Correo electrónico: tomas.sala-franco@uv.es.

¹ La Reforma Laboral aludida se refiere a la efectuada a través del real decreto-ley Nº 3/2012, dictada por el Gobierno, en razón de "extraordinaria y urgente necesidad" en conformidad al artículo 86 de la Constitución Española, y entró en vigencia al día siguiente de su publicación, esto es el 12 de febrero, de acuerdo con su disposición final 16.

Esta Reforma Laboral plantea modificaciones en una serie de materias, básicamente, en la estructura de la negociación colectiva, en la contratación, en las medidas de flexibilidad interna y en la extinción del contrato de trabajo.

Este real decreto-ley Nº 3 de 2012 fue posteriormente convalidado por el Congreso, a través de la ley de 6 de julio del mismo año.

las asociaciones empresariales) e, incluso, sobre la necesidad de una *“profundización en la democracia”* por otras vías (referéndums, controles periódicos, manifestaciones, acción directa, *“escraches”*) y sobre sus límites.

Y, sobre todas las cosas, hay que subrayar los escandalosos datos del desempleo, (tanto los generales –de *“larga duración”*– como los *particulares* de determinados colectivos –jóvenes o mujeres– o de determinados territorios).

Existe, pues, una situación de crisis política (complicada con el debate acerca de la forma del Estado y con los movimientos soberanistas) y aun social y cultural, además de la económica. Y, sobrevolando sobre todo ello, una situación excesivamente generalizada de corrupción personal y aun institucional (que llega a todas las instancias) con una impunidad, por el lento y torpe funcionamiento de la justicia, que levanta un clamor de irritación en la ciudadanía. En definitiva, uno de los momentos más difíciles de nuestra democracia.

2. Todas estas cuestiones apuntadas tienen sin duda que ver directamente con la crisis económica e indirectamente con las relaciones laborales, si bien reduciré mi intervención a lo que se me ha pedido (relacionar la crisis económica con las reformas laborales) y, aún más, trascendiendo de la situación de crisis económica (que, en lo laboral, se ha traducido en cifras espeluznantes de desempleo y de pauperización de los trabajadores que trabajan debido a las bajadas salariales), quiero aprovechar la oportunidad que se me ha brindado en este Foro de expertos e interesados, para reflexionar en voz alta sobre los debates que o bien se han abierto y no se han cerrado o se han cerrado en falso o que todavía hay que abrir acerca del Modelo de Relaciones Laborales que queremos para este país, con crisis o sin crisis económica.

Mi intención, más que debatir o defender tesis concretas (aunque también), es la de plantear algunos debates relativos a nuestro Modelo de Relaciones Laborales, desde la perspectiva, desde luego, del Derecho del Trabajo, prescindiendo en esta ocasión, seguramente sin razón, del debate sobre la Seguridad Social y la Dependencia (en definitiva, sobre parte del Estado del Bienestar), cuestiones íntimamente ligadas a las relaciones laborales.

3. En los puntos para el debate que presentaré, trataré siempre, en la medida de lo posible, de plantear una *“tesis provocadora”*, esto es, manifestar mi *“personal posición de entrada”* para abrir el debate, lo que no significa, en absoluto, que esté totalmente seguro de ella.

Vaya en este sentido por delante que no pretendo dogmatizar o *“dar lecciones”* sobre nada, que no me gustan los *“adjetivos”*, siendo partidario de *“lo sustantivo”* y decidido defensor del *“método científico”* (de *“la prueba y el error”*), revisando las ideas cuando la realidad se impone tozudamente a ellas.

Plantearé a continuación siete puntos para el debate.

4. El primer punto que someto a debate es el de si, en estos últimos años, ha habido o no un serio debate sobre la Reforma Laboral para llevarla a cabo.

Mi impresión personal es que no hubo en su día tal debate, sino que la última de las Reformas del 2012 se “precipitó” sobre los ciudadanos a través de una política gubernamental de “hechos consumados”.

En primer lugar, el “diálogo social” entre los interlocutores sociales (CEOE/CEPYME Y CCOO/UGT) y el Gobierno del Partido Popular se “marchitó” antes de ponerse en marcha, acaso recordando el “estéril” precedente de la larga y fracasada concertación social de la anterior Reforma Laboral Socialista, de cuyo fracaso todos participaron (Gobierno y agentes sociales). Y ello, pese a que el “diálogo social” en España a la hora de realizar reformas laborales ha pasado formar parte del ADN de nuestras relaciones laborales. Es constatable en la ya larga y abundante historia de las más de veinticinco Reformas Laborales efectuadas en este país desde la publicación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 que las Reformas laborales por buenas que éstas fueran sin concertación social previa han fracasado y, viceversa, que las efectuadas con concertación social previa, por deficientes que fueran, han provocado como mínimo un “efecto placebo”.

Así, en las últimas reformas no hubo “diálogo tripartito” y el “diálogo bipartito” que se produjo entre los agentes sociales y que culminó con el Acuerdo Interconfederal de 2 de febrero de 2012 entre CEOE/CEPYME y CCOO/UGT fue “puenteado” a los pocos días de su aprobación por el Gobierno a través del real decreto ley Nº 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Por otra parte, tampoco hubo un serio debate político entre Gobierno y oposición y el que pudo haber se hizo con la “sordina parlamentaria”.

