

**EL «DERECHO» DEL TRABAJO PROPUGNADO POR LAS
«LEYES» DE REFORMA DEL «MERCADO LABORAL»:
SU REELABORACIÓN COMO «DERECHO DE LA EMPRESA»
Y COMO «DERECHO DEL EMPLEO»**

**Núm.
22/95**

TRABAJO EFECTUADO POR:

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Profesor titular interino de Derecho del Trabajo.
Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Jaén.*

2.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1995.

Modalidad: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social.*

Sumario:

- I. «Mercado» de Trabajo y Derecho: la «economía política» como técnica de poder-saber sobre la que se articula el Derecho, y en especial el Derecho del Trabajo contemporáneo.
 1. La «inflación» normativa del «mercado» de trabajo: ¿«crisis» o «evolución» del sistema jurídico laboral?
 2. La «governabilidad» como técnica específica de ejercicio del poder en la forma de la economía: ¿una inversión en vía «de hecho» del «orden» constitucional de valores?
 3. El «Derecho social» como forma de la experiencia jurídica contemporánea: del «asistencialismo» a la «transacción» entre función «distributiva» y «productiva» de recursos.
 4. La verificación del principio de gobernabilidad en el Derecho Positivo del Trabajo tras la reforma legislativa: reseña de las principales manifestaciones.
 5. Una verificación supranacional del principio de gobernabilidad: el «nuevo Derecho social» propugnado por el Tratado de la Unión Europea.

- II. El doble «espíritu» del Derecho del Trabajo: la «moderna» tendencia legislativa a definirlo como «técnica» y como «ciencia» de organización.
 1. La empresa como «clave» de comprensión, económica y jurídica, de la nueva forma de Derecho, en especial del Derecho del Trabajo: emersión de una «frontera disimulada».
 2. Redefinición del Derecho del Trabajo como Derecho de la empresa, gestional y racionalizador: exaltación legislativa de la actividad empresarial de organización de recursos.

- III. El principio de coherencia de la reordenación del Derecho del Trabajo como «Derecho del empleo»: el «Derecho económico» como racionalidad que atraviesa el entero sistema jurídico.
 1. Los nuevos criterios de organización del sistema jurídico: de la especificidad de la relación social al objetivo perseguido por la política económica.
 2. El tipo de juicio dominante en el «Derecho del empleo»: las reglas jurídicas de normalización social.

«El conocimiento científico es un proceso fluyente que pugna con las limitaciones y no puede darse por terminado. Nunca estamos en condiciones de decir "ésta es la meta", ni siquiera "éste es el camino". La aspiración por el perfeccionamiento del instrumental cognoscitivo es un incesante inconformismo».

A. HERNÁNDEZ GIL. «Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho». En *Estructuralismo y Derecho*. Alianza Editorial. Madrid. 1973.

I. «MERCADO» DE TRABAJO Y DERECHO: LA «ECONOMÍA POLÍTICA» COMO TÉCNICA DE PODER-SABER SOBRE LA QUE SE ARTICULA EL DERECHO, Y EN ESPECIAL EL DERECHO DEL TRABAJO CONTEMPORÁNEO

1. La «inflación» normativa del «mercado» de trabajo: ¿«crisis» o «evolución» del sistema jurídico laboral?

A consecuencia del proceso de coyuntura económica desfavorable y recesiva de los años ochenta, particularmente reeditado y acentuado en los primeros años de la década de los noventa para nuestro país, se ha asistido a una general redistribución de los recursos disponibles -y por tanto del poder- del «trabajo» al «capital», desde las organizaciones de los trabajadores a las organizaciones empresariales, impulsándose significativos mecanismos de redefinición de los rígidos *work rules* «fordistas» e incisivas lógicas de reestructuración e innovación, tanto en el plano organizativo como en el estrictamente normativo, de las relaciones laborales, que han tenido como consecuencia más visible una global atenuación del clásico «garantismo individual». Por tanto, podría pensarse que, en el actual estadio «evolutivo» de la sociedad occidental, el secular conflicto entre el «mercado», como específico sistema de distribución social de los recursos, y el «Estado», como instrumento regulador del sistema productivo en el que vendrían a concentrarse todos los poderes, se ha resuelto con el triunfo del primero sobre el segundo (1), puesto que el principio de orden en los tiempos más recientes es el progresivo repliegue de la intervención estatal en la actividad económica y, consecuentemente, en la organización de las relaciones laborales de producción.

(1) Cfr. A. PREDIERI. *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*. Giuffrè. Milano. 1992. *Passim*. Para una visión más equilibrada vid. F. BOCHICCHIO. «Sollecitazione al pubblico risparmio. Profili civilistici». *Rivista critica diritto privato*. 1991. Pág. 233 y ss. Al respecto sigue siendo actual la reflexión de N. REICH. *Derecho y Mercado*. Ariel. Barcelona. 1985.

Ahora bien, contrariamente a lo que podría pensarse en un primer momento, esta importante restricción de la «intervención» estatal no ha comportado una atenuación de la regulación heterónoma, antes al contrario, este tipo de ordenación normativa aparece en claro aumento en los distintos ámbitos que conforman el sistema jurídico. Precisamente, esta dimensión cuantitativa del proceso de producción normativa característico de los equilibrios reguladores e institucionales de las democracias contemporáneas, especialmente agudizada en los últimos tiempos, viene constituyendo el perfil más relevante que concentrando la atención de los estudios jurídicos, por el fuerte impacto que esta creciente producción de reglas produce sobre la «coherencia», «integridad» y «complitud» de los ordenamientos. Así, el Derecho tiende a ser aprehendido cada vez más como el «dinero», gobernándose la «masa legislativa» como la «masa monetaria», por lo que la generalizada referencia a la «inflación normativa» para aludir al «exceso de reglas» entraña, como el exceso de moneda, una devaluación de las mismas, incrementando su carácter «aluvional» las contradicciones y lagunas de estos diferentes sectores de disciplina, que terminan incidiendo profundamente, entre otros factores, sobre sus propios «niveles» de cognoscibilidad, no ya de los ciudadanos sino de los propios especialistas, incluso de los mismos operadores jurídicos (2).

Un dato suficientemente elocuente de la veracidad de estas observaciones viene representado por la estación de incisivas y continuadas reformas legislativas que está volviendo a vivir -si es que en algún momento de su historia reciente ha «gozado» de alguna relativa «tranquilidad»- nuestro «ordenamiento» laboral. En efecto, la velocidad auténticamente de «vértigo» con la que se suceden, en unos casos, e incluso, en otros, se superponen las reglas de carácter laboral, así como, en lógica consecuencia, el ingente volumen adquirido por el «cuerpo» normativo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, extreman considerablemente los rasgos de contingencia y variabilidad propios de este «sistema» normativo, convirtiéndolo en el ejemplo por antonomasia de la llamada «legislación motorizada» (3) -legislación «turbomotorizada» o bien «de motor a inyección» serían imágenes más apropiadas para definir el cambio frenético que hoy ofrecen las normas que lo nutren, realizado con una periodicidad casi mensual-. Tan intensos, cuantitativa y cualitativamente, y desenfrenados son los cambios normativos que se ha llegado a decir, no sin razón, que las «contradicciones... ambigüedades... lagunas jurídicas, serán frecuentes en el momento de la interpretación y de la aplicación a la vida real» (4).

Ahora bien, si es cierto que la regulación laboral está en aumento, no menos cierto es que se trata de una forma de intervención que ha mutado tanto sus rasgos caracterizadores como su propio

(2) Cfr. ya J. CARBONNIER. «L'inflation des lois». En *Essais sur les lois*. Ed. Defrénois. 1979, pág. 271 y ss. y R. SAVATIER. *L'inflation législative et l'indigestion du corpus social*. Recueil Dalloz Sirey. 1977, pág. 43 y ss. Más recientemente vid. A. SOMMA. «La sistematica degli ordinamenti giuridici tra tecnica legislativa e politica del diritto: spunti per un dibattito». *Politica del diritto*, número 4. 1994, pág. 631 y ss. y bibliografía citada notas 1 a 3.

(3) Según la conocida expresión de CARL SCHMITT recogida por el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA para expresar el desenfrenado cambio normativo característico del Derecho Administrativo, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. I. Civitas. Sexta edición. 1993, pág.72.

(4) Cfr. E. BORRAJO DACRUZ. «Reforma laboral o nuevo derecho del trabajo». *AL*, número 34. 1994, pág. 549.

principio de coherencia, sustituyendo su precedente racionalidad sistemática -si es que se acepta tal posibilidad para el Derecho del Trabajo «clásico»- por otra de diverso tipo. De intervenciones normativas dirigidas de manera directa e inmediata a fijar límites particularmente comprometidos y vinculantes al «natural» sucederse de los acontecimientos económicos, reorientando su dinámica de funcionamiento en la dirección de un modelo abstracto de conducta predeterminado, sancionando los «comportamientos» o prácticas desviados de este modelo (sistema de *prohibiciones* y *sanciones* por su inobservancia), se pasa a intervenciones altamente pragmáticas y flexibles que, aceptando la utilidad para el progreso económico y social de los imperativos tecnológicos y económicos, y, por tanto, aptos para reconocer la necesidad de su tutela jurídica, consienten el «sacrificio» de la coherencia formal del ordenamiento laboral a cambio del objetivo de mantenerse permanentemente adaptado a las concretas realidades económicas (técnicas liberalizadoras o permisivas, medidas compensadoras y nuevas formas de control social) (5).

Sin embargo, esta nueva legislación laboral que viene apareciendo casi ininterrumpidamente desde mayo del 94 -y pese a un difundido convencimiento en contrario- no se limita a levantar acta de un más vasto proceso de transición a intervenciones exclusivamente coherentes con una lógica individualista y subjetiva del mercado, según el conocido paradigma del *homo oeconomicus* propuesto por la teoría microeconómica neoclásica acogida por el pensamiento liberal. Se trata, en cambio, de un caso particularmente ilustrativo de la transición del clásico principio jurídico -y político- de la «soberanía» del Estado -y de los derechos subjetivos del individuo-, determinante de un pensamiento de tipo «esencialista», al «moderno» principio jurídico -y político- de la «governabilidad» del Estado (6), determinante de un pensamiento jurídico altamente «historicista» y «dialéctico» que encuentra su auténtica justificación en la presunta «objetividad» de la realidad económica, orien-

- (5) Precisamente, en esta flexibilidad y pragmatismo de las normas reside una adecuada explicación del carácter marcadamente corrector del Derecho contemporáneo en general, y en especial del Derecho del Trabajo: en unas ocasiones se trata de flexibilizar la reglamentación existente, en otros casos se intentará reforzarla para evitar los resultados más negativos de estas prácticas económicas. Vid. al respecto BOCHICCHIO. *Il pegno di valori mobiliari. Servizi finanziari e garanzie reali*. Contratto e Impresa. 1992, pág. 233 y ss. Este objetivo de evitar abusos está comportando la necesidad de fijar específicos estatutos normativos empresariales en los diferentes sectores fundamentales de la actividad económica, como es el caso de los mercados financieros y crediticios. Cfrs. R. COSTI. «Il nuovo ordinamento del mercato finanziario». En *Aa.Vv. Mercato finanziario e disciplina penale*. Giuffrè. Milano, pág. 233 y ss. Éste es el sentido de recientes normativas españolas como la LEY 3/1994, de 14 abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.
- (6) Cfr. M. FOUCAULT. *De la gouvernementalité. Leçons d'introduction aux cours des années 1978 et 1979*. Ed. Seuil. 1989. Una de cuyas lecciones más importantes aparece traducida al castellano en el número 6 de la Colección «Genealogía del poder» con el título *La gubernamentalidad. Espacios de poder*. Ediciones La Piqueta. 1986, pág. 9 y ss. Aunque, ciertamente el término «gubernamentalidad» aparece más respetuoso con la expresión utilizada por el autor en lengua francesa, y aunque no puede considerarse en su sentido exactamente coincidente con la expresión «governabilidad», es esta última la que consideramos más adecuada a la idea de fondo que subyace al pensamiento del autor, y que entronca, aunque no se pueda hacer una traslación acrítica y sin matices, con un fenómeno perfectamente identificado en la Ciencia política contemporánea y que está empezando a incidir más netamente en el Derecho, relativo precisamente a la *capacidad del Estado de dar soluciones adecuadas a los diferentes problemas económicos y sociales, así como de interiorizar y dar satisfacción a una pluralidad de intereses de individuos y grupos integrantes de las diferentes «poblaciones»*. Cfr. G. PASQUINO, «Governabilidad». En N. BOBBIO et altri. *Diccionario de política. Suplemento*. Siglo XXI. Madrid. 1988; M. ALCANTARA. *Governabilidad, crisis y cambio*.

tándose a *recrear el equilibrio necesario para el desarrollo y progreso económico y social sobre una forma histórica de ordenación jurídica diferente*, aunque, como luego veremos, presenta una novedad menos radical de lo que parece inicialmente, sea en las reglas, sea en los principios, sea en las posibilidades de sistematización (7).

En cualquier caso, lo que resulta incuestionable es el carácter extraordinariamente móvil de la actual legislación de trabajo, la extremada dimensión instrumental del Derecho del Trabajo contemporáneo, el creciente relieve de los juicios de oportunidad o conveniencia, tanto del legislador en la producción de las normas como de los empresarios en la adopción de las decisiones de gestión de las relaciones de trabajo, así como el progresivo protagonismo adquirido por las diversas formas de arbitraje..., que según una generalizada opinión determinarían una auténtica «crisis» del Derecho del Trabajo, en paralelo a la advertencia de la propia «crisis» o «declinar» del sistema de Derecho en general (8), pero que, en nuestra opinión, más bien *anuncian la emersión de un nuevo tipo de racionalidad del Derecho a través de la progresiva consolidación de una diversa forma de la experiencia jurídica contemporánea* (9).

En esta dirección, en torno a la idea de la «governabilidad» podrían articularse una pluralidad de elementos que fundamentan un progresivo desarrollo de un nuevo sistema jurídico cuya percepción actual, ciertamente fragmentaria y no pacífica, conduciría a sustituir la tesis de la «crisis» por la transformación «evolutiva» del sistema jurídico en general, y del sistema jurídico del trabajo subordinado en particular, a través de un *repensamiento del «Derecho social» como forma actual de la experiencia jurídica, que más allá de la aparente oposición entre el «modelo clásico», basado en el Estado social también clásico y el nuevo modelo funcional, basado en el Derecho económico, encuentra una decisiva síntesis integradora en el Derecho positivo*. En definitiva, el «nuevo» Derecho del Trabajo propugnado por las leyes de reforma del «mercado de trabajo» que se vienen sucediendo aparece menos, en nuestra opinión, como un Derecho concurrente o competidor con el Derecho del Trabajo «clásico» que como un Derecho destinado a superponerse y a imbricarse con él, según un proceso del que trataremos de descubrir en esta sede su lógica. La inteligibilidad o principio de coherencia de este ordenamiento depende de ello.