Finalmente, las manifestaciones que han trascendido a los medios de comunicación de los economistas y de los iuslaboralistas (esto es, de los expertos implicados de manera natural en la Reforma), han ido cada una por su lado con un “discurso propio y distinto”, propiciando en gran medida un “diálogo de sordos” y ahondando así en la tradicional ausencia de una necesaria interdisciplinariedad a la hora de abordar estos problemas. Curiosa y paradójicamente, el criterio mayoritario entre los economistas (salvando lógicamente excepciones muy notables) ha sido el de que la Reforma Laboral constituía la “panacea” para la salida de la crisis y el de los iuslaboralistas, por el contrario, el de la neutralidad de la Reforma Laboral en relación con la crisis.

Así pues, dada la situación económica existente, la Reforma Laboral fue concebida como un “producto gubernamental”, propiciada por la mayoría absoluta del Partido popular en el Gobierno y por las presiones sin duda importantes de la “troika comunitaria” (FMI, UE y BCE) para hacer “esta Reforma” o una “Reforma parecida”, en la que el Gobierno ha impreso una cierta “deriva autoritaria” sobre el Modelo de Relaciones Laborales existente, siendo el “slogan” de la misma el de que se ha producido un “intercambio entre la reducción de

los derechos de los trabajadores en activo para conseguir más empleos para los trabajadores desempleados”.

Las distintas y sucesivas recomendaciones del FMI constatan esto que digo: Primero fueron las recomendaciones keynesianas (coincidentes con la primera etapa del Gobierno del PSOE); más tarde, las recomendaciones sobre la austeridad y consolidación fiscal (coincidente con la última parte del Gobierno de R. Zapatero y primera parte del Gobierno de Rajoy); y, finalmente, las recomendaciones sobre *“tolerancia con el crecimiento económico”* (de estos últimos meses).

5. El segundo punto para el debate sería el de si una Reforma Laboral crea o no empleo y evita o no evita que se destruya más empleo.

En principio, yo participo de la idea básica de que las normas laborales no crean empleo y que en una crisis de naturaleza fundamentalmente financiera solamente una economía sólida y una liquidez financiera en un marco social de *“confianza en el futuro”* (para empresas, trabajadores autónomos y consumidores) es verdaderamente capaz de crear empleo y de evitar que se destruya más empleo.

Los economistas siempre nos *“enseñaron”* esto a los iuslaboralistas y nosotros los juristas *“lo aprendimos bien”*. Pero, curiosamente, la defensa acérrima de la reforma laboral para la salida de la crisis por parte de los economistas ciertamente nos ha *“desconcertado”* enormemente.

Por esta razón, yo no creo, y sigo sin creer, que las Reformas Laborales (tanto la anterior Socialista como la última Popular) sirvieran demasiado para crear empleo o para evitar que se destruyera aún más empleo.

En este sentido, la pérdida de puestos de trabajo a partir de la aplicación de la Reforma Laboral ha sido, a mi juicio, fundamentalmente por las razones siguientes:

1º) Básicamente, porque la economía sigue sin crecer y el sistema de créditos *“seco”*.

2º) Acaso, porque algunos empresarios *“estaban esperando”* la siguiente Reforma Laboral (la del Partido Popular) y, una vez llegada ésta, con despidos más fáciles, procedieron a despedir a sus trabajadores.

3º) Y, sin duda, también, debido a la *“política de ajustes/recortes”* habida en el sector público y aún no acabada (necesaria probablemente pero sin duda con otras prioridades y no en el tiempo récord en que se está llevando a cabo). Piénsese, por ejemplo, en que la ley Nº 3/2012 no admite las suspensiones contractuales y las reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, lo que sin duda está pensado para propiciar los despidos como única fórmula de reajuste del personal contratado laboralmente.

En todo caso, a mi modo de ver, como en las Ciencias Sociales no existen verdades absolutas, tampoco las hay respecto de la capacidad de las normas

laborales para crear o evitar la destrucción de empleo, lo que imposibilita que se puedan hacer afirmaciones apodícticas sobre la cuestión. Así, habrá que reconocer que en un pequeño porcentaje pueden también las normas laborales coadyuvar a crear empleo y, sobre todo, a no destruir más empleo. En este sentido, los economistas señalan que, actualmente, debido a la Reforma Laboral, basta con un 0.5% de incremento del PIB para generar empleo, frente a la exigencia tradicional del 2.5/3%.

6. El tercer punto a debatir es el de la funcionalidad de las normas laborales para definir el Modelo de Relaciones Laborales de un país.

A mi juicio, una Reforma Laboral para lo que sí sirve cumplidamente es para definir el Modelo de Relaciones Laborales que se pretende en un país.

Así, en este sentido y en relación con la situación española, diría lo siguiente:

1º) En primer lugar, que el tradicional Modelo Español de Relaciones Laborales está basado en tres pilares:

– La precariedad temporal en la contratación (un exceso patológico de contratos temporales).

– Una política de bajos salarios vinculados mínimamente a la productividad de las empresas.

– El uso normal de las extinciones contractuales para los ajustes del personal por las empresas en situaciones de crisis, esto es, la no renovación de los contratos temporales y los “despidos exprés”.

2º) En segundo lugar, que la utilidad de este tradicional Modelo Español de Relaciones Laborales sirve solamente para que las empresas no globalizadas y no globalizables “*compitan en costes*”, ya que las empresas globalizadas y globalizables no pueden competir en costes aunque quisieran, dado que los “*países emergentes*” y los “*países tercermundistas*” compiten con bajísimos costes imposibles de igualar, debiendo por ello buscar la alternativa de “*competir en calidad*”, siendo para ello necesario aumentar la productividad de todos los factores de producción (el *management*, el financiero, el fiscal o el tecnológico y, entre ellos, también, el factor trabajo).

3º) En tercer lugar, que la penúltima Reforma Laboral Socialista no cambió ciertamente este Modelo Tradicional de Relaciones Laborales y que la última Reforma Laboral Popular profundizó generalizadamente en el Modelo, haciéndolo algo más autoritario. Más tarde volveré sobre este tema.

Ahora bien, si tal opción de política económica era o no necesaria a corto plazo en plena crisis, en el que resulta difícil imaginar nuevos escenarios, dado que un nuevo “*modelo de producción*” en sectores competitivos y la propia “*competencia en calidad*” de los bienes y servicios no se improvisan, siendo además urgente la adopción de decisiones ante una crisis espectacular y nunca vivida anteriormente, es una de las cuestiones claves a debatir para una valoración pausada y razonable de la Reforma Laboral efectuada. Lo dejo ahí.

7. Un cuarto punto para el debate sería el de la delimitación de las características básicas de la Reforma Laboral de 2012, en cuanto a las relaciones laborales individuales y el de sus resultados aplicativos.

A mi juicio, la Exposición de Motivos de la ley N° 3/2012 acierta parcialmente en el *"diagnóstico"* de la situación y yerra en el *"tratamiento"*.

En efecto, en la Exposición de Motivos se *"predican"* tres necesidades:

1ª) La necesidad de luchar contra la temporalidad excesiva o patológica. De acuerdo.

2ª) La necesidad de profundizar en la flexibilidad interna de la mano de obra como alternativa eficaz a la flexibilidad externa, tanto de entrada como de salida. De acuerdo.

3ª) Y la necesidad de desarrollar la formación profesional continua o reciclaje permanente de los trabajadores empleados. De acuerdo.

Pero lo cierto es que el *"tratamiento"* que obra en su articulado contradice en cierto modo esta Exposición de Motivos. Así:

1ª) En materia de temporalidad, de un lado, se crea el discutible y discutido *"contrato de emprendedores"* (supuestamente *"indefinido"*, pero con un período de prueba de hasta un año y por tanto con despido libre durante ese tiempo, aplicable a todos los trabajadores y prácticamente a todas las empresas); y, de otro lado, se adelanta en unos pocos meses la fecha de aplicación de la prohibición legal del encadenamiento de contratos temporales lícitos realizados con un mismo trabajador, suspendida hasta entonces.

Además, en contradicción con esta política normativa de *"lucha"* contra el exceso de temporalidad, en el posterior real decreto-ley N° 4/2013 se descausaliza el contrato eventual de los jóvenes.

2ª) En materia de flexibilidad interna, la ley N° 3/2012, como ya se indicó, desprezará el *"matizado"* Acuerdo Interconfederal de 2 de febrero de 2012 y establecerá un nuevo art. 41 del ET, ejemplo paradigmático del exceso legal, en el que se descausalizan prácticamente las *"causas económicas"*, reduciéndolas a *"las que están en relación con la competitividad y productividad de la empresa"*, pretendiendo suprimir al mismo tiempo el control judicial de la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y las causas alegadas establecido en la legislación anterior, si bien los Tribunales (SS.TS de 2013) lo han recuperado posteriormente acudiendo a las doctrinas *"del fraude de ley"*, *"del abuso de derecho"* o *"de la buena fe contractual"*.

La solución legal a la que se llega no resiste el resultado comparativo con el Derecho Civil contractual, donde la suma del *"pacta sunt servanda"* y de la *"cláusula rebus sic stantibus"* protegen más al trabajador que el nuevo art. 41 del ET, en cuanto a las modificaciones sustanciales de condiciones contractuales.

Por otra parte, para que las medidas de flexibilidad interna se adopten empresarialmente de modo efectivo en los ajustes de plantilla como alternativa a la

flexibilidad externa (de entrada o de salida) constituida en “*cultura empresarial imperante*”, no parece razonable aumentar significativamente al mismo tiempo la libertad de contratación y la libertad para despedir.

En este último sentido, la “*inoportunidad*” del establecimiento en plena crisis económica de las “*cinco vías de facilitación de los despidos*” (la flexibilización de las causas objetivas empresariales para despedir individual o colectivamente, la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos por causas empresariales, la reducción de las indemnizaciones por despido improcedente, la facilitación del despido por absentismo laboral y la supresión de los salarios de tramitación en los despidos declarados judicialmente improcedentes) para facilitar un cambio en la cultura empresarial resulta manifiesta.