(7) Diferente tanto a la propuesta por el «Estado liberal de Derecho» como aquella otra «forma histórica de ordenación jurídica» en general, e iuslaboral en particular, de tipo «unidireccional» propuesta, al menos en ciertas construcciones, por el «Estado social de Derecho». Para esta referencia a la apertura de una nueva «etapa de constitución de una nueva forma superadora que, por su novedad, aún es difícil de tipificar» *vid.* E. BORRAJO DACRUZ. *¿Reforma ... op.cit.* pág. 544.

(8) *Cfr.* al respecto las diversas intervenciones en el Coloquio de Goutelas sobre el tema «Crise et Droit» recogidas en *Rev. Procès*, número 6. 1980, y B. OPPETIT. «L'hypothèse du declin du droit». En *Crises dans le droit. Rev. Droits*, número 4. 1986. *Vid.* también J.J. GIL CREMADES. «La metodología del Derecho entre racionalidad formal y teoría crítica». En *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre las Relaciones Laborales* en Jaca. Universidad. Zaragoza. 1976. Más recientemente para la constatación de esta crisis del pensamiento sistemático en el Derecho, aunque con un intento de recuperación desde la teoría de sistemas *vid.* M. BARCELONA. «Su sistema e metodo». *Rivista critica de diritto privato*. 1990. Para esta referencia a la «crisis del Derecho clásico del Trabajo» *vid.* E. BORRAJO, *op.cit.*, pág. 544. Y para la ambivalencia de esta pretendida crisis *vid.* A. JEAMMAUD. *Droit du travail 1988: des retournements, plus que une crise*. Droit social. 1988, pág. 583 y ss.

(9) *Cfr.* al respecto F. EWALD. *L'Etat Providence*. Grasset. París. 1986.

Y es precisamente la verificación de esta proposición lo que va a constituir el objeto principal de esta investigación, para lo cual no sólo se tratará de individualizar la lógica o racionalidad del «nuevo» Derecho del Trabajo sino que, al mismo tiempo, será necesario contextualizarla en el principio de coherencia que inspira la propia evolución general del Derecho contemporáneo. Así, la idea de la emersión de un nuevo sistema jurídico permite una adecuada comprensión de dos de los procesos de renovación jurídica, plenamente convergentes e incluso interdependientes, más significativos que está viviendo nuevamente el Derecho del Trabajo contemporáneo: su repensamiento, según ya evidenciado por una «modernista» anticipación, como un *Derecho de empresa, gestional y racionalizador*, por un lado, y su reorganización en función del tipo de problema socio-económico a resolver de modo concreto, revelando el nacimiento de una nueva categoría histórica y sistemática, el *Derecho del empleo*.

2. La «governabilidad» como técnica específica de ejercicio del poder en la forma de la economía: ¿una inversión en vía «de hecho» del «orden» constitucional de valores?

Como ha reseñado una autorizada doctrina para sintetizar su «espíritu», la nueva legislación de reforma laboral vendría a reactivar las ideas fuerza o principios que quedaron «inhibidos» en la redacción técnica del originario Estatuto de los Trabajadores, rompiendo al mismo tiempo, y en buena medida, con los «principios tradicionales» que provocaron tal «inhibición», entre los que destaca el arraigo del principio de favor hacia el trabajador (10). En esta dirección de reajuste o de reorganización jurídicos, y sobre el telón de fondo de un Derecho privado que cada vez más se caracteriza por lógicas patrimoniales y productivistas, el «nuevo» Derecho del Trabajo propugnado por la legislación de reforma del «mercado de trabajo», se moldea no tanto (o no sólo) como mecanismo típico de tutela de un «contratante débil» sino más bien como instrumento de política económica dirigido a integrar las relaciones entre capital y trabajo en el contexto económico general (11). Un contexto o ambiente que, según un difundido convencimiento, se caracteriza por crisis no meramente coyunturales sino estructurales, impulsoras de radicales transformaciones en la configuración de los procesos económicos y sociales, que demandan «nuevas políticas... y nuevas reglas...» (12).

(10) Cfr. E. BORRAJO, *op. cit.*, pág. 546.

(11) Cfr. D'ANTONA *et altri*. *Il diritto del lavoro negli anni '80*. Napoli. 1988, pág. XIV. Pero ya anticipado por una genial intuición de otro de los maestros de nuestra disciplina, el prof. J. VIDA SORIA. *Esencia y existencia del Derecho del Trabajo*. 1975-1980, pág. 20 y ss. del ejemplar multicopiado, y, no nos cansaremos de repetir, lamentablemente todavía inédito.

(12) Cfr. E. BORRAJO DACRUZ. *Op. cit.* pág. 545, que viene así a sintonizar con una corriente de pensamiento económico en la que se integra la denominada escuela de la «regulación» (AGLIETTA. *Regulation et crise du capitalisme*. París. 1976; Aa. Vv. *La Flessibilità del lavoro in Europa*. Milano. 1987), según la cual los cambios globales en las principales dimensiones de las relaciones de producción en una dirección de flexibilidad se reconducen esencialmente a la crisis de aquel cuerpo institucional de leyes, reglamentos y convenios característicos de la regulación fordista. Cfr. MARIUCCI. *Le fonti del diritto del lavoro*. Torino. 1988, pág. 51 y ss.; D'ANTONA *et altri*. *Op. últim. cit.* pág. 16 y ss.; SALVATI. «Rapporto salariale e flessibilità. Ovvero: Teoria della Regolazione e Political Economy». En *Stato e mercato*. 1988.

En realidad, este cambio de rumbo del legislador laboral no es sino una emblemática manifestación de un fenómeno jurídico mucho más amplio y complejo de transformación evolutiva del entero sistema de Derecho contemporáneo: la presencia en sus bases más hondas de la economía. En efecto, esta incisiva introducción de la economía en los dominios de la política y del Derecho, cuyas raíces históricas y culturales son profundas, ha determinado la *transición progresiva entre dos tipos de racionalidad jurídica* (13): de la «soberanía» del Estado a la «governabilidad» (o gubernamentalidad) del Estado, que tiende hacia la «superación» del primero, no en el sentido de excluirlo totalmente y de declararlo definitivamente desaparecido, sino en su pretensión de exclusividad como sistema perennemente válido y solemnemente vinculante. *De lo que resultan dos maneras muy diversas de realizar el progreso económico y social (el «bien común» en nuestra tradición cultural): si el objetivo de la soberanía reside en el ejercicio del poder en la forma de la ética, el objetivo del gobierno («arte de gobernar») reside en el ejercicio del poder en la forma y según el modelo de la economía* (14).

La introducción de la economía en el seno mismo de las formas de ejercicio del poder político, por tanto, se convierte en el elemento determinante de la acción de gobierno. Mientras que el principio fundamental sobre el que gira la soberanía es mantener a ultranza el respeto al «orden» establecido conforme a las leyes impuestas por la «naturaleza de las cosas», ya sean de fuente «divina», ya provengan de la propia naturaleza, ya provengan del orden jurídico estatal, de ahí que su núcleo esencial venga constituido por una amplísima gama de mandatos y prohibiciones cuya observancia se refuerza con la imposición de rígidas «sanciones» (15), el principio jurídico sobre el que se articula la «governabilidad» de una sociedad compleja se identifica con la «recta disposición de las cosas», la manera justa de disponer las cosas para conducir las hacia el fin más conveniente para cada una de las cosas que hay que gobernar (16).

De esta manera, si la «esencia» de la soberanía es obtener el «bien común» a través de la estricta obediencia de los sujetos a las leyes preestablecidas, la «esencia» de la gobernabilidad se identifica, en cambio, en la búsqueda de la mejor manera de alcanzar una pluralidad de objetivos o finalidades específicas: mejorar la producción de la riqueza y optimizar los recursos; mantener e impulsar la competitividad de las organizaciones económicas y empresariales; racionalización de las energías y recursos; asegurar la transparencia y «correcto» funcionamiento de los diferentes mercados; procurar los medios de subsistencia de sus ciudadanos así como las relaciones de los hombres con los estados de necesidad; cuidar por adecuadas políticas de natalidad, etc. En definitiva, toda una serie de finalidades específicas se convierten en el objetivo mismo del Gobierno, y para alcanzarlas se

(13) Para su consideración como «fenómeno fundamental en la historia de Occidente» *cf.* M. FOUCAULT. «La gubernamentalidad». *Op. cit.* pág. 26. Para mostrar cómo ha aparecido esta racionalidad desde una amplísima perspectiva histórica *vid.* J. HILAIRE. *Introduction historique au droit commercial*. PUF. 1986, pág. 11 y ss.

(14) M. FOUCAULT. *Op. cit.* págs. 14-15.

(15) Para este Derecho «ordenancista» en la esfera de las relaciones de trabajo *vid.* E. BORRAJO. *El Estatuto de los trabajadores: puntos críticos*. EDERSA. Madrid. 1980, pág. 14 y ss.

(16) M. FOUCAULT. *Op. últim. cit.* pág. 17.

«dispondrán» -y es importante esta palabra «disponer» para entender la actual ordenación jurídica y económica de las relaciones de trabajo- las cosas a través de la utilización de las leyes como estrategias y técnicas de gestión y organización (17).

Desde esta perspectiva, la economía, en tanto que nivel o «sector» específico de la realidad y como «campo de intervención» para la acción de gobierno, representa una nueva forma de saber-poder destinada a servir de fuente de emersión de una diversa manera de concebir las relaciones de las personas con las cosas de la naturaleza -recursos, riquezas, medios de subsistencia, territorios...- y con las demás personas, suministrando el paradigma contemporáneo de la ordenación de las relaciones de intercambio. En consecuencia, el principio de gobernabilidad es una forma específica -aunque muy compleja- de poder, que tiene por «blanco» o fin objetivo la «población», es decir, una creciente gama de intereses colectivos de diverso tipo, aunque todos surgidos alrededor de distintas actividades y finalidades económicas, por forma principal de saber la «economía política», que aparece como ciencia y como técnica de intervención del Gobierno en este campo de la realidad, y por instrumentos técnicos esenciales los «dispositivos de seguridad», cuya formación es contemporánea al «arte de gobierno» y que podría denominarse, en el viejo sentido del término, «policía» económica y social, o, en el actual momento evolutivo, órganos de control colectivo, ya sean de tipo público ya sean de tipo social (18).

De este modo, si buena parte de los objetivos perseguidos hoy por el legislador se extraen de modo directo e inmediato de las diversas políticas de gobierno, parece posible concluir que la economía política *se convierte ahora ya en la forma principal de saber que apoya la existencia e impulsa el desarrollo sistemático del Derecho contemporáneo, inspirado fundamentalmente en el arte de gobernar*. Pero aceptar esta observación -que, como veremos, viene impuesta con la mera lectura de las diferentes normativas promulgadas en los últimos tiempos en nuestro país, como en general en los ordenamientos europeos occidentales- no implica sólo aceptar que la economía es el objeto del Derecho, limitándose las relaciones entre aquélla y éste a una simple orientación de la norma a describir las realidades económicas (definición funcional), sino que, además, la economía suministra buena parte de las finalidades que debe tener en cuenta el sistema jurídico, hasta determinar incluso su «racionalidad» (19). En este sentido, de particular interés ejemplificador presenta la Reforma del Impuesto sobre Sociedades, según la versión del Anteproyecto de Ley presentado a dictamen del CES, que coloca entre sus objetivos orientadores la «transparencia», la «eficacia» y la «competitividad» de las empresas, que adquiere *un valor básico como principio informador* de esta figura tributaria (20).

(17) *Ibidem* pág. 18, donde subraya el recurso a las leyes como «tácticas». Para la generalización de este fenómeno de instrumentalización de la ley al servicio de finalidades prácticas *vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *La atipicidad en Derecho de Sociedades*. Pórtico. 1976. *passim*. particularmente pág. 106 y ss.; 120 y ss.; 189 y ss.

(18) *Cfr.* M. FOUCAULT. *Op. cit.*, pág. 25.

(19) *Cfr.* para el Derecho francés M. HANNOUN. *Le Droit et les groupes de sociétés*. LGDJ. 1991, pág. 45 y ss., que también sigue plenamente el análisis de M. FOUCAULT.

(20) *Cfr.* Dictamen 2/1995, sesión del día 15 de febrero de 1995. Edic. CES. Colección Dictámenes, 1995, que reconoce en las «profundas transformaciones de la economía española, sobre todo a partir de su plena integración en el ámbito del Mercado Único y en la perspectiva futura de la Unión Económica y Monetaria... la primera y principal razón para la reforma del IS vigente». Pág. 6. Por tanto, la realidad económica no sólo es el factor impulsor de la reforma sino una de las ideas fuerza de la regulación.

Qué duda cabe de que una afirmación como ésta, según la cual de la economía política se deduciría un cierto número significativo de los principios fundamentales del sistema jurídico contemporáneo en general, y del trabajo subordinado en particular, debe encontrarse inmediatamente con una profunda integración con el *principio jurídico general positivizado en la norma constitucional a través de la cláusula del «Estado social»*, **absolutamente trascendental por su valor informador y conformador del entero ordenamiento jurídico** (art. 1.º 1 en relación al art. 9.º 1 de la CE), según un convencimiento lo suficientemente difundido como para requerir en estos momentos particulares justificaciones, pese a las recurrentes referencias a una pretendida crisis del Estado social de Derecho (21). En la imposibilidad de abrir un debate -por otra parte absolutamente necesario y urgente- al respecto, que sobrepasa el marco de este estudio, sí conviene dejar claro que este entendimiento de la economía política como nueva racionalidad jurídica, lejos de suponer, al menos necesariamente, una «inversión» del orden constitucional de valores del «Estado social», se dirige a la *confirmación definitiva del «Derecho social» como forma prevalente de la experiencia jurídica contemporánea* (22).

3. El «Derecho social» como forma de la experiencia jurídica contemporánea: del «asistencia-lismo» a la «transacción» entre función «distributiva» y «productiva» de recursos.