3ª) Y, en materia de formación profesional continua de los trabajadores, la ley N° 3/2012 se limita a establecer dos tímidas, pero sin duda positivas como “*embrión de una futura Reforma Laboral*”, nuevas medidas relativas a:

– La concesión a todos los trabajadores de 20 horas al año para el reciclaje profesional (art. 23.3 del ET).

– Y a la obligación de la empresa de dar formación profesional al trabajador en el caso de riesgo de despido objetivo por falta de adaptación a los cambios técnicos operados en su puesto de trabajo (art. 52 b) del ET).

Algunos datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre los resultados aplicativos de estas nuevas normas laborales individuales resultan significativos:

1º) Por lo que se refiere a los “*contratos de apoyo a los emprendedores*”, el escaso número de los firmados significa su fracaso como “*alternativa*” a los contratos temporales. Además, existen serias dudas acerca de qué sucederá con ellos cuando superen el año de su concertación.

2º) En cuanto a la tasa de contratación temporal, los datos del propio Ministerio de Empleo demuestran que su disminución ha sido mínima. El mantenimiento de la cultura empresarial de la temporalidad sigue siendo un hecho tras la aplicación de la Reforma Laboral, no consiguiendo el propósito “*declarado*” de acabar con la dualidad del mercado de trabajo.

3º) Los despidos, y con ellos el desempleo, han aumentado exponencialmente. Así, los ERES han aumentado, si bien los “*despidos exprés*” lógicamente han desaparecido.

Además, con la nueva regulación de los ERES ha aumentado la judicialización de los despidos (declarándose con frecuencia la nulidad del procedimiento por incumplimiento del deber de “*información proporcionada*” a los representantes de los trabajadores y del deber de buena fe contractual) y ello en el peor momento para la jurisdicción laboral debido a los efectos conjuntos de la crisis económica y de la reciente promulgación de la Ley de Jurisdicción Social.

4º) Y, en relación con la flexibilidad interna, cabría resaltar, de un lado, la resistencia de los sindicatos a negociar medidas de flexibilidad interna, salvo amenaza de despidos y, de otro, las reducciones salariales “anárquicas” llevadas a cabo en cada empresa en ausencia de un “pacto de rentas”, al que luego me referiré.

8. El quinto punto para el debate es el constituido por las medidas adoptadas por la ley Nº 3/2012 en materia de relaciones laborales colectivas y, en especial, en cuanto a la negociación colectiva, como parte fundamental de la Reforma, y el de sus resultados aplicativos.

En este sentido, tres han sido, a mi juicio, las medidas legales básicas adoptadas en cuanto a la negociación colectiva:

1ª) En primer lugar, la prioridad applicativa imperativa de los convenios colectivos de empresa, de grupo de empresas o de empresas afines en una serie de materias (sin duda las más importantes) respecto de los convenios colectivos sectoriales de ámbito territorial superior (art. 84.2 del ET), siendo así que en la versión de la anterior Reforma Laboral Socialista la norma legal tenía naturaleza dispositiva, pudiendo ser alterada la prioridad applicativa por lo dispuesto en los acuerdos interprofesionales y convenios marco.

2ª) En segundo lugar, las nuevas reglas sobre la inaplicación de los convenios colectivos en una empresa (art. 82.3 del ET).

3ª) Y, en tercer lugar, la reducción al año de la ultractividad normativa de los convenios colectivos (art. 86.3 del ET).

En líneas generales, destaca el protagonismo de la norma estatal frente a la autonomía colectiva, esto es, lo que podríamos denominar “*deriva autoritaria*” de la Reforma Laboral.

En principio, nada que objetar a la legitimidad de una ley para regular la negociación colectiva, siempre que cumpla el papel que la Constitución parece otorgarle (“*la ley garantizará el derecho de la negociación colectiva*”: art. 37.1), no pudiendo la ley “*vaciar el contenido esencial del derecho de negociación colectiva*”. En este caso concreto, el Tribunal Constitucional dirá en su momento si la ley Nº 3/2012 ha atravesado o no las “*líneas rojas*” de la constitucionalidad, poniendo en relación de equilibrio el derecho de negociación colectiva y otros derechos constitucionales en juego.

A mi juicio, la “*deriva autoritaria*” de la ley se manifiesta en lo siguiente:

1º) Permite la negociación colectiva sectorial, pero limitando su ámbito de aplicación mediante el establecimiento de la prioridad imperativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresas y de empresas afines en determinadas materias.

2º) Permite la negociación de la inaplicación de un convenio colectivo pero, si no se consigue el acuerdo, se establece desde la ley un arbitraje obligatorio llevado a efecto por la Comisión Consultiva nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente.

3º) Permite la negociación de un nuevo convenio colectivo pero, si no hay acuerdo o laudo arbitral en el plazo de un año, se aplicarán por imperio legal el convenio colectivo de ámbito superior, si lo hubiere, y en caso contrario la legislación laboral general.

Los efectos producidos por la Reforma Laboral en los tres aspectos modificados han sido hasta ahora los siguientes:

1º) En cuanto a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de empresas afines sobre los convenios colectivos sectoriales en determinadas materias:

– Desde luego, se evidencia con ello las nuevas limitaciones a una eventual articulación de la negociación colectiva, si bien haya que reconocer que durante muchos años de libertad legal para negociar articuladamente la experiencia demuestra que tan solo en contados sectores de actividad se ha logrado, lo que debería conducir naturalmente a la autocrítica de los agentes sociales en tal sentido.

– Hay que reconocer también que a la altura de 2012, fecha de promulgación de la Ley de Reforma Laboral, las empresas españolas (pocas, dada nuestra infraestructura empresarial basada en Pymes) que podían y querían tener un convenio colectivo de empresa ya lo tenían y se aplicaban lógicamente con preferencia a los convenios colectivos sectoriales con base al principio de no concurrencia entre convenios colectivos del art. 84 del ET, siendo muchas las empresas que, pudiendo tenerlo, no lo querían tener (por preferir mantener el natural conflicto planteable con la negociación de un convenio colectivo fuera de la empresa y estableciendo en su caso, o no, “*estrategias de control*” de la asociación empresarial negociadora del convenio colectivo sectorial para poder controlar el resultado de la negociación colectiva sectorial en beneficio propio y, en algunas ocasiones, contrariando las reglas de la competencia empresarial). No parece que, en este sentido, puedan ser muchas las empresas que intenten negociar a su nivel, simplemente por déficit de legitimación de la representación de los trabajadores.

– Ello no obstante, es cierto que la Reforma Laboral propicia la negociación colectiva de empresa, habiéndose producido una “*negociación colectiva de empresa a la baja*” en relación con los “*estándares mínimos*” de los convenios colectivos sectoriales con la intención de competir con otras empresas del sector, con un perjuicio doble: a los trabajadores y también a los empresarios, al poder producirse un “*dumping social*”. Podría decirse que antes de la reforma laboral los convenios colectivos de empresa eran más favorables a los trabajadores que el convenio colectivo sectorial, mientras que después de la reforma laboral los convenios colectivos de empresa son menos favorables al trabajador que el convenio colectivo sectorial.

– En todo caso, es obvio que esta medida legal limita el poder de los sindicatos (y también de las asociaciones empresariales) en la negociación colectiva

a favor del protagonismo de las secciones sindicales y órganos de representación unitaria en las empresas, pudiendo surgir incluso tensiones entre ambas modalidades de representación, pese a la preferencia legalmente establecida de las secciones sindicales para negociar.

– Finalmente, con la preferencia de los convenios colectivos de ámbito funcional inferior se propicia la posibilidad de aplicación de dos convenios colectivos distintos en determinadas materias (el de empresa preferente y el de sector, en lo no regulado por el convenio colectivo de empresa) con los consiguientes problemas técnicos interpretativos para dilucidar a estos efectos las “*coincidencias de regulación*”.

2º) En cuanto a la nueva regulación de la inaplicación de los convenios colectivos en las empresas, cabría señalar lo siguiente:

– No hay duda de que la intención de la Reforma es facilitar la inaplicación del convenio colectivo en las empresas mediante el establecimiento de nuevos procedimientos más rápidos frente a las alternativas negociadoras ya existentes con anterioridad a la Reforma para “*descolgarse*” de un convenio colectivo aplicable (como eran la prioridad del convenio colectivo de empresa en una serie de materias o la revisión anticipada del convenio colectivo de empresa aplicable), dado que ambos procedimientos podían acabar en falta de acuerdo, mientras que con el nuevo procedimiento de inaplicación de convenios el final se encuentra asegurado con un arbitraje obligatorio.

– Es cierto también que es dudoso si el arbitraje final legalmente previsto a realizar por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano autonómico equivalente) puede adolecer de inconstitucionalidad a la vista de la jurisprudencia constitucional anterior, cuestión que resolverá en su momento el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, sobre lo que no hay duda alguna, a la vista del funcionamiento “*normal*” de estos órganos (concebidos por los agentes sociales desgraciadamente solamente como “*órganos de representación de intereses*” y no como “*órgano de consenso de voluntades*” por encima de los intereses que sin duda representan los partícipes en los mismos), es que en la práctica se tratará de “*arbitrajes administrativos*”, decididos por la representación gubernamental ante la falta de consenso.

– No hay duda, tampoco, de que por esta vía podría reducirse, al menos parcialmente con referencia a determinadas materias (la salarial, singularmente), la actual tasa de cobertura negocial. Hasta la fecha se han registrado alrededor de 4.500 inaplicaciones salariales.

– En todo caso, este precepto plantea el que probablemente sea el “*reto importante*” para el sistema de negociación colectiva española cual es el de cómo hacerla llegar a las pymes (siendo así que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23 por 100 de las empresas españolas tienen

50 o menos trabajadores). Tema en el que no voy a entrar por razones obvias de tiempo.

En relación con el procedimiento arbitral establecido, la solución pasaría en mi opinión por el establecimiento en los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de conflictos colectivos del art. 83.2 del ET (ASAC y otros Acuerdos Autonómicos) de un *“arbitraje voluntario/obligatorio”* (esto es, *“voluntario”* por cuanto se ha pactado en el Acuerdo Interprofesional por los agentes sociales legitimados y *“obligatorio”*, por cuanto lo es respecto de las partes en conflicto).