En realidad, si es cierto que a través de la noción de «governabilidad» se individualiza un punto de convergencia entre el modelo del «Estado liberal» y el modelo del «Estado social», no menos cierto es que revela al mismo tiempo que, por un lado, aquél era igualmente intervencionista y regulador, definiendo un propio «orden público económico liberal» (principio del *laissez faire* a través de la prohibición de organizar la economía, función de garantía de funcionamiento de las reglas del juego económico) (23) y contando con instrumentos al servicio del gobierno de la econo-

- (21) Para esta conexión con la crisis del Estado social de la crisis del Derecho del Trabajo, aunque refiriéndose al «clásico», vid. E. BORRAJO. *Op. últim. loc. cit.* Para un estado de la cuestión en los momentos más recientes, concluyendo cómo el «Estado de bienestar», por lo sorprendente que pueda parecer, «apenas si ha sido desmantelado», vid. M. ALCÁNTARA. *Gobernabilidad,...* op. cit, pág. 158.
- (22) Para una dirección crítica en el sentido de advertir esta inversión de la lógica del sistema de valores, en la línea de la reproposición de una «versión modernizada» del «bienestar económico nacional» -a su vez versión moderna del bien común-, ya en la crisis de mediados de los años 80, J. APARICIO-A. BAYLOS. Introducción a *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. I Jornadas de la Facultad de Derecho. UCM Madrid. 1984. Pág. XVII. Sin embargo, para un encuadramiento de la reforma actual en la línea de una crítica al Derecho social clásico unidireccional pero en plena armonía con otras ideas fuerza de la Constitución y en un sentido «bidireccional», repropone otra idea del prof. PÉREZ BOTIJA, «el principio de rendimiento», vid. E. BORRAJO, op. loc. últim. cit. Para la visión del «Derecho social» como forma actual del Derecho vid. F. EWALD. *L'Etat providence. Passim. op. cit.*
- (23) Las concepciones del «Estado Gendarme» y del «Estado Providencia» no traducen en definitiva más que una relación diferente del Derecho y de la economía, pero ambos son reguladores e intervencionistas. Así, los economistas parecen redescubrir en los momentos actuales la existencia de un intervencionismo de cuño liberal en base a medidas diversas, flexibles y selectivas. Vid. M. BELLON. *L'interventionisme libéral*. Económica. 1986. También para la existencia de un auténtico Derecho económico liberal, y para la sucesión de modelos pero en la continuidad de un mismo sistema A. ROJO. «El Derecho económico como categoría sistemática». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1980, pág. 249 y ss.

mía (soberanía individual de los derechos, pensamiento esencialista) y, por otro, el modelo social es expresión de una puesta en cuestión de este método de gobierno de la economía, incapaz de crear el equilibrio necesario para el progreso económico y social. Por tanto, en su finalidad, éste no es un modelo radicalmente concurrente con el liberal, sino una nueva manera de (re)crear las condiciones para hacer efectivo este progreso, que cuenta con un método más acabado cuya justificación se hace residir en la «objetividad» de la «ciencia» y en la «realidad económica».

En consecuencia, sólo partiendo del pluralismo de principios que puede -y debe- aplicar cualquier «análisis económico del Derecho», en el que se incluyen también aquellos principios inspirados en criterios redistributivos y no sólo en los estrictamente productivos, de la configuración de la economía como una técnica o como un método y no como una doctrina exclusiva y excluyente, así como del mantenimiento en todo caso de una esfera de autonomía axiológica de la ciencia jurídica, aunque siempre parcial y relativa, es como puede -y debe- afrontarse adecuadamente el hecho -plenamente verificable en la actual realidad jurídica española y europea- de que, de modo creciente, son las grandes categorías económicas las que inspiran profundamente el proceso de producción del Derecho contemporáneo: crecimiento, competitividad, empleo, estabilidad de los precios, consumo, recursos naturales y ambiente, racionalización de recursos, transparencia del mercado... Del mismo modo, las nociones de «eficacia», con sus corolarios de defensa del «valor de la productividad» o del principio de maximización de la riqueza (hoy constitucionalizados), «arbitrajes», «transacciones»... parece igualmente determinar los elementos estructurales del intercambio jurídico-mercantil, cuyo paradigma de movilidad se constituye hoy en el dominante incluso de las relaciones laborales. Las propias ideas fuerza de «interdependencia», «globalización», «solidaridad», «equilibrio» características del «Derecho social» contemporáneo, aparecen crecientemente inspirados en el cuadro de pensamiento suministrado por la economía política (24).

Conviene, pues, para una mejor comprensión de esta conceptualización de la economía política como saber sobre el que se articula el Derecho contemporáneo, evitando malentendidos y la construcción de fáciles maniqueos científicos sobre los que apoyar no menos fáciles críticas ideológicas, precisar las características fundamentales del principio de gobernabilidad (o, si se prefiere, «gubernamentalidad»), lo que nos permitirá concebir la posibilidad de una síntesis del Derecho positivo, más allá de la aparente oposición del «modelo clásico» inspirador del Derecho del Trabajo anterior a la reforma, por un lado, y del «modelo funcional» inspirador del Derecho del Trabajo propugnado por una legislación de reforma apoyada, como verificaremos más abajo, en la racionalidad dominante, a saber, el gobierno de la economía, por otro. Los dos aspectos fundamentales, que nece-

(24) De ahí que escape absolutamente a cualquier crítica de reduccionismo metodológico y de unilateralismo político, realizada a la corriente denominada «análisis económico del Derecho» cuyo modelo de economía política que lo inspira, que revitaliza la tradición liberal más pura, no puede confundirse en modo alguno con la proposición aquí realizada. Vid. para este tema y para una interesante crítica desde los postulados del Estado social. C. PAZ-ARES. *La Economía política como jurisprudencia racional*. Anuario Derecho Civil. 1981, pág. 602 y ss.

sariamente debemos exponer en esta sede sintéticamente, son: la «*policy*» (*policía*) económica y social, de una parte, la búsqueda de un nuevo equilibrio entre una multiplicidad de finalidades e intereses colectivos, de otra (25).

Por lo que respecta al primero, ya hemos tenido oportunidad de señalar cómo la gobernabilidad es una forma específica de poder-saber que tiene por objeto principal el concepto de «población». El protagonismo adquirido por este concepto de «población» revela uno de los elementos más trascendentales del gobierno de la economía: la *tendencia a crear nuevas categorías de intereses en función de la especificidad de las actividades económicas*. Lo que determina una percepción global de los sujetos destinatarios de las normas, que dejan de ser aprehendidos de forma individual y aislada, en sí mismos considerados, para ser percibidos a través de la referencia a finalidades, categorías e intereses económicos: ejemplo, consumidor, trabajador, inversor... Así, tales destinatarios no son ya considerados como sujeto abstracto sino a través de su «*actividad*», que adquiere una creciente autonomía conceptual y normativa, de modo que, como se ha hecho notar, la tendencia jurídica contemporánea se orienta a «considerar, de una parte, la actividad más que los bienes que le sirven de instrumento, de otra, la actividad más bien que el individuo» (26).

Además, esta introducción del concepto de «población» determina que los individuos, más que como «sujetos de Derecho», sean tratados más bien como «objetos» de una política económica y social: protección del ahorro y la inversión, protección de la competencia, protección del consumo, protección del empleo... Se explica, así, la posición central ocupada en la organización de los mercados, particularmente en el de valores, y en general en los mercados financieros y crediticios por los órganos administrativos de tutela y control. Ahora bien, esta tutela se asegura no tanto con vistas a realizar el objetivo del respeto a las leyes -obediencia a la ley propia del modelo de soberanía- sino más bien y sobre todo con vistas a proteger y promover el correcto ejercicio de las actividades, respondiendo principalmente a políticas económicas tendentes a desarrollar en condiciones de transparencia y eficacia los diferentes mercados en que se articulan aquellas actividades económicas («*need of protection*»): mercados de valores, financieros, libertad de competencia... (27).

- (25) Un reciente y significativo ejemplo de esta fundamentalidad de la búsqueda del equilibrio entre una pluralidad de objetivos de política económica y social, y por tanto de diferentes categorías de intereses, es la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sobre Arrendamientos Urbanos, tanto en lo relativo a los alquileres de vivienda como a los arrendamientos de locales de negocios, que coloca entre sus objetivos esenciales la transparencia y buen funcionamiento del mercado de viviendas y locales de negocios, así como el equilibrio entre los intereses de los arrendadores y los de los arrendatarios. Cfr. X. O'CALLAGHAN. Dir. 9. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos urbanos*. EDERSA. 1994. En realidad, el concepto de «policía jurídica», para hacer referencia a una experiencia jurídica que tiende a una visión práctica del Derecho, cuenta con una larga tradición. Vid. ya JOSSERAND. *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Editorial J.M. CAJICA. México. 1946, partic. págs. 250-251.
- (26) Cfr. BERTRAND. *L'esprit nouveau des lois civiles*. Económica. 1984, pág. 12. Para el relieve autónomo del concepto de actividad respecto del tradicional de sujeto vid. AULETTA. «Attività (diritto privato)». En *Enc. del dir. III*. Giuffrè. Milano. 1958, y más recientemente respecto de la empresa FERRO-LUZZI. «L'impresa». En Aa.Vv. *L'impresa*. Giuffrè. Milano.
- (27) Cfr. EWALD, *op. cit.* pág. 584, que pone de relieve cómo en un orden jurídico de tipo normativo el sujeto aparece a la vez constituido «como objeto de una observación perpetua, objeto de examen, sometido a un trabajo permanente de individualización», por lo que «el sujeto de derecho cede el sitio al trabajador, al consumidor, al profesional...». *Ibidem*, pág. 585. En el mismo sentido, aplicado a la realidad del tráfico jurídico mercantil contemporáneo vid. HANNOUN. *Le Droit et les groupes...* *op. cit.* pág. 42; MINERVINI. *Il controllo del mercato finanziario*, *op. cit.* pág. 16 y ss.; BOCHICCHIO. *Fattispecie soggettiva e disciplina...* *op. cit.* pág. 672 y ss.

En consecuencia, esta «policía» o *policy* (el término inglés expresa mejor la idea de objetivo a alcanzar que supone la acción de gobierno) económica y social tiene por finalidad fundamental la organización y gestión de una pluralidad creciente de intereses colectivos, lo que determina un protagonismo notorio de una diversidad de instancias normadoras, de carácter profesional y especializado, así como de instituciones representativas a través de las cuales se realiza principalmente el gobierno de las poblaciones contemporáneas, según un modelo policéntrico de la sociedad que no es sino el reflejo de las exigencias de gobernabilidad del «Estado social». Esta reflexión, que hace de las organizaciones capaces de expresar un interés colectivo la técnica privilegiada de gobierno del sistema, si resulta particularmente nítida con el renovado protagonismo adquirido por las instituciones de representación del personal, sindicales y unitarias, también es plenamente acertado extenderla a todas aquellas ramas del Derecho que traducen, no de manera neutral sino de forma finalizada, una política económica y social y que se ordenan en torno a actividades profesionales específicas: Derecho de los consumidores, Derecho al medio ambiente, Derecho de la competencia, incluso el Derecho de sociedades, el Derecho del Mercado de Valores... (28).

Ahora bien, dada la pluralidad de objetivos perseguidos, a veces altamente contradictorios, y dadas las ineludibles exigencias de integración de todos ellos para la «reproducción» del sistema, la búsqueda de una transacción equilibrada entre los mismos constituye, y no puede dudarse de ello, otro rasgo esencial. En esta dirección, dos son las categorías fundamentales que caracterizan el «Derecho social» como nueva forma del Derecho inspirada en el arte de gobernar: la *transacción* y el *equilibrio* (29). Precisamente, la noción de «transacción» permite aprehender de manera adecuada el intenso pragmatismo del Derecho contemporáneo, pues es intrínseco a este concepto la precariedad del acuerdo sobre el que se sustenta el «consenso», de ahí que sus términos deban constantemente ser revisados y retomados en función del cambio social y de las modificaciones de las relaciones de fuerza. Se explica, así, el carácter interdependiente y de «solidaridad» de las diferentes relaciones, dado el carácter «social» de la actividad económico-productiva, la dimensión conflictual de la sociedad y, consecuentemente, el reforzamiento del papel del legislador y de sus diferentes formas de intervención. La transacción, pues, aparece como rasgo esencial de una nueva manera de pensar el Derecho, aunque ya ha venido constituyendo un factor esencial de la caracterización técnico-jurídica y de política legislativa del Derecho del Trabajo, incluso «clásico» (30).

Ahora bien, en la medida en que no toda transacción puede ser aceptada por el orden jurídico, la lógica de esta nueva manera de pensar el Derecho, se hace residir en el criterio del equilibrio,

(28) Para esta necesidad de acudir a instrumentos de tutela colectiva frente al fenómeno de «masificación» del Derecho, en relación al Derecho de los consumidores, *vid.* G. ALPA. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Giuffrè. Milano. 1975, pág. 471 y ss.

(29) *Cfr.* EWALD. *L'Etat Providence* 24, *op. cit.* pág. 460 y ss. Para la trascendencia de estas categorías en las corrientes más sobresalientes de la economía política contemporánea, aunque en sentido crítico, *vid.* RULLANI. «La teoria dell'impresa nei processi di mondializzazione». *Democrazia e Diritto*, número 1. 1988, pág. 25 y ss.

(30) *Cfr.* GALIANA MORENO. «Sobre el carácter transaccional del Derecho del Trabajo». En *Estudios jurídicos en memoria del prof. BAYÓN*. Madrid. 1980.

que corresponde a *un nuevo tipo de juicio específico al «Derecho social» en general, y al Derecho del Trabajo en particular*. En primer lugar, con la noción de equilibrio se privilegia la idea de relación entre varios términos más bien que las cualidades intrínsecas, de ahí que el juicio de equilibrio sea mucho más un juicio social que moral. En segundo lugar, se trata de un juicio móvil, reenviando a un principio de relatividad generalizada de todos los valores. En tercer lugar, centra la atención en la idea de distribución, de reparto, modificando el razonamiento clásico asentado casi exclusivamente en términos de apropiación (contrato y propiedad) individual. Finalmente, y consecuentemente, la noción de equilibrio reenvía a la idea de balance y contrapeso, de modo que *el arte del juicio de equilibrio aparece básicamente como un arte de las compensaciones* (31).

Ahora bien, la búsqueda de este equilibrio resulta particularmente compleja y delicada en los momentos actuales en la medida en que buena parte del «éxito» de las nuevas realidades económicas depende directamente del desequilibrio creado en relación a las formas jurídicas. El problema, pues, no reside tanto en denunciar la ficción e inadaptación de las formas jurídicas, ya sean contractuales (p. ej., los nuevos contratos de adhesión) y propietarias (p. ej., forma democrática de la sociedad anónima, autonomía de las filiales de un grupo, el carácter unipersonal de las sociedades de responsabilidad limitada), a partir de su práctica real, sino más bien en individualizar el mecanismo a través del cual el orden jurídico recibe, de forma condicionada y en cada caso concreto, el orden económico manteniendo este desequilibrio o «divorcio» como expresión de una función útil para el desarrollo de las fuerzas productivas, es decir, como respuesta eficaz a las necesidades creadas por «imperativos extrajurídicos» (económicos, tecnológicos) (32).

El indispensable equilibrio a buscar permanentemente se centra en la ponderación en cada caso del interés vinculado al desequilibrio -respuesta útil a las exigencias impuestas por el mercado y la empresa- y aquel otro vinculado al respeto del equilibrio anterior -protección de las diferentes categorías de intereses subjetivos implicadas-. El «arte del gobierno», como nueva forma de elaborar el Derecho correspondiente a la forma específica de saber y de poder propia de la economía política, deja transparentar, por un lado, la «ambivalencia» de la regla jurídica, que forma parte al mismo tiempo del orden económico en cuanto instrumento de recepción de las prácticas económicas y empresariales, y por otro, y consecuentemente, el juicio general que anima la búsqueda de aquel equilibrio entre dos funciones, a primera vista, contradictorias, la «función productiva» y la

(31) Cfr. EWALD, 1986, pág. 471.

(32) Desde esta perspectiva, el «divorcio» comúnmente afirmado entre el «hecho» -realidad económica- y el «derecho» -realidad jurídica- no constituiría nada más que el modo en que la práctica utiliza las formas jurídicas, que en sus nuevas funciones aparecen siempre adaptadas a las realidades. Cfr. E. RULLANI. «Dai gruppi alle reti: le istituzioni economiche dell'anomalia». En Aa.Vv. *Gruppi di imprese e nuove regole*. F. Angeli. Milano. 1991, pág. 133 y ss. Y en el ámbito del Derecho de sociedades se entiende la generalizada visión de la sociedad de responsabilidad limitada de socio único como una figura anómala desde el punto de vista sustancial, pero sin embargo ha sido recibida por los legisladores europeos, incluido en fechas recientes por el ordenamiento jurídico español, a raíz de la aparición de la XII Directiva reforzando las tradicionales normas del Derecho de sociedades común, en orden a la publicidad y formalización de las decisiones tomadas por la junta -unipersonal-.

«función distributiva»: el *progreso económico y social*, que coloca entre sus condiciones esenciales de efectividad tanto la «eficacia económica» como la protección de diferentes sectores de intereses externos (33).

Desde esta perspectiva, la norma jurídica, lejos de salir «devaluada» en los momentos actuales vendría a vivir -pese a un generalizado juicio en contrario- un nuevo proceso de revalorización en su papel mediador e integrador de los conflictos sociales, hoy múltiples, crecientes e intensificados, en la medida en que, entendida como un medio artificial (una ficción) determinado intersubjetivamente por el cuerpo social, se configura como el principio de base del «Derecho social» que permite obtener la objetividad del juicio jurídico, asegurando las funciones básicas que tradicionalmente había cumplido la «regla de justicia» del orden jurídico clásico. En consecuencia, la norma es la forma que toma esta regla de justicia en la edad del Derecho social, cuando esta justicia se transforma en justicia social, ocupando la misma posición que en otro tiempo han ocupado la noción de «bien común», en el Derecho natural clásico, y el principio de igualdad formal (que es otra ficción), en el Derecho natural moderno (34). Así, a las tradicionales visiones negativas, catastrofistas y «reaccionarias» de los actuales movimientos transformadores del orden jurídico, particularmente visibles en la reciente doctrina iuslaboralista, opone una visión positiva que lejos de certificar la defunción del Derecho en general, y del Derecho del Trabajo en particular, constata el desarrollo de un nuevo sistema jurídico (35).

Precisamente, y en la medida en que un adecuado planteamiento de esta cuestión reenvía a un problema de la «racionalidad política» que soporta un orden jurídico de tipo normativo, es decir, al tipo de relación saber-poder sobre el que se articula, es posible pensar en la economía política como base fundamental de un nuevo sistema jurídico. Más aún: en la medida en que se ha visto el progresivo desplazamiento, aunque no exclusivo ni excluyente, de la ética como forma principal de saber de las sociedades modernas -y claramente de la religión como forma de saber principal de las sociedades antiguas-, y puesto que el Derecho natural moderno, frente al sentido adquirido por el Derecho natural clásico, se ha entendido como un factor de transición, también relativa y parcial, de una racionalidad -la soberanía- a otra -la gobernabilidad-, una recién-

(33) Para esta creciente ambivalencia y carácter «compromisorio» o transaccional del Derecho del Trabajo, en cuanto derecho «distributivo» pero también «derecho de la producción, es decir, una disciplina de los papeles y de las modalidades de producir en una sociedad industrial», vid. F. CARINCI *et alri*. *Il sistema giuridico italiano. Diritto del lavoro. 2. Il Rapporto di lavoro subordinato*. UTET. Torino. 3.ª edic. 1994, pág. 5.

(34) Cfr. EWALD. *L'Etat Providence, op. cit.* pág. 583 y ss.

(35) *Ibidem*. pág. 588 y ss. Cfr. para este juicio crítico J.P. HENRY. «Vers la fin de l'Etat de droit?». *Rev. droit pubb.* 1977, pág. 1.207. Esta referencia a la «muerte del Derecho del Trabajo» ha adquirido también cierto predicamento en la doctrina iuslaboralista. Cfr. EWING. «The Death of labour law?». *Oxford Journal of Legal Studies*, número 8. 1988, pág. 293. Para un balance crítico de este juicio, hoy agudizado en nuestro país tras la reforma, vid. SUPIOT. *Porquoi un droit du Travail? Droit Social*. 1990, pág. 485 y ss.

te doctrina ha llegado a configurar el Derecho social como un «*Derecho natural económico*» (36), es decir, como un Derecho natural contemporáneo que, liberado del dogmatismo de su tradicional racionalidad religiosa y/o moral, sustituye la abstracción por la observación de las realidades concretas, la universalidad por la historicidad, pasando de los conceptos ontológicos a los conceptos función, y a la preocupación por obtener la obediencia a ultranza de las leyes el objetivo de ofrecer la mejor disposición posible de las «cosas», al objeto de solucionar adecuadamente los concretos problemas económicos y sociales.

4. La verificación del principio de gobernabilidad en el Derecho Positivo del Trabajo tras la reforma legislativa: reseña de las principales manifestaciones.

En cualquier caso, lo que resulta incontrovertible, según creemos haber acreditado, es que el principio de gobernabilidad de la economía conduce a sustituir la idea de «crisis» del Derecho del Trabajo por la emersión de un nuevo sistema jurídico del trabajo subordinado, que lejos de oponerse radicalmente -y por tanto lejos de propugnar su sustitución- al «modelo clásico» vendría a realizar una síntesis *de iure condito* o *lege data* entre éste y el nuevo modelo inspirado en el «Derecho económico», como racionalidad que atraviesa diagonalmente el entero sistema jurídico contemporáneo, precisamente a través de la recuperación de la lógica compromisoria o transaccional y de equilibrio del «Derecho social» -noción que excedería hoy ampliamente el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-. En este sentido, a través de este entendimiento de la presunta crisis del Derecho del Trabajo como expresión de una transformación evolutiva del mismo, por tanto interna a un mismo sistema jurídico, es posible encontrar una adecuada comprensión de las innovaciones legislativas recientemente introducidas, de los caracteres actuales de esta rama jurídica y de las manifestaciones más relevantes, también en el plano de su aplicación judicial, de estos movimientos de cambio (37). Nos limitaremos aquí a reseñar los datos más ilustrativos de la veracidad de nuestras afirmaciones.

(36) Cfr. HANNOUN, *op. cit.* pág. 46. Sin embargo, la referencia al orden económico como una realidad natural no es nueva, puesto que éste ha sido el entendimiento clásico del pensamiento liberal. Para una atinada crítica de esta consideración del orden económico como orden natural, por las consecuencias formalistas que ello generaba en el análisis de la norma jurídica, *vid.* MENGONI. *Diritto e Valori*. Il Mulino. Bologna. 1985. Ahora bien, no debe confundirse una y otra versión, en la medida en que la reciente propuesta, aun partiendo de la utilidad del análisis formal para el desarrollo económico, acepta la integración del análisis jurídico con una perspectiva material o sustancialista, desconociendo las formas cuando así lo exija la prioridad otorgada por la norma al interés protegido por encima de la forma. Cfr. HANNOUN, *op. cit.* pág. 199 y ss. También esta referencia al término *ius naturale sociale oeconomicum* aparece en la doctrina alemana del Derecho natural del siglo XVIII. Cfr. A. ROJO. «El Derecho económico como categoría sistemática». *RGLJ*. número 3. 1980, pág. 265. Además, esta comparación del Derecho económico como tendencia cultural que tiene en lo económico el punto de referencia normativa, con el mismo título que la doctrina del Derecho natural moderno lo tuvo en la «naturaleza de las cosas», ya aparece en una concepción doctrinal para la cual el Derecho económico es la expresión del «espíritu de la época» (*Zeitgeis*). Para la crítica de esta orientación *vid.* A. ROJO, *Ibidem*, pág. 268.

(37) En el fondo, creo que ésta es la idea fuerza presente en el interesantísimo trabajo del prof. E. BORRAJO. *¿Reforma laboral o nuevo Derecho... op. cit. passim*, aunque aluda a este movimiento evolutivo como «giro copernicano» que «si se consolida y desarrolla sistemáticamente conducirá, en buena medida, a la elaboración de un nuevo Derecho del Trabajo». *Ibidem*, pág. 544. A un primer intento de desarrollar esta trascendental intuición, en la limitada medida de nuestras posibilidades, dedicamos este trabajo de investigación.

En primer lugar, que las grandes categorías forjadas en un marco de pensamiento suministrado por la economía política están inspirando la entera reforma del «mercado de trabajo» no creo necesite particulares justificaciones. Una simple lectura de las diversas Exposiciones de Motivos de las normas recientemente aprobadas, así como de sus artículos más señeros (arts. 33.8, 40, 41, 51, 83.3 del ET, entre otros, en la redacción del R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo), ponen de relieve la plena recepción de los objetivos de una política económica en la que competitividad, estabilidad económica, racionalización de los «costos», optimización de recursos... determinar los principios informadores fundamentales y decisorios de una renovación legislativa, hasta el punto de que, los mismos «políticos-sociales está aceptando -y es un dato altamente significativo- el uso generalizado de la expresión "mercado de trabajo", hecho absolutamente insólito...» (38).

En segundo lugar, la propia noción de transacción y la misma idea de «governabilidad» permite explicar la formación fundamentalmente convencional del nuevo Derecho del Trabajo, puesto que en esta nueva experiencia jurídica se fomenta o impulsa los modelos de conducción jurídica de las conductas que buscan asociar o conciliar la dirección autónoma a la dirección heterónoma, reservando un amplio margen de actuación a la iniciativa de los «governados» a través de sus organizaciones representativas e instrumentos negociales. En consecuencia, este hecho nuevo ofrecido por la evolución general de la técnica jurídica vendría a apoyar uno de los más destacados movimientos de fondo en la organización del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo contemporáneo, caracterizado por el repliegue del papel «dirigista» de la ley y el refuerzo de la autonomía colectiva, a través del recurso a una pluralidad de técnicas o instrumentos «normativos» de tipo convencional (p. ej., la revitalización de los acuerdos colectivos de empresa como manifestación de una diversificación del concepto legislativo de convenio colectivo -sobre todo arts. 41, 82.3 del ET-, en aras de un mayor desarrollo del concepto plural consentido por el art. 37 de la CE) (39).

En tercer lugar, a partir de la noción de gobernabilidad, es posible comprender mejor los caracteres de flexibilidad y pragmatismo de las nuevas normas laborales, particularmente expresados en el proceso de multiplicación de nociones funcionales, por lo tanto, relativas y evolutivas [p. ej., el concepto de despido colectivo *ex* art. 51 en relación al art. 52 c) del ET; el concepto de «empresario-empleador» *ex* art. 1.º 2..., así como del concepto de «empresa» *ex* arts. 1.º 1, 41, 51 en relación al art. 44... del ET], y de diversificación de las tutelas en el interior del mismo universo del trabajo subordinado, a través de una articulada pluralidad de reglas introducidas con la más reciente legislación de la flexibilidad en base a diferentes criterios, entre los que adquieren un creciente relieve la dimensión

(38) *Ibidem*. pág. 545.

(39) Para este reforzamiento del papel de los modelos de dirección autónoma, por tanto no «autoritarios» -según el modelo de soberanía- de las conductas, en el plano general, P. AMSELEK. «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales». *RDP*. 1982, pág. 275. Para esta revisión en las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo en el sentido de un «repliegue de la norma estatal en beneficio del pacto colectivo», que se «diversifica y se acepta en sus diversas modalidades...» *vid.* E. BORRAJO, *op. cit.* pág. 547. En este mismo sentido, aunque más crítico, *vid.* R. ESCUDERO. «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa». En VALDES DAL-RÉ. (Coord.). *La Reforma de Mercado Laboral*. Lex Nova. 1994, pág. 39 y ss.

de la empresa y los objetivos concretos perseguidos por el legislador (40). En consecuencia, la quiebra de la imagen unitaria de la subordinación, en base a la aparición de una pluralidad de tipologías normativas de la relación de trabajo, y de la tendencia a configurar un sistema de garantías uniformes y de aplicación universal, se muestra en plena sintonía con el fenómeno de diversificación que está conociendo el Derecho en general, a través de la multiplicación de reglas especiales (41).

En cuarto lugar, el carácter relativo y móvil del juicio de equilibrio característico del Derecho social, que permite al Derecho adaptarse permanentemente al cambio histórico, a la evolución social, de modo que, en esta perspectiva, una misma realidad material puede ser valorada, según las diversas circunstancias, de forma negativa (como un mal reprochable y sancionable) o de forma positiva (como un bien a impulsar y regular), suministra una adecuada explicación de la definitiva legalización de las Empresas de Trabajo Temporal, que de otra manera vendría considerada como una anomalía profunda de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto «conmueve hasta los cimientos de la dogmática del contrato de trabajo, dogmática que... ha influido decisivamente el Derecho positivo» (42). De esta manera, el conflicto que esta legalización suscita entre los intereses empresariales y los de los trabajadores «puestos a disposición» permanente, que van «de mano en mano», es interiorizado por el Derecho del Trabajo, convirtiéndolo en un elemento de su técnica. De ahí el cambio de orientación: no se dirige tanto a decir lo que es o no lícito, lo que está o no permitido, sino que trata de equilibrar un conflicto entre intereses considerados ahora igualmente legítimos. Precisamente, esta vocación a conciliar exigencias consideradas todas ellas legítimas y permitidas es una característica esencial del Derecho contemporáneo.

De esta manera, este trascendental cambio de actitud del legislador ante esta forma organizada de cesión de trabajadores, es decir, una forma indirecta de gestión de las relaciones de trabajo, sólo encuentra adecuada comprensión en el nuevo paradigma de juridicidad propuesto por el modelo del gobierno de la economía, orientado a dar la respuesta más adecuada a un problema económico en un momento concreto, y no en el de la soberanía, basado en la confianza del legislador de mutar las dinámicas económicas para adaptarlas a las leyes preestablecidas. Por tanto, según una nueva racionalidad, que encuentra también plena confirmación en la más reciente legislación del Derecho de sociedades «clásico», que viene a recibir legalmente la figura de las sociedades unipersonales de

-
- (40) Ej. duración del período de prueba -art. 14 del ET-; responsabilidad directa del FOGASA por despidos económicos -art. 33.8 del ET-; régimen del período de consultas en caso de traslado -art. 40 del ET-; régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo -art. 41.2 párr. 4-; diversificación del régimen de los despidos por causas económicas en función de la dimensión de la empresa -art. 51.1 del ET-
- (41) Que es una característica específica del Derecho económico puede verse en FARJAT. *Droit économique*. 2.ª edic. 1982, pág. 62 y ss., y en general, de la general manera de producir el Derecho en N. IRTI. *L'età della decodificazione*. 3.ª edic. 1989.
- (42) Cfr. M. GARCÍA FERNÁNDEZ. «Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos». *AL* número 34. 1994, pág. 542. Para un estudio monográfico de los múltiples problemas que esta normativa introduce *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *Las empresas de trabajo temporal*. Tirant lo Blanch. 1994. Como es sabido, la Ley 14/1994 ha sido desarrollada reglamentariamente por el R.D. 4/1995, de 13 de enero. También aparece recogido en el artículo 43.1 del ET según la redacción del R.D. Legislativo 1/1995.

responsabilidad limitada, pese a haber sido considerada por nuestra mejor doctrina como una «deformación teórica», desde el punto de vista técnico, e «inadmisible», desde el punto de vista de la «justicia», porque «vendría descaradamente a legalizar el fraude» (43). En la lógica del «Derecho social», sin embargo, el principio de sanción de un comportamiento no residiría en un juicio sobre su valor intrínseco (juicio moral o ético), sino en relación a otros valores (juicio económico o de normalización social), por lo que para la norma social no habría «hecho normal o patológico en sí mismo considerado. La anomalía o la mutación no son en sí mismo patológicas. Expresan otras normas de vida posibles... Su normalidad vendrá de su normatividad» (44).