Sin embargo, este tipo de arbitraje plantea una seria polémica acerca de su constitucionalidad (hay quien defiende su inconstitucionalidad por afectar al contenido esencial de la autonomía colectiva) y, sobre todo, acerca de su aplicación por cuanto los agentes sociales (sobre todo, la parte empresarial) se muestran reacios a su implantación. Un tal posicionamiento podría responder a distintas razones: falta de cultura arbitral, recelos con los árbitros, pérdida de protagonismo o dificultades para convencer a las correspondientes bases de la bondad del procedimiento.

3º) En cuanto a la nueva regulación de la ultractividad normativa de los convenios colectivos, el debate acerca de la valoración crítica de la misma pasa, a mi juicio, por tener en cuenta una serie de consideraciones:

– En primer lugar, que la conversión de las condiciones de un convenio colectivo en *“cuasi derechos adquiridos”*, convirtiéndolas en irreversibles por un período ilimitado, bastando para ello con la simple negativa de una de las partes al acuerdo, puede sin duda provocar la paralización de algunas negociaciones y grandes dificultades para acomodar el nuevo convenio colectivo a las nuevas circunstancias (nuevos costes o nuevas exigencias del mercado), petrificando de alguna manera la negociación colectiva.

En este sentido, la parte empresarial critica la institución de la ultractividad por entender que desincentiva la negociación y que, no alcanzando un nuevo acuerdo, se perpetúan las condiciones convencionales anteriores, postulándose en consecuencia *“que nadie se encuentre más cómodo en el desacuerdo que en el acuerdo”*.

– En segundo lugar, y en sentido contrario, la reducción de la ultractividad a un año puede suponer una ampliación de los poderes organizativos empresariales y, como mínimo, una ampliación de las posibilidades de individualización de las relaciones laborales y de una negociación colectiva *“a la baja”*, aprovechando que la alternativa al acuerdo será la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior si lo hubiere y, de no haberlo, de la legislación laboral general.

No está claro, sin embargo, que todas las empresas que se encuentren en la situación de pérdida de ultractividad del convenio aplicable puedan aplicar con facilidad la ley, esto es, puedan aplicar el convenio colectivo de ámbito superior o, de no existir éste, la legislación laboral general. Piénsese, en este

último caso, a modo de ejemplo, en materia salarial, lo que supondría aplicar a “*todos*” los trabajadores de la noche a la mañana el salario mínimo interprofesional, que sería la única norma laboral general aplicable en materia salarial, sin distinguir entre grupos profesionales y puestos de trabajo; o, en materia disciplinaria, partiendo de la exigencia legal de que el régimen disciplinario esté establecido en un convenio colectivo estatutario (art. 58.1 del ET), lo que supondría no poder sancionar sino con el despido, al no existir otras sanciones disciplinarias en la ley; o, en materia de clasificación profesional, donde la ley establece igualmente la exigencia de que sea establecida “*mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores*” (art. 22.1 del ET).

Por otra parte, parece evidente el crecimiento de la conflictividad y, con ella, de la judicialización de las relaciones laborales que puede derivar de la nueva regulación de la ultractividad de los convenios colectivos, sobre todo en los casos en que el salario del trabajador, o cualquier otra condición de trabajo, no coincida exactamente con lo dispuesto en el convenio colectivo.

– De ahí que la solución a esta importante cuestión debería haberse solucionado con fórmulas prudentes o intermedias, que combinaran los criterios temporales y los materiales, como sucede en otros países de nuestro entorno (Portugal o Dinamarca, por ejemplo).

En mi opinión, una fórmula óptima hubiera sido la de establecer la ultractividad “*sine die*” para determinadas materias –retribuciones, tiempo de trabajo, régimen disciplinario y clasificación profesional–, justamente las mismas materias que regulaban los “*Acuerdos de Cobertura de Vacíos*” que pusieron fin a las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas laborales.

Se trataría así de mantener los derechos básicos de los trabajadores (retribución y tiempo de trabajo) y aquellas dos materias que, de no estar reguladas en un convenio colectivo, no podrían aplicarse de ninguna manera, según nuestra legislación (ver *supra*).

Probablemente también habrá que acostumbrarse a comenzar las negociaciones del posterior convenio colectivo seis meses o más antes de su finalización, en orden a evitar que opere la ultractividad del convenio colectivo anterior.

En cuanto a los efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta de la ley N° 3/2012 respecto de los convenios colectivos denunciados un año antes de la entrada en vigor de la ley (el 7 de julio de 2012) ha transcurrido en términos menos dramáticos que los que pudieran haberse previstos por algunos, siendo de alguna manera compartido por los empresarios el “*pánico al vacío normativo*” de los trabajadores provocado por el nuevo art. 86.3 del ET: o bien se ha procedido a alcanzar acuerdos en la negociación de muchos convenios colectivos sectoriales pendientes, o bien se han logrado acuerdos de prórroga temporal del convenio colectivo anteriormente vigente en régimen de ultrac-

tividad, sin necesidad de acudir a tesis “*extemporáneas*” como “*la aplicación analógica de otros convenios colectivos*” o “*la contractualización automática del convenio colectivo vencido*”, si bien algunas de las cláusulas convencionales de ultractividad explícitas o de remisión al art. 86.3 del ET hayan podido plantear problemas interpretativos de trascendencia.