En quinto lugar, y en este mismo marco evolutivo de la actitud del Derecho del Trabajo respecto del fenómeno más general de la «descentralización productiva», es precisamente aparte de una de las características más visibles del principio jurídico derivado del modelo de gobierno de la economía, el sacrificio de la coherencia formal del sistema jurídico a la necesidad de adaptarse permanentemente a las realidades económicas, que pueden entenderse adecuadamente los procesos jurídicos de normalización social de la actividad de cesión de trabajadores, a través de determinadas prácticas o modalidades de cesión de trabajadores no reconducibles siempre y en todo caso a las Empresas de Trabajo Temporal que, materialmente incluíbles bajo la órbita prohibitiva del artículo 43 -redacción originaria-, eran excluidas por los Tribunales del mismo, en aras de la protección de determinadas exigencias empresariales e imperativos de mercado (45). Particular interés tiene en este sentido, dada la enorme difusión en el actual tráfico jurídico, la normalización jurisprudencial de las prácticas circulatorias en el seno de las empresas de grupo (empresas colectivas articuladas), considerando legítimas conductas que en otros contextos -fuera de la exigencia funcional a una política organizativa unitaria de grupo- estarían vedadas, dadas sus «patentes» análogas con el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (46).

Precisamente, la observación del Derecho regulador de los grupos de empresas, que efectivamente existe y se desarrolla progresivamente -pese a un difundido convencimiento en contrario-, aunque ofrece una imagen bastante diversa de aquel estatuto «orgánico» o de conjunto que se espe-

(43) Cfr. F. DE CASTRO. *La persona jurídica*. Civitas. 1984, pág. 38. Para una diferente valoración a raíz del cambio del sistema económico y del cambio legislativo en los ordenamientos europeos vid. J. DUQUE DOMÍNGUEZ. *La duodécima directiva...* RDBB. 1991.

(44) Cfr. G. CANGUILHEM. *Le Normal et le pathologique*. París. 1966, pág. 91, cit. por F. EWALD, *op. cit.* pág. 592. También vid. E. RULLANI. *Dai gruppi alle reti...* *op. cit.* pág. 140.

(45) Cfr. para las diferentes orientaciones jurisprudenciales antes de la reforma, así como para la justificación de una mayor permisividad del legislador en orden a otro tipo de modalidades de cesión evidenciadas en la práctica no exactamente reconducibles a las Empresas de Trabajo Temporal ahora permitidas, y para los posibles obstáculos a una interpretación flexible de la normativa de la Ley 10/1994 -ahora recogida en el nuevo art. 43 del ET- vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*. MTSS. Madrid. 1992, *passim*. Para el previsible «endurecimiento» de las condiciones de uso del artículo 42 del ET tras la legalización de las Empresas de Trabajo Temporal y la necesidad de «canalizar estos servicios en la modalidad que tipológicamente les corresponde, que no es otra que la de puesta a disposición» vid. M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 542.

(46) Cfr. STS 26-11-1990 o, en el plano de las relaciones colectivas, la STS 27-6-1994, respecto a la legitimación negocial de las representaciones unitarias en estos ámbitos pese a la formulación literal del artículo 87 del ET.

raba -cuya ausencia todavía hoy se seguiría lamentando profundamente-, constituye un punto de vista privilegiado para cualquier reflexión sobre el sentido evolutivo del Derecho del Trabajo, y en general sobre el Derecho contemporáneo, en la medida en que aquél se viene articulando sobre el mismo principio de coherencia que inspira el conjunto de éstos: la búsqueda de un equilibrio entre la promoción del interés de grupo, reconociendo la legitimidad del ejercicio de un poder de dirección unitaria, por un lado, y la protección de las diversas categorías de intereses subjetivos implicados en diverso modo en la empresa, entre ellos los propios de los trabajadores, sometiendo el ejercicio de tal poder a un sistema de límites y limitaciones en contemplación y ponderación de estos intereses. Un adecuado planteamiento de las transformaciones de fondo del Derecho en general y del Derecho del Trabajo en particular, por tanto, permite reinterpretar o reelaborar el entero Derecho de los grupos, todavía hoy carente de una adecuada comprensión en términos jurídicamente significativos, encontrando una adecuada vía de salida a la situación de *impasse* en la construcción conceptual y en la argumentación normativa en que se encuentra (47).

En esta dirección, no por casualidad, el problema de fondo de la entera disciplina de los grupos reside en el *paso de un equilibrio de intereses*, organizado por el Derecho clásico de las sociedades inspirado en una sociedad autónoma y aislada, a otro *equilibrio diverso*, organizado por un moderno Derecho societario inspirado en la realidad organizativa de la empresa compleja y articulada, compuesta por sociedades cuya «soberanía» aparece ampliamente limitada y vinculada. Así, la generalizada referencia al «divorcio» entre la realidad jurídica y la realidad económica, una vez más sería la manera en que la práctica utiliza las formas jurídicas, por lo que el equilibrio debe encontrarse entre dos tendencias opuestas que encuentra una unidad de juicio en la garantía de las condiciones para el progreso económico y social. En esta óptica, se explica el apoyo jurídico a los procesos de flexibilización empresarial inducidos por tales estrategias, al consentir la creación de un mercado interno de trabajo, potencialmente idóneo para compensar las múltiples necesidades de la organización global, secundando normativamente prácticas de movilidad y modelos de negociación que equilibren las exigencias de flexibilidad en la gestión de las relaciones de trabajo con su vinculación a una estructura organizativa más amplia (48).

En definitiva, es la entera problemática de la figura del empresario-empileador, así como, en vía paralela, de la empresa, en el Derecho del Trabajo que puede ser ampliamente revisada a partir

(47) Como se ha observado recientemente, la búsqueda del equilibrio entre el interés de grupo y los intereses externos se orienta en la ponderación del interés vinculado al desequilibrio creado por la situación de grupo y el vinculado al respeto del equilibrio normativo e institucional anterior. De ahí que se concluya en la imposibilidad de que el Derecho de los grupos pueda organizar un equilibrio duradero a través de una construcción de conjunto como sucedió para las sociedades mercantiles autónomas, por lo que el equilibrio será puntual y móvil. Vid. CH. HANNOUN. *Le Droit et les groupes...* op. cit, pág. 38. Que la búsqueda del equilibrio constituye un rasgo esencial de la reflexión clásica y actual sobre el Derecho de los grupos de sociedades aparece como un lugar común en la doctrina que se viene ocupando del tema. Vid. por todos J.M. EMBID IRUJO. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*. Min. Just. 1987, pág. 29.

(48) Sobre la capacidad del grupo de maximizar la flexibilidad, interna y externa, de la iniciativa empresarial, pero, al mismo tiempo, sobre las posibles rigideces inducidas por su actuación como único corporate actor, vid. STREECK. «La gestione dell'incertezza e l'incertezza dei managers: imprenditori, relazioni sindacali e riequilibrio industriale nella crisi». En BALGIONI-SQUARZONI (a cargo de). *Stato, politica economica e relazioni industriali in Europa*. F. Angeli. Milano. 1987, pág. 252 y ss.; VARDARO. «Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali». *Giornale Diritto lavoro e delle relazioni industriali*. 1988, pág. 228 y ss.

de estas reflexiones sobre la nueva racionalidad subyacente al sistema jurídico, en especial del trabajo subordinado, recuperando buena parte del proceso de vaciamiento de los rasgos tipológicos y normativos de tal concepto en esta rama jurídica, que ha desembocado en el extremado reduccionismo -y por tanto falseamiento e incomprensión jurídicos- en la manera tradicional de aproximarse iuslaboralmente a esta figura clave -a la par del trabajador- del Derecho del Trabajo contemporáneo. Precisamente, a estos efectos, la actual tendencia a percibir a los sujetos no de modo abstracto sino en atención a finalidades e intereses económicos, así como a dotar de una creciente autonomía conceptual y normativa a la noción de «actividad», resulta de enorme utilidad para este proceso de obligada y urgente revisión. Haremos alguna consideración más en el próximo epígrafe relativo a la configuración de éste como un Derecho de empresa.

Finalmente, la indicada introducción del concepto de «población» en el Derecho, impulsando una amplia tendencia a la «masificación» o «socialización» del mismo, además de ser la fuente de emersión de una creciente gama de categorías de intereses colectivos agrupados en torno a específicas actividades económicas y profesionales, tal introducción conduce a multiplicar las discriminaciones formales entre los diferentes individuos en beneficio de una búsqueda de la igualdad efectiva entre grupos (49). Pues bien, desde esta búsqueda prioritaria de la igualdad efectiva o concreta, de individuos y grupos, que contrariamente a la igualdad formal supone identificar individuos diferenciados y contradictorios, cada uno con sus propias circunstancias y condiciones personales, sociales y profesionales, se puede entender la intensificación en la más reciente legislación del conocido *proceso de diversificación del concepto de «trabajador asalariado» como «clase» o «grupo social» homogéneo*, apareciendo crecientemente fragmentado o «segmentado» en una pluralidad de «colectivos» o «grupos» de trabajadores diferenciados (50).

Igualmente encuentra aquí adecuada explicación el paralelo incremento de las denominadas «acciones» o «discriminaciones positivas» a favor de aquellos grupos o categorías que necesitan de particulares medidas «compensadoras» de sus desigualdades de hecho, tanto en el acceso al empleo como en determinadas condiciones de trabajo (p. ej., amplio catálogo de acciones especiales en protección del colectivo femenino, preferencias de empleo, trabajadores jóvenes, trabajadores maduros o «experimentados», etc.), tratando en todos estos casos de hacer efectivo el principio de igualdad en sus múltiples manifestaciones. Nos referiremos a esta cuestión en la óptica de la política de protección del empleo, ahora basta con poner de relieve cómo esta búsqueda de la igualdad concreta y efectiva (art. 9.º 2 de la CE), si está destinada a eliminar diferentes tensiones sociales también está impregnada de una contradicción interna, generando nuevos conflictos e incurriendo en el riesgo inverso de «restaurar un orden desigualitario o de instaurar un sistema social donde toda libertad

(49) Cfr. F. EWALD, *op. cit.*, pág. 585 y ss.

(50) Que son «objeto» de medidas y acciones específicas e incluso, en ocasiones, de estatutos reguladores singulares en función de múltiples criterios -sector de actividad, modalidad de contrato, tipo de trabajo, cualidad del empleador, lugar de trabajo... Hace referencia al «doble proceso» de expansión del Derecho del Trabajo hacia la totalidad de la «población asalariada» (la cursiva es nuestra), por un lado, y «como consecuencia directa de lo anterior, de diversificación...», A. MONTOYA. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. 15.ª edic. 1994.

habría sido proscrita» (51). En cualquier caso, lo cierto es que la indicada transición de la soberanía individual de los derechos al modelo de gobierno de la población consiste en explicar el proceso de diversificación del trabajador en diferentes categorías, pasando del objetivo de la igualdad formal al de la igualdad efectiva o concreta -al menos en línea de principio o de justificación teórica-.

Llegados a este punto, aunque ciertamente la enumeración de casos particulares podría proseguir casi indefinidamente, a lo largo y ancho de la nueva normativa, extendiéndose el análisis incluso a trascendentales reformas normativas, positivas y programadas, en materia de Seguridad Social, creemos que los indicados resultan lo suficientemente indicativos para verificar la observación de partida: el ejercicio del poder en la forma de la economía, según el principio de gobernabilidad, permite sustituir la hipótesis de la «crisis» del Derecho «clásico» del Trabajo por aquella otra de su transformación evolutiva, dejando emerger un nuevo sistema del trabajo subordinado, en estos momentos perceptible de modo fragmentario y no unívoco, pero en cualquier caso nítidamente, en que se realiza una síntesis del modelo precedente a la reforma con el nuevo propugnado por el legislador «reformista». Una síntesis que más que autorizar una lectura «superadora» del modelo social del gobierno de la economía postula su más plena revitalización, corrigiendo la visión unilateralista o unidireccional que ha venido dominando la construcción jurídica -y política- (al menos según algunos) en base a una recuperación de la dimensión transaccional o de la ambivalencia originarias de este modelo (52).

En realidad, ignorar de uno u otro modo esta «obvia verdad», como se ha dicho por un autorizado sector doctrinal, implica una auténtica «corrupción» de la lógica global del Derecho del Trabajo en una mera «lógica asistencialista», de todo punto desconectada con la auténtica realidad de las relaciones de producción (53). En consecuencia, desde esta reactivación del carácter ambivalente y transaccional o compromisorio del Derecho del Trabajo propugnado por la reforma, nos proponemos confirmar la influencia de este nuevo tipo de racionalidad, el gobierno de la economía, en el plano de los nuevos principios fundamentales inspiradores de la existencia y desarrollo sistemáticos del «nuevo» Derecho del Trabajo, y que se desprenden básicamente de esa forma de saber sobre la que se articula el Derecho contemporáneo, a saber, la economía política: EL PRINCIPIO DE FAVOR HACIA LA GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN RACIONAL DE LA EMPRESA, por un lado, EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y FOMENTO DE LOS NIVELES DE EMPLEO, por otro.

Pero previamente resulta absolutamente necesario hacer una breve referencia a las recientes transformaciones del marco normativo e institucional que permitirá el desarrollo de un nuevo

(51) Cfr. G. CORNU. «Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français». *Travaux Ass. H. Capitant*. Dalloz. 1965. T. XIV, pág. 91, citada por CH. HANNOUN. *op. cit.* pág. 42. Éste es el riesgo que se corre precisamente con el aumento de las diferencias de régimen jurídico en atención a circunstancias como el tiempo de trabajo, el tamaño de la empresa o incluso el tipo de contrato, como ocurre en particular con la reducción del sistema de protección social y salarial en los contratos de aprendizaje a tenor de la nueva normativa ofrecida por la Ley 10/1994.