4º) En definitiva, las tres medidas legales en que se concreta básicamente la Reforma laboral en materia de negociación colectiva conducen al mismo sitio: a conseguir las reducciones salariales de los trabajadores contratados en línea con la finalidad “*no declarada*” de la ley Nº 3/2012, lo que contribuye sin duda a potenciar el “*Modelo de Relaciones Laborales de competencia en costes*”.

9. Un sexto punto crítico para el debate sería el del Modelo de Relaciones laborales al que aspirar: ¿podría ser éste un nuevo modelo de relaciones laborales basado en la productividad empresarial?

A mi juicio, la “*productividad empresarial*” (casi “*ausente*” del Modelo Tradicional Español de Relaciones Laborales) debería ser la “*idea básica*”, la “*clave de bóveda*”, de un nuevo Modelo de Relaciones Laborales. La productividad del factor trabajo (junto con la productividad de los restantes factores de producción empresarial), de la que la economía española anda escasa es la única garantía a la vez de la competitividad para la empresa y de una verdadera estabilidad en el empleo y de niveles salariales superiores para el trabajador.

En este sentido, la productividad del factor trabajo y, con ella, un nuevo Modelo de Relaciones laborales, exige:

1º) En primer lugar, una “*mayor inversión en tecnología*” (aumento de la inversión pública/privada en I+D+I y fomento de las relaciones Universidades/Centros de Investigación/Empresas en orden a aumentar la “*innovación empresarial*”) y una “*mejor organización managerial*” (de la que muy poco se habla).

2º) En segundo lugar, el “*desarrollo y promoción de la formación profesional continua de los trabajadores en activo*” (el reciclaje permanente del personal).

Yo sometería a debate en este punto la generalizada conversión del contrato de trabajo en un contrato formativo, en el que la formación profesional continua vendría configurada como un derecho/obligación de ambas partes (empresario y trabajador) que debería ser elevado a elemento de la causa del contrato de trabajo más allá del intercambio de trabajo dependiente y salario garantizado. En este sentido, “*a la vista de todo lo sucedido*”, un serio debate sobre la financiación y, sobre todo, de la gestión de la formación profesional continua está por producirse.

Los expertos alertan, en este sentido, que, a medio plazo, el 85 por 100 de los puestos de trabajo exigirán una cualificación intermedia o superior y la mayor parte de los empleados/desempleados actualmente tiene, en el mejor de los casos, el título de educación Secundaria Obligatoria.

3º) En tercer lugar, una *“lucha eficaz contra el exceso de temporalidad o temporalidad patológica”*.

Se han planteado para ello dos procedimientos distintos:

a) La fórmula del *“contrato único”* que, a mi juicio, *“para acabar con la temporalidad de unos se convierte de hecho a todos los trabajadores en temporales”*. Y ello, aun reconociendo que la segunda versión de los *“contratos únicos”* por parte de FEDEA es respetuosa con la Constitución y los Convenios Internacionales y Directivas Comunitarias, cosa que no sucedía con la primera versión.

b) El *“tratamiento de choque”* basado en múltiples medidas: de abaratamiento de los contratos indefinidos y de encarecimiento de los contratos temporales (redefiniendo sobre todo los distintas modalidades de contratos temporales estructurales y, en especial, los contratos de eventuales como *“más de lo mismo”* y de obra o servicio determinado como *“más de otra cosa”*); de promoción del contrato a tiempo parcial en cómputo anual como alternativa (pero no acumulando parcialidad y temporalidad, como se ha hecho recientemente); de desarrollo de cláusulas en la negociación colectiva; y de campañas contra el fraude en la contratación temporal.

4º) En cuarto lugar, las *“medidas de flexibilidad interna”* alternativas de la flexibilidad externa (de entrada y de salida). Si bien parecería, a mi juicio, necesario en este punto un *“reequilibrio”* en el tratamiento causal de las medidas de flexibilidad interna (movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo de origen contractual, suspensión contractual y reducción de jornada) llevado a cabo por la Reforma Laboral de 2012.

5º) En quinto lugar, un *“Pacto de Rentas”* negociado por asociaciones empresariales y sindicatos a nivel nacional, frente a un proceso de devaluación salarial anárquico, unilateral y desordenado en el que se ha utilizado la libertad de cada empresa para bajar los salarios vía art. 82.3 y/o art. 41 del ET.

Este Pacto de Rentas podría implicar a los salarios (fomentando una política de moderación salarial, impidiendo las subidas salariales exageradas del personal directivo y vinculando una mayor parte del salario a la productividad empresarial o del trabajador), a los beneficios (penalizando los repartos de beneficios en determinados casos y estableciendo compromisos de reinversión productiva de los mismos) y al tiempo de trabajo (fomentando las reducciones de jornada y las suspensiones contractuales con reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social), creando una Comisión Tripartita que verifique el cumplimiento del Pacto con transparencia y publicidad.

6º) En sexto lugar, tema enojoso y difícil, habría que llamar la atención acerca de la real infraestructura empresarial española basada en las Pymes, cuestión silenciada por todos a la hora de hacer reformas laborales.

La cuestión a debatir sería entonces la de si es posible un solo Modelo de Relaciones Laborales y un tratamiento único para todo tipo de empresas o si,

por el contrario, habría que debatir sobre “*variantes normativas*” en las Pymes, especialmente en materia de negociación colectiva (siendo en la medida de lo posible respetuoso con los derechos de los trabajadores y con el riesgo de “*dumping social*” empresarial).

En todo caso, el concepto legal de Pyme a estos efectos, de acuerdo con las normas comunitarias, debería ser necesariamente complejo teniendo en cuenta no sólo el número de trabajadores sino también el volumen de negocio.

7º) En séptimo lugar, finalmente, habría que abordar cinco grandes cuestiones que han pasado “*vírgenes*” por las últimas Reformas Laborales:

a) La primera sería la inexistente seguridad jurídica en el Sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo, debiendo, a mi juicio, dada la complejidad normativa actual y la existencia de una amplia jurisprudencia contradictoria, redactar un nuevo art. 3º del ET que dejara claras las relaciones entre ley y convenio colectivo, entre las distintas manifestaciones de la negociación colectiva y entre el convenio colectivo y el contrato individual de trabajo.

En el bien entendido que ésta no es sólo una “*cuestión de juristas*”, sino que afecta a “*todos*” (trabajadores y empresarios, abogados y magistrados).

Est es, sin duda, un tema de “*amplio calado*” que exigiría un debate complejo, que incluyera a la vez las que definiría como las “*cuatro patas*” de la Justicia Laboral:

1) La seguridad jurídica.

2) El asesoramiento profesional previo de las partes frente a la conflictividad.

3) Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales.

4) La Justicia Laboral propiamente dicha (la regulación procesal, los medios personales y materiales, la oficina judicial, la formación, etc.).

b) La segunda sería la necesidad de un Acuerdo sobre un “*Código de Buena Conducta Negocial*” entre los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas de eficacia normativa y general o “*erga omnes*” (iniciado en 1997 con el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva y abandonado posteriormente), que sea de aplicación para todas las negociaciones colectivas existentes, materia que constituye una verdadera “*asignatura pendiente*” de nuestro Sistema de Negociación Colectiva.

c) La tercera, en cuanto a los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales, entiendo que hay dos importantes cuestiones a abordar:

– De un lado, la extensión generalizada de los Acuerdos Interprofesionales de solución de los conflictos colectivos a los conflictos potenciales (la prevención del conflicto), tal como ya se encuentra el ASAC y otros Acuerdos (de la Comunidad valenciana, por ejemplo). Si algún sentido tienen estos procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje es precisamente el evitar y abortar los conflictos futuros.

– De otro lado, como ya señalé, pactar en estos Acuerdos Interprofesionales de solución de conflictos colectivos los denominados *“arbitrajes voluntarios/obligatorios”*.

d) La cuarta, el debate sobre la *“empleabilidad”*, incluyendo la formación profesional ocupacional y continua (modelo, financiación y gestión), los servicios de colocación, la política de subvenciones y bonificaciones al empleo, la prestación por desempleo y el empleo juvenil.

e) Y la quinta se concretaría en debatir sobre el fraude laboral y de Seguridad Social, donde resultarían implicadas materias tan amplias, entre otras, como:

– La *“economía sumergida”*.

– La *“contratación laboral”* (los fraudes en las modalidades de contratación y las *“empresas ficticias”* y los *“contratos de complacencia”*).

– Los salarios (impagos y compromisos verbales de los empresarios posteriormente incumplidos).

– La ausencia de forma escrita en muchos contratos laborales.

– Los contratos a tiempo parcial incumplidos y las horas extraordinarias no reconocidas.

– El no disfrute de las vacaciones, con o sin pago en metálico.

– Los despidos en fraude de ley.

– La clasificación profesional en grupos profesionales inferiores.

– Los fraudes en la cotización.

– El absentismo laboral.

– El fraude en el desempleo, etc.

Habrá que reconocer que la *“lucha contra el fraude”* hasta ahora ha sido *“selectiva”*, esto es, se ha centrado en ciertos aspectos (altas ficticias y contratos de trabajo falsos) y no en otros.

10. En todo caso, como séptimo y último punto para el debate, acaso lo que más me preocupa es el tratamiento de las relaciones laborales en la poscrisis: ¿Se consolidarán necesariamente las reformas laborales establecidas? ¿Habrá voluntad y capacidad para proceder a su modificación? ¿Se han hecho reformas *“coyunturales”* o *“estructurales”*?

Para ello se necesitará ciertamente la confluencia de una serie de virtudes que dudo mucho se encuentren presentes hoy por hoy en nuestras relaciones laborales y en la Europa Comunitaria:

– La voluntad política de revisar críticamente las medidas adoptadas durante la crisis. Las comisiones tripartitas de revisión de las normas laborales no suelen funcionar en este país.

– La capacidad para pactar un Modelo de Relaciones Laborales como *“norte”* de futuras reformas que considere la *“formación permanente de los trabajadores”* y la *“negociación”* como *“claves de bóveda”* del Modelo.

– La imaginación suficiente para tender “puentes” en una necesaria negociación del Modelo de Relaciones Laborales, en el sentido de potenciar los “intereses comunes o coincidentes”.

– Y la aceptación de la “seguridad jurídica” como un valor fundamental de un Estado de Derecho.