(52) Para esta bidireccionalidad del nuevo Derecho del Trabajo *vid.* E. BORRAJO DACRUZ. *¿Reforma laboral... op.cit.*, pág. 549.

(53) Cfr. pág. 5. Pero ya está presente esta idea en nuestra mejor doctrina, hoy un tanto olvidada y que quizá convenga reeditar en vez de ceder a fáciles tentaciones «modernistas». Cfr. el Manual de BAYÓN CHACÓN-PÉREZ BOTIJA, en la edición actualizada por el prof. VALDES DAL-RÉ, en 1977.

«Derecho social» en un ámbito territorial más amplio, pero también influyente de manera incisiva en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en un momento de creciente globalización internacional de la economía: EL NUEVO DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA.

5. Una verificación supranacional del principio de gobernabilidad: el «nuevo Derecho social» propugnado por el Tratado de la Unión Europea.

Forma parte ahora ya del nutrido elenco de lugares comunes o *topoi* de la doctrina laboralista moderna, en este caso verdadero como sucede en alguna ocasión también con este tipo de «datos adquiridos», afirmar que la prioridad prácticamente absoluta de los objetivos económicos, así como el sentido netamente liberal que acompañó el nacimiento de la Comunidad Europea, han permitido justificar y perpetuar, incluso en el momento presente, el dominio de un determinado proceso decisonal que venía a asegurar el mantenimiento del *status quo*: la regla de la unanimidad. Precisamente, desde esta adecuada conciencia de la «trampa» (54) que tal estilo de decisión conjunta pone a la construcción de una auténtica Unión Europea, es perfectamente explicable el limitado efecto de difusión (*spill over*) que, con anterioridad a la entrada en vigor del Acta Única, el proceso de unificación económica ha proyectado sobre objetivos o fines no estrictamente económicos. Una marginalidad y una subordinación que resultan todavía más netas en relación al reconocimiento de auténticos derechos de contenido social y laboral, y en particular respecto a una efectiva intervención comunitaria en la esfera de las relaciones colectivas de trabajo, tradicionalmente afrontados como cuestiones meramente instrumentales para alcanzar aquel objetivo económico originario, limitándose a tratar de evitar los graves riesgos de desarrollo de prácticas de *dumping social* y de distorsiones de la competencia (55).

Tampoco la entrada en vigor del Acta Única Europea en 1987 llevará a cabo una sustancial innovación en esta cuestión, puesto que, como ha sido insistentemente subrayado, la tendencial sustitución de los procedimientos de voto según la regla de la unanimidad, por aquellos de la mayoría cualificada, no se refleja significativamente, a excepción del artículo 118 A del TCEE, en las cuestiones más estrictamente atinentes a la política social, al descartar la aplicación de esta regla de decisión democrática en todas aquellas disposiciones relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena (art. 100 A 2). Además, los artículos 100 y 100 A del TCEE vienen a conectar

(54) Cfr. F.W. SCHARPF. *La trappola della decisione congiunta: federalismo tedesco e integrazione europea*. Stato e Mercato (trad. it.). Pág. 175 y ss.

(55) Cfr. para este auténtico lugar común de la doctrina M. COLINA-J.M. RAMÍREZ-T. SALA. *Derecho Social Comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991, pág. 49; A. MONTOYA *et altri*. *Instituciones de Derecho social europeo*. Tecnos. Madrid. 1988, pág. 13; M.C. ORTIZ LALLANA. «Mercado único y Europa social. Límites y dificultades para una aproximación legislativa». *RTSS*, número 5. 1992, pág. 72 y ss.; S. SCIARRA. «Diritti dei lavoratori e mobilità: alcuni accenni alla normativa europea». En Aa.Vv. *Verso un diritto del lavoro europeo*. Giuffrè. Milano. 1993, pág. 29. De la combinación de los fines e instrumentos recogidos en los artículos 2.º y 117 del TCEE se evidencia plenamente la filosofía liberal inspiradora de los fundadores. Cfr. F. MANCINI. «Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario». *RL*. 1986, pág. 1.180; GONZÁLEZ RUIZ. *Acta Única y derechos fundamentales*. Signo. Barcelona. 1992, pág. 57.

estrechamente el ejercicio de la competencia normativa en materia social con «el establecimiento del mercado común» (art.100) o con «el funcionamiento del mercado interior» (art.100 A,1), de modo que, en última instancia, serían razones de estricta política económica, plenamente funcionales a las exigencias de la empresa y del mercado, las que servirían para justificar tal competencia normativa, resultando irrelevantes por sí solas las razones de política social para determinar la necesidad de una específica intervención normativa comunitaria, en cuanto carecería -según el Tratado- de aquella fuerza determinante del reconocimiento de la competencia para adoptar normas de Derecho comunitario (filosofía liberal de la derivación automática y «natural» del progreso social respecto del progreso económico) (56).

Por su parte, también el reciente Tratado de la Unión Europea (TUE), presenta un cuadro de extensas sombras respecto del presente y del futuro del proceso de integración de los distintos Estados nacionales y, en consecuencia, sobre la propia configuración del ordenamiento comunitario en general, dada la acentuada tensión entre los poderes normativos del Gobierno central y los estatales (57). En consecuencia, particularmente incierta resulta, en un contexto político y económico inestable, la dimensión y autonomía del sector social del Derecho comunitario, vista la multiplicidad de límites y dificultades que presiden el nuevo sistema jurídico producto de la transacción política fundadora del capítulo social del Tratado y, sobre todo, del Protocolo y Acuerdo de Política Social anejos (APS), cuyos resultados más vistosos son la heterogeneidad de las disposiciones y procedimientos de regulación sociales, diversificando los regímenes jurídicos «a doce» y «a once» (precaria coherencia formal del sistema) y una perspectiva de progresiva reducción de niveles de protección social (carencia de un auténtico rango constitucional de las normas sociales) (58).

Resultados ambos vinculados particularmente a la exigencia de mayor flexibilidad en la articulación de las normativas en los diferentes sistemas nacionales, a la rigurosidad de las leyes eco-

- (56) En este sentido, como se ha puesto de relieve, el ligamen entre atribución formal y efectivo ejercicio de las competencias «no parece suficientemente amplio para consentir recurrir en modo amplio e incondicionado a las competencias implícitas en el sector de la Política social». Cfr. G. ARRIGO. «Ampliamento dell'Unione Europea e politica sociale: competenze comunitarie e contratto collettivo europeo». *Riv. giur. lav.* 1994, número 1, pág. 19. Como es sabido, hasta el AUE prácticamente todas las directivas en materia de Derecho del trabajo tenían como base jurídica el artículo 100 del TCEE, dado que el artículo 118, que en línea de principio podría considerarse más adecuado para la obtención de tal objetivo, no atribuye competencias normativas. En este sentido, para la armonización de los derechos laborales funcionales a la realización del mercado interno, introdujo expresas normas de competencia, introduciendo el artículo 100 A modificaciones de naturaleza sustancial y procedimental respecto del artículo 100, que aparece como *lex specialis* respecto a aquél. Sobre las novedades institucionales introducidas por el Acta Única Europea cfr. De RUYT, J. *L'ACTE UNIQUE EUROPEEN*. ULB. Bruxelles. 1987; M. DAMIANI. «L'ATTO UNICO EUROPEO: Verifiche e difficoltà di attuazione. Un seminario a STRASBURGO». En *Affari sociali internazionali*, número 2/1991, págs. 125-129.
- (57) Cfr. en general E. ALONSO GARCÍA. *Tratado de la Unión Europea*. Madrid. 1992; diversos trabajos en el número monográfico de *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*.
- (58) Lo que, entre otras, implica particulares dificultades de coordinación entre viejas y nuevas disposiciones sobre la política social, pese a que, aparentemente y en el plano formal, las disposiciones del Acuerdo no vendrían a modificar, al menos en un primer y superficial examen, las disposiciones de los Tratados fundacionales. Cfr. entre los múltiples trabajos, F. GUARRIELLO. «L'Europa sociale dopo Maastricht». *Lav. Dir.* número 2. 1992; F. PÉREZ DE LOS COBOS. *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Estudios de Derecho laboral. 1994.

nómicas de la unión económica y monetaria, y por tanto a la extremada concepción economicista de la convergencia, así como, sobre todo, a la necesidad ineludible de garantizar un adecuado nivel de competitividad al sistema productivo europeo, además de la incertidumbre adicional que supone el ingreso de nuevos Estados (59). Por ello, no es posible desconocer que, incluso después del Tratado de Maastricht, así como de la reciente ampliación de las fronteras de la Unión Europea, las tradicionales cuestiones relativas al denominado «déficit democrático», tales como la permanencia de reducidas «minorías de bloqueo» y de procedimientos de deliberación sometidos a unanimidad (poderes de veto), siguen ocupando el centro del debate, con las consiguientes implicaciones reductivistas sobre los más diversos aspectos, cuantitativos y cualitativos, de la política social.

Ahora bien, tampoco es posible desconocer la presencia de decisivos factores normativos e institucionales que, sin perjuicio de sus carencias y ambigüedades, señalan la *apertura de una nueva etapa en la evolución, cuantitativa y cualitativamente avanzada, de una efectiva Europa social, en cuanto permite la instauración progresiva de un nuevo orden jurídico asentado sobre el pluralismo de las tipologías de fuentes normativas*. En esta dirección, la creciente difusión de instrumentos comunitarios y de programas de acción específica de las autoridades europeas que reclaman la necesidad de mantener un *permanente equilibrio entre lo económico y lo social* -preservación de la competitividad y desarrollo de la política social- (como principio rector de la Carta comunitaria y de su Programa de acción), por un lado; la redefinición en términos elásticos de la función y de las técnicas de intervención normativa comunitaria, basadas en la combinación dinámica de centralización y descentralización de las decisiones, según el *principio de la subsidiariedad*, por otro; y la progresiva devolución de la regulación social a los sujetos colectivos organizados, a través de la *apertura a la fuente convencional* operada por el artículo 118 B del TCEE (confirmada por el art. 4.º 1 del APS), permitiendo el nacimiento de un sistema de relaciones industriales europeo, por último, impulsan *de lex data o iure condito* un progreso para el sistema jurídico comunitario global y para el Derecho social europeo en particular (60).

En efecto, particularmente a raíz de la aprobación del Protocolo y Acuerdo de Política Social, se hace plenamente posible el desbloqueo institucional hasta ahora existente en la mayor parte de las cuestiones relativas a los derechos laborales, a través de la superación de los más pesados obstáculos formales a la extensión de la dimensión social del Mercado Único, en cuanto implica una importante ampliación de las bases jurídicas de la legislación social comunitaria, así como de los procedimientos de voto por mayoría cualificada en estas materias (art. 2.º 1 del APS), adquiriendo el sector de la política social una creciente especificidad y autonomía, en vía paralela a la instauración y funcionamiento del mercado interior. Una decisiva dinámica aperturista, así como una nueva voluntad política de aplicar con confianza y determinación los procedimientos de mayoría cualificada, que vienen paradigmáticamente ilustradas por la reciente aprobación de una directiva que había venido exigiendo, hasta este momento, el acuerdo unánime en el seno del Consejo, como es aque-

(59) Cfr. G. ARRIGO. *L'ampliamento... op. cit.* pág. 33 y ss.

(60) Cfr. G. ARRIGO. *L'ampliamento... op. cit.* pág. 32. En general *vid.* E. VOGEL-POLSKY, J. VOGEL. *L'Europe sociale 1993: Illusion, alibi ou Réalité?* Editions de l'Université de Bruxelles. Bruxelles. 1991.

lla relativa a la creación de Comités de Empresa Europeos, auténtico símbolo de la «apuesta» por una «Europa de los trabajadores» y buque insignia del denominado «modelo social europeo». Así, por encima de sus indudables limitaciones, tanto en los contenidos como en el procedimiento, y en sus garantías, constituye un auténtico hito histórico del Derecho social comunitario, confirmando las nuevas posibilidades evolutivas e innovativas del nuevo Tratado de la Unión (61).

De esta manera, la configuración como genuino Derecho positivo de esta directiva, es el mejor ejemplo del definitivo salto cualitativo experimentado por el desarrollo de la dimensión social de la Unión Europea a partir del Protocolo y Acuerdo de Política Social que, como se ha dicho, ha venido a poner los pilares normativos e institucionales para la construcción progresiva de un auténtico Derecho del Trabajo comunitario, aunque con una faz completamente nueva y diversa (62). Precisamente, para comprender las claves fundamentales de este nuevo Derecho resultan de enorme interés las consideraciones arriba efectuadas respecto al «Derecho social» en general como nueva forma de la experiencia jurídica, cuya racionalidad residiría en la gobernabilidad.

En efecto, en primer lugar, se ha visto cómo uno de los rasgos más significativos del nuevo sistema emergente es la elaboración de reglas jurídicas cuyo objetivo inmediato no es la sustitución de las reglas precedentes, conformando un Derecho destinado a superponerse e incluso a integrarse con el régimen común anterior, según la lógica impuesta por el gobierno de la economía. Pues bien, en plena sintonía con una de las «reglas morfológicas» que han caracterizado la breve pero intensa historia del Derecho comunitario, el marco normativo e institucional predisposto para la política social tras Maastricht, vuelve a ser el resultado del recurso al método de la «modificación por superposición», de modo que, de esta forma, las mutaciones del ordenamiento comunitario en esta materia no se realizarían «reescribiendo los preceptos que lo regulan, sino insertando en el viejo marco... preceptos e instituciones nuevas que lo trastocan e imponen su general reconsideración» (63).

Pero si, en segundo lugar, del plano estructural acudimos al punto de vista de los principios fundamentales informadores de este nuevo «Derecho social comunitario», podremos comprobar la profunda presencia en él de la racionalidad global del nuevo Derecho contemporáneo. En efecto, la **perspectiva** desde la cual se ha de reconstruir, se asienta sobre los conceptos fundamentales forjados en el marco de la «economía política», que desplaza el centro de gravedad del proceso de producción legislativa desde la preocupación por la coherencia del sistema al objetivo de la solución de problemas concretos: *competitividad económica* (impulso del desarrollo de empresas en condiciones y dimensiones adecuadas para hacer frente a exigencias de flexibilidad); exigencias de *flexibi-*

(61) Significativa es en este sentido la favorable acogida de la misma por los sindicatos españoles. *Cfr.* el artículo periodístico del Secretario de Relaciones Internacionales de CCOO, «La Europa de los comités de empresa», *El País*, 22-11-1994. Nos referimos a la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre. n. L. 254/64-72.

(62) *Cfr.* para esta problemática las diversas contribuciones en Aa. Vv. *Verso un diritto del lavoro europeo*. Giuffrè. Milano. 1993.

(63) *Cfr.* F. PÉREZ DE LOS COBOS. «El Derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea». *Estudios de Derecho Laboral*. 1994, pág. 16, que habla de «configuración aluvional del Derecho comunitario», según una característica acusadamente visible en el Derecho del Trabajo y en general en el Derecho social.

lidad de las empresas, a través del creciente recurso a una amplia gama de nuevas formas de relaciones de trabajo; mejora de los niveles de *empleo* (creación y mantenimiento del empleo), *solidaridad social* (cohesión económica y social), *progreso económico y social*, constituyen las palabras de orden del actual Derecho social europeo (64).

En plena coherencia con esta decisiva y decisoria inspiración en las grandes categorías económicas, el Derecho social europeo se articula sobre los siguientes principios fundamentales:

- a) El «*principio de subsidiariedad*», según el cual «es necesario proponer para cada uno de los temas de acción la función más apropiada (armonización, coordinación, convergencia, cooperación, etc.), habida cuenta de las necesidades existentes y el valor añadido potencial a la acción comunitaria» (lógica de la diferenciación funcional en base a las exigencias concretas de regulación). Lo que significa que el objetivo principal a perseguir por la acción reguladora de las autoridades comunitarias se encuentra en la adopción de aquella medida que permita una mejor solución a los problemas concretos (principio de norma más adecuada para la recta disposición de las cosas que deben gobernarse en el plano europeo) (65).
- b) El «*principio del reconocimiento recíproco*», asentado sobre el mantenimiento de la diversidad de sistemas, culturas y prácticas nacionales cuando es positiva respecto de las exigencias de realización del mercado interior (primacía de la adecuación a las realidades económicas y sociales concretas). Se abre, así, una vía de superación de los tradicionales obstáculos que para la construcción de un modelo europeo de relaciones europeas supone la persistencia, incluso la agudización, de las diferencias normativas e institucionales entre los diversos sistemas de relaciones laborales, sacrificando la coherencia unitaria del sistema europeo armonizador por la adopción de soluciones flexibles y comprensivas de la diversidad y de las tradiciones, tal y como aparece en la reciente Directiva sobre Comités Europeos, que autoriza la posibilidad de establecer procedimientos de información alternativos a la constitución de estas estructuras organizativas específicas en el nivel de empresa o grupo de dimensión comunitaria (66).

(64) Vid. las diversas medidas y acciones contenidas en el Tercer Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Carta que, precisamente, se convierte en el marco de principios inspiradores del Protocolo y Acuerdo anexos al Tratado de la Unión Europea. Cfr. COM (93) Bruselas, 21 de diciembre de 1993, 668 final. Para esta referencia a la Carta como «marco de principios sobre un gran número de aspectos de las condiciones de vida y de trabajo», vid. *Libro Verde sobre Política social europea*. COM (93) 551 final. Bruselas, 17 de noviembre de 1993, pág. 10.

(65) Sobre este principio vid. P. LANGLOIS. «Europe sociale et principe de subsidiarité». *Droit Social*, número 2.1993; y M.E. CASAS. «"Doble" principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social». *RL*. 1993-I, pág. 49 y ss.

(66) Vid. artículo 6.º 3 de la Directiva. Para la necesidad de soluciones que tengan en cuenta la diversidad cultural vid. T. TREU. «Pubblico e privato nell'europa sociale». *Lav. e Dir.*, número 3. 1990, pág. 331 y ss. También J. CRUZ VILLALÓN. «La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria». *RL*. 1994, pág. 9 y ss.

- c) El «*principio de defensa de la competitividad*» económica de las empresas, a través de la previsión de una amplia gama de tipos contractuales que en modo alguno podrían ser cuestionados por la Comunidad, en cuanto «esenciales ante los desafíos que plantea el desarrollo de una estrategia coherente de crecimiento y de empleo» (67), permitiendo a las empresas adaptarse con flexibilidad a la evolución de las condiciones del mercado y aumentar la flexibilidad de los procesos productivos. Se confirma, pues, la ambivalencia de la regla jurídica comunitaria (jurídica en general), como instrumento orientado a recibir el orden «infraeconómico» en el orden jurídico, apoyándose en un «método de equilibrio» entre las razones y objetivos de tipo estrictamente económico y aquellas otras necesidades y aspiraciones de tipo social, de modo que, «el progreso económico y el progreso social discurren de forma paralela» (68).
- d) El «*principio de transparencia del mercado*» de trabajo o efectividad de la normativa, que obliga a predisponer acciones, normativas o de otro tipo, capaces de dar debida cuenta de la complejidad evolutiva de los sistemas productivos o del «ambiente social» en el que deben desarrollarse las políticas de empleo y en general aquellas orientadas a asegurar un adecuado funcionamiento, una recta disposición, de las relaciones laborales de producción. Por lo que a la necesidad de valorizar la flexibilidad del sistema jurídico de las relaciones de trabajo se añade la conveniencia de un «marco comunitario» que «garantice un mínimo de coherencia» entre las distintas formas de empleo, con el fin de reforzar la transparencia del mercado de trabajo comunitario, evitando de esta manera que se produzcan distorsiones en la competencia (69).
- e) El «*principio de respeto a la autonomía de los interlocutores sociales*» o «*principio de subsidiariedad horizontal*». La plena afirmación normativa e institucional de este principio viene a proyectar, ahora en el ámbito comunitario, la actual tendencia evolutiva general a primar los modelos de dirección de las conductas de tipo autónomo frente a los tradicionales «autoritarios» o «heterónomos», en sintonía con la prioridad asignada a la negociación colectiva en los ordenamientos nacionales en la ordenación de las relaciones de trabajo. De este modo, la tradicional acción reguladora «general y directa, con contenidos sustantivos, se sustituye por una regulación esencialmente procedimental... decisivamente apoyada, justamente para salvar la diversificación, en la acción de los interlocutores sociales en el mismo ámbito europeo» (70).

(67) Cfr. Introducción del Tercer Informe de la Comisión. *op. cit.* partic, pág. 8.

(68) Cfr. *Libro Verde*, *op. cit.* pág. 7.

(69) Nuevamente puede observarse la ambivalencia o doble dimensión de las normas jurídicas comunitarias, que persiguen objetivos económicos y jurídicos al mismo tiempo. Cfr. el señalado Informe de aplicación de la Carta, en particular, págs. 8 y 10, que pone de relieve cómo la Directiva del Consejo 91/533/CE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DOCE L. 288), se configura como un instrumento orientado a «mejorar la transparencia de un mercado de trabajo que sufre transformaciones que pueden alterar la situación de los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de relaciones que escapa generalmente al sentido tradicional de la relación de trabajo».

(70) Cfr. M.E. CASAS. «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos». *RL*. 1993-I, *op. cit.*, pág. 4. Este principio institucional aparece plenamente recibido en la Directiva 94/45, configurándose la acción normativa en materia de comités y procedimientos de información como subsidiaria frente a la intervención de las partes sociales implicadas (cfr. considerando 15, arts. 6.º 2 y 7.º de la Directiva).

En definitiva, flexibilidad, pragmatismo, normalización, diversificación, respeto a la autonomía de la iniciativa de los «destinatarios», relatividad e instrumentalidad, son todos ellos caracteres básicos del actual marco normativo del *Derecho social de la Unión Europea* propugnado por el Tratado de Maastricht (Protocolo y Acuerdo anexos). Caracteres todos ellos que, como se ha señalado, encuentran un pleno acomodo y una mejor comprensión de sus diversas manifestaciones en la vigencia de una nueva racionalidad, a saber, el *principio de gobierno de la economía*, que en realidad no es sino una recuperación o reactivación del sentido transaccional o compromisorio del originario modelo del «Estado social»: entre la función productiva (acumulación del capital) y función distributiva (equilibrado reparto social de la riqueza creada).

Esta ambivalencia, pues, está permanentemente presente en todos y cada uno de los objetivos fundamentales de la nueva política social, que confirma su visión, ya presente en la propia redacción de la Carta comunitaria de derechos sociales, que constituye su marco de principios rectores, como instrumento que persigue objetivos distintos cuando no contradictorios. Pero, en cualquier caso, implica el objetivo de crear una «nueva dinámica de forma que la política social pueda desarrollarse a nivel de la Comunidad en el mismo plano que la política económica, monetaria o industrial...» (71).

II. EL DOBLE «ESPÍRITU» DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA «MODERNA» TENDENCIA LEGISLATIVA A DEFINIRLO COMO «TÉCNICA» Y COMO «CIENCIA» DE ORGANIZACIÓN

1. La empresa como «clave» de comprensión, económica y jurídica, de la nueva forma de Derecho, en especial del Derecho del Trabajo: emersión de una «frontera disimulada».

En esta dirección, la propia previsión normativa de sistemas de información y consulta implica la recepción iuscomunitaria de la tendencia, presente en los diversos ordenamientos nacionales, a la procedimentalización de los poderes empresariales, impulsando el proceso de «democracia industrial» también en el seno de la «empresa europea», como modelo organizativo de la actividad económica caracterizado por una estructura compleja y transnacional, viniendo a formalizar o institucionalizar algunas prácticas de diálogo social ya experimentadas por algunos grandes grupos europeos (72), como válido instrumento para recrear el clima de confianza recíproca necesario para afrontar la complejidad e incertidumbre del mercado. Lo que, en última instancia, es un dato que nos ayuda a descifrar algunas de las

(71) Cfr. para este juicio, aunque en relación a la Carta, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «La declaración de derechos sociales comunitarios (I)». *RL*. 1989.

(72) Cfr. M. GOLD-M. HALL. *Evaluation de la pratique en matière d'information et de consultation au niveau européen dans les entreprises multinationales. Fondation européenne pour l'amélioration des condition de vie et de travail*. CEE. 1992. En general, para la importancia de los derechos de información en la conformación de un diferente sistema de relaciones laborales en la empresa vid. J.L. MONERO PÉREZ. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. 1992.

características de fondo de la teoría jurídica contemporánea sobre la «empresa», que aparece representada crecientemente como un enclave entre experiencia jurídica y experiencias culturales «ajenas», es decir, una zona de encuentro entre Derecho, Cultura y Sociedad (73).

En este sentido, es conocido que la cultura actual identifica en la empresa uno de los instrumentos más relevantes de la compleja maquinaria para la realización del progreso y del desarrollo económico y social, de ahí que asuma una creciente relevancia en el actual debate económico y político, mientras que, paradójicamente, se agudiza la incapacidad de la doctrina tradicional de la empresa para encontrar una definición a la «altura de los tiempos modernos». Así, cuanto más acuciante es la necesidad de transparencia de la densa red de relaciones constitutivas de la empresa moderna, como condición ineludible para la efectividad de su gobierno, más se agrava la «opacidad» de su representación teórica, pareciendo incluso como «un lugar sin teoría, un fenómeno sin representación conceptual» (74). En realidad, la reflexión jurídica sobre la empresa, en los últimos años, viene continuamente alimentada, en vía paralela a la reflexión económica, por la reproposición de un mismo problema de fondo, que permanece todavía irresuelto dentro de los cánones de la doctrina subjetivista e individualista tradicional: el problema de la representación conceptual de la creciente *complejidad* relacional, de intereses subjetivos y de formas organizativas implicadas en el sistema de empresa, sin disolverla o anularla, partiendo de su consideración como una «forma» histórica y no abstracta, emergente de un proceso evolutivo que se orienta hacia modelos que presentan cada vez mayores niveles de complejidad (75).

En cualquier caso, pese a las graves dificultades todavía existentes, el hecho es que la empresa aparece cada vez más como un procedimiento colectivo en el que interviene una pluralidad de sujetos, individuales y colectivos. Lo que significa que, en la empresa, convive una pluralidad de estatutos normativos no siempre homologables según líneas cognoscitivas rigurosamente unidireccionales, aunque *sólo son sintetizables y asumibles de manera coherente a través de la reconstrucción de su sistema de acción colectiva*, que implica una creciente diferenciación y autonomía, conceptual y normativa, de la empresa respecto del empresario-sujeto de derecho, esté personificado o no (76). En apoyo de esta idea, no es ocioso recordar que, el dato más relevante del modelo de sis-

(73) Cfr. U. ROMAGNOLI. *Tecnocrazia e diritto del lavoro*. Política del diritto. 1970.

(74) Cfr. E. RULLANI. *La teoria dell'impresa nei processi di mondializzazione*. Democrazia e diritto, pág. 33 y ss. Este fracaso de la doctrina económica tradicional sobre la empresa, también presente en la doctrina jurídica igualmente tradicional, sirve para matizar el optimismo que hoy aparece en cierta doctrina mercantilista en orden a la posibilidad de encontrar un concepto unitario y global de empresa en base a su representación y conceptualización económica. Cfr. J.I. FONT GALÁN. «La empresa en el Derecho Mercantil». En G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ. *Derecho Mercantil*. Ariel. 1992. En el sentido tradicional vid. J. GIRÓN TENA. «Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa». En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al prof. A. POLO*. EDESA. 1981.

(75) Así, hoy asistiríamos al paso del modelo de la empresa individual a la empresa societaria, y de éste al modelo de grupo o empresa colectiva articulada, e incluso hoy este último aparecería sustituido crecientemente por el modelo de la «empresa con estructura de red». Cfr. E. RULLANI. *Dai gruppi alle reti... op. cit.*, pág. 140 y ss.

(76) Que la empresa que se «impone como objeto de estudio y de reflexión es en cambio la expresión de una *subjetividad autónoma y diferencial*, que se substraе a las determinaciones demasiado estandarizadas y generales». Vid. E. RULLANI. *La teoria dell'impresa... op. cit.*, pág. 27. Para esta misma insuficiencia de la noción de subjetividad para englobar el concepto de empresa en el plano jurídico vid. FERRO-LUZZI. «L'impresa». En Aa. Vv. *L'impresa*. Giuffrè. Milano. 1985.

tema que la evolución del Derecho contemporáneo ha puesto de manifiesto, se identifica con aquel creciente complejo de fenómenos jurídicos que conciernen a la empresa moderna, particularmente respecto de aquellos relativos a la tutela de intereses extremadamente variados y no específicamente interconexos como la tutela del consumidor, la tutela de la calidad del producto, la tutela de los niveles productivos y la competitividad, la tutela del ahorro y la inversión, la tutela del ambiente, tutela de la organización unitaria del trabajo... .

La empresa, pues, constituye el centro de referencia privilegiado para cualquier configuración jurídica eficaz de la actividad económica. En consecuencia, la empresa, emerge hoy como la clave de arco para comprender la estructura y la función de aquel sistema, tanto la clave económica como la clave de arco para la comprensión jurídica, respondiendo en este caso a la lógica de la búsqueda del equilibrio entre aquella pluralidad de intereses, exigencias y finalidades coexistentes en la empresa. De este modo, emerge una estricta interdependencia entre perfiles jurídicos y exigencias económicas, que vendrían a expresar un fondo común subyacente a ambas experiencias culturales, manifestación de un sistema altamente complejo de relaciones que va mucho más allá del objetivo puramente combinatorio propio de una neoclásica «función de producción» para constituir una «estructura de gobierno», una estructura económica compleja en la que, como dato variable y abierto a una pluralidad de exigencias metajurídicas, se da cita una auténtica «constelación de intereses» (77).

En esta dirección, en una edad caracterizada por los «microsistemas», la empresa aparece como un microsistema en el que se coordina el conjunto de factores destinados a la producción de valor económico y de la diferenciación competitiva en el mercado (adquisiciones, innovaciones, transmisión de informaciones, venta de energías...), pero también centro de referencia teórico de microsistemas de la organización del trabajo, financiación, ambiente, administración, crédito, mercado... Si ninguno de estos microsistemas es unívocamente reconducible a la empresa, puesto que no se identifica plenamente con ninguno, «sólo en la perspectiva de la empresa cada uno de ellos puede ser asimilado y hecho coherente con el complejo de reflejos jurídicos de los fenómenos productivos», asumiendo la función de «filtro hermenéutico común» (78).

De este modo, otra de las características correlativas al principio de gobernabilidad, la tendencia a crear un nuevo equilibrio de intereses a través de la proliferación de conceptos-función y de la lógica de la diferenciación sistémica, encuentran plena verificación en el paradigma moderno de juridicidad de la empresa, cuyo confín no puede ser fijado con referencia a ningún parámetro físico, sino sólo con relación a la función del sector de disciplina que reclama el uso de tal noción, y por tanto sobre la base de una definición funcional positivamente experimentada en una pluralidad de campos jurídicos, que han *recibido normativamente el concepto de empresa como «unidad eco-*

(77) Cfr. C. FOIS. 1979. *Clausola di gradimento e organizzazione della società per azioni*. Giuffrè. Milano. 1979, pág. 43.

(78) De ahí, pues, la creciente propensión legislativa, jurisprudencial y doctrinal a relativizar las categorías jurídicas que aluden a hechos económicos según una perspectiva «sistémica» y «evolutiva», con objeto de garantizar un equilibrio entre la pluralidad de intereses subjetivos que vienen implicados en las nuevas articulaciones de las empresas. Cfr. S. AMATO. «L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi». *Materiale per una storia della cultura giuridica*. 1988, pág. 57.

nómica», pero le han atribuido un contenido variable en función de los objetivos de política económica y social perseguidos por las normas (79). En consecuencia, también a partir de estas nuevas reflexiones sistemáticas es posible reelaborar un concepto decisivo del Derecho del Trabajo contemporáneo, la empresa, revelando una definición, en cuanto lugar o ámbito para la intervención de múltiples intervenciones -de la autonomía colectiva, del legislador-, de tipo pluralista y no sólo unilateralmente instrumental al interés del empresario.

Ahora bien, tales consideraciones se imponen sin duda en la medida en que, como acredita la nueva normativa de reforma, no es ya posible distinguir netamente entre el plano de la organización económica y la esfera de la gestión de las relaciones de trabajo. En esta orientación, es claro que el hecho organizativo de la empresa deja de representar un dato externo e irrelevante en la relación obligatoria, aceptándose precisamente lo que las tesis contractualistas más extremas siguen negando (y al mismo tiempo afirman, si bien en el plano estrictamente interno a la relación obligatoria): la permanente influencia de las perspectivas teleológicas de la zona-empresa sobre el modo de ser, sobre el desarrollo y sobre la ejecución de las prestaciones de trabajo (80). En la organización de la empresa, pues, se reproducen -naturalmente filtrados por la mediación jurídica- preexistentes estatutos sociales, que se proyectan normativamente en la relación de trabajo, tanto el estatuto de persona-ciudadano del trabajador (eficacia inmediata de los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones de trabajo)(81), como la condición del empleador de titular de una estructura sometida a permanentes exigencias de innovación organizativa y de flexibilidad en la gestión de los recursos productivos, entre ellos las relaciones de trabajo.

Precisamente, una decisiva línea de fondo extraída de la nueva normativa es la evidente emergencia a un primer plano del dato organización de empresa, que hasta el momento había representado tan sólo una «frontera disimulada» u oculta del sistema jurídico del trabajo subordinado, como consecuencia del predominio, todavía hoy subsistente, de las teorías contractualistas (82). En confirma-

(79) Particularmente significativos de esta tendencia resultan los conceptos de empresa relevantes: a) en el Derecho de la competencia, que lo identifica con el concepto de «unidad económica», utilizado como instrumento para justificar e instrumentalizar determinadas decisiones de política económica relativas a la autorización de procesos de concentración del mercado y, al mismo tiempo, de represión de determinados comportamientos prohibidos por las reglas de competencia; b) en el Derecho del Trabajo, que identifica el concepto de empresa con el concepto de «unidad económica y social» -de origen francés pero hoy recibido en nuestro Derecho-, entendido como instrumento para realizar la tutela de determinadas políticas de defensa de derechos colectivos e individuales de los trabajadores; c) en el Derecho Mercantil, en cuanto identifica cada vez más la empresa con el concepto de «unidad económica y mercantil» a los efectos de legitimar y promover determinadas políticas de grupo, de tipo productivo, financiero y fiscal. Cfr. para el Derecho francés CH. HANNOUN, *op. cit.*, pág. 92 y ss.

(80) Cfr. G. MELIADO. «La teoria dell'impresa nel diritto del lavoro». *Riv. giur. lav.* 1985, pág. 96 y ss.

(81) Al respecto nos permitimos reenviar a nuestro trabajo «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales» en *RTSS* número 3. 1991, pág. 65 y ss.

(82) Cfr. para tal afirmación A. PERULLI. *Il potere direttivo dell'imprenditore*. Milano. 1992, pág. 56, quien pone de relieve cómo esta idea se desarrollará completamente en la producción doctrinal sucesiva a la obra de uno de los autores contractualistas más radicales, L. BARASSI, pero que también aparece en este autor al conectar el concepto de subordinación «explícitamente al concepto de empresa», en L. BARASSI. *Il diritto del lavoro*. Milano, 1935, pág. 132. Para una posición diferente, en la línea de los contractualistas renovados, vid. la monografía de ROMÁN DE LA TORRE. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid. 1992.

ción de este nuevo relieve puede ponerse de manifiesto cómo, en realidad, la tendencia a la disolución del sistema unitario del Derecho del Trabajo -la fragmentación de la identidad social típica del trabajador subordinado- se reconduce básicamente a la observación de las extraordinarias capacidades «morfogenéticas» de la forma-empresa, así como en general al carácter proteiforme del capitalismo neoindustrial (83). No creo que haya que dedicar ninguna argumentación para dejar claro que, con esta afirmación de la relevancia jurídica del concepto de organización, se está a «años luz» de reproponer la teoría organicista de la empresa, cuyos perfiles comunitarios e institucionalistas han sido desterrados cultural, política y normativamente por la propia Constitución, asentada sobre la esencial conflictualidad de los intereses implicados en la empresa, conflictualidad que, como hemos visto, es igualmente fundamental en el nuevo sistema jurídico emergente (84).

Esta revalorización del elemento organizativo no sólo aparece en clara sintonía con una marcada tendencia a dar relevancia, en la realidad de la empresa contemporánea, al factor organizativo-sistemático como *Leitpunkt* de relieve y medida de los diversos factores y necesidades expresados en la empresa, tal y como se ha señalado, sino también y sobre todo con los datos normativos hoy suministrados por las leyes de reforma, fundados prioritariamente sobre tal requisito, revelando la inmediata instrumentalidad de la prestación al dato organizativo de la empresa, así como la directa instrumentalidad de este dato normativo de la organización a la actividad de gestión del empresario. Así, para el legislador laboral, el contrato de trabajo se configura como una forma jurídica apropiada para gestionar una prestación que se flexibiliza en sintonía con las «exigencias de la empresa», de modo que, a tenor de la nueva redacción dada a los artículos 40, 41 y 51 del ET, un buen número de las técnicas de gestión de las relaciones de trabajo encontrarán su justificación en los «intereses de la empresa **en cuanto agente económico**», así como en un ejercicio de las diferentes prerrogativas empresariales en función de la eficiencia productiva y de la «competitividad» como «palabra estrella de la nueva filosofía economicista» (85).

(83) Cfr. R. DI BENARDO-E. RULLANI. *Transizione tecnologica e strategie evolutive: l'impresa industriale verso l'automazione*. Cedam. Padova. 1985.

(84) Recuerda la naturaleza estrictamente privada del interés perseguido con la empresa, carente en nuestro sistema de economía capitalista basado en la libertad de empresa de cualquier estructura comunitaria, P. RESCIGNO. «Formazioni sociali e terzi». En *Persona e Comunità*. Cedam. Padova. 1988, pág. 408. En cualquier caso es ampliamente conocida la generalizada y constante referencia al dato de la organización para la individualización del concepto de empresa en el ordenamiento comunitario. Cfr. P.J. JAEGER. *La nozione di impresa dal codice allo statuto. Quadern. giur. comm.* Giuffrè. Milano. 1985, pág. 63 y ss. Aunque no consideramos que esto suponga en modo alguno una «funcionalización» de los poderes empresariales, sí creemos que esta nueva orientación, hace adquirir al poder empresarial «una nueva legitimidad, pero al mismo tiempo se hace más jurídico, ya no tiene sólo una base económico fáctica, y se ponen al servicio de la función productiva». Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Racionalidad empresarial y mercado de trabajo». *RL*. 1993-II.

(85) Cfr. E. BORRAJO. *¿Reforma laboral... op. cit.*, págs. 548 y 549, respectivamente. También reconoce el protagonismo de la dimensión económica y organizativa asumido en la «nueva etapa» abierta para el Derecho Español del Trabajo, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Derecho del Trabajo y empleo». *RL*. 1994-I, pág. 81.

2. Redefinición del Derecho del Trabajo como Derecho de la empresa, gestional y racionalizador: exaltación legislativa de la actividad empresarial de organización de recursos.

De esta forma, el «espíritu nuevo» de la reforma se orientaría netamente hacia la integración en un mismo «cuerpo» normativo una doble alma, la contractual y la organizativa, cuyo fundamento común se identifica en el suministro, por parte del legislador laboral a partir de 1994, con la exaltación del poder de un contemporáneo *Unternehmer*, los principios e instrumentos jurídicos que contribuyen a legitimar y reforzar el «nuevo papel» que el empresario está llamado a desarrollar en las sociedades modernas: el de organizador de los factores de producción, entre los que viene ya definitivamente asumido el «factor trabajo» (86). Evidentemente, desde esta perspectiva, el legislador contemporáneo del trabajo recupera aquella «extracción» industrial del Derecho del Trabajo, recomponiendo aquel vínculo «indisoluble» que, desde los orígenes, como nos enseña una autorizada doctrina, mantiene este sector jurídico ligado a la noción «modernamente instrumental» de técnica, hasta determinar la *configuración del Derecho del Trabajo como un Derecho de empresa, gestional y racionalizador* (87).

Una perspectiva que aparece hoy particularmente actual para el sistema económico, si se tiene en cuenta que las propias tecnologías informáticas, que constituyen los modelos típicos de producción en la sociedad de servicios (sociedades terciarias), están haciendo adquirir a la tipicidad del «trabajo en la empresa» una consistencia todavía mayor de la tradicional (relativa a la integración del trabajador en una unidad técnico-organizativa, en otro tiempo bien definida pero que hoy aparecería rota desde diversos perfiles a través de los fenómenos de exteriorización de las formas de empleo y de empresa), como revela inequívocamente, entre otros, el fenómeno de vinculación electrónica a distancia entre diversos operadores respecto a una unidad central (88). Una afirmación que igualmente se verifica si se toma en debida consideración el hecho de que precisamente el afirmarse en los actuales ordenamientos jurídicos de un sistema de Derecho del Trabajo subordinado, representará uno de los factores determinantes, junto a la creciente introducción en la disciplina jurídica de la economía de técnicas iuspublicistas junto a los tradicionales institutos privatistas, de la reorientación del propio Derecho Mercantil actual hacia el plano del Derecho de la empresa, que aparece como la manifestación fundamental, aunque no exclusiva, del Derecho económico contemporáneo (89).

(86) Cfr. G. VARDARO. «Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro». En *Politica del diritto*. 1986, pág. 84.

(87) *Ibidem*, pág. 112. En el mismo sentido W. DAUBLER. «Nuove tecnologie: un nuovo diritto del lavoro?». *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 1985, pág. 65 y ss.

(88) Cfr. sobre el «Teletrabajo» en la línea de teoría general aquí apuntada B. VENEZIANI. «Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato». *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 1987, pág. 13 y ss.

(89) Aun reconociendo la importancia de este concepto, critica la configuración de la empresa como «noción clave» del entendimiento del Derecho económico y también cualquier posible consideración del Derecho de la empresa como «cristalizador» del Derecho económico, el prof. A. ROJO. «El Derecho económico como categoría sistemática». *RGLJ*. 1980, número 3, pág. 273 y ss.

Precisamente, en la medida en que, como consecuencia del principio de gobierno de la economía, el arte del derecho se orienta prioritariamente a la búsqueda de la mejor forma de gestionar los problemas colectivos, el Derecho en general, y el Derecho del Trabajo en particular, tiende actualmente a definirse como una «ciencia de organización» y como una «técnica de gestión» de la empresa al mismo nivel que la contabilidad, la gestión financiera, el márketing, etc., permitiéndole de este modo la integración y la adaptación a estas últimas (90). De lo que se desprende, como se indicó, una creciente instrumentalización de la ley a la consecución de determinados objetivos económicos y sociales: mejora de la transparencia de los mercados; protección del ahorro y la inversión; favorecer el dinamismo de las empresas... Así, en la «edad» de las políticas económicas y sociales, el Derecho traduce menos un orden coactivo que un instrumento «táctico» de realización de múltiples objetivos y estrategias definidos por aquellos sujetos considerados «competentes» para realizar la acción de gobierno (91).

De este modo, puede explicarse adecuadamente la presencia de un nuevo principio fundamental de este Derecho del Trabajo, que encuentra su principal fuente de inspiración en esa forma específica de saber-poder que es, como se ha reiterado, la economía política, plenamente asumida por la «nueva filosofía oficial»: «*el principio de favor hacia la empresa*» y, como corolario, «*el principio pro interés del empresario*» («*principio pro domino*»), con lo que -se nos dice (92)- el Derecho del Trabajo abandonaría su pretendido carácter «unilateral» (93) anterior para volver por el sendero «bidireccional», es decir, por la senda del equilibrio entre diferentes finalidades de política económica y social, entre distintos intereses de los empresarios y de los trabajadores. Ahora bien, de la redacción legislativa se desprende el reconocimiento de una primacía de los objetivos o exigencias

(90) Cfr. J. PAILLUSSEAU. «Le droit est aussi une science d'organisation». *Rev. trimm. dr. comm.* 1989, pág. 1 y ss.

(91) Cfr. LASCOURMES. «Pour la formation à la gouvernementalité: le fonctionnaire, légiste ou manager public?». *Rev. fr. adm. pub.* número 51. 1989.

(92) Cfr. E. BORRAJO. *¿Reforma laboral... op. cit.*, pág. 549, que alude sólo al «principio pro-empresa», para oponerlo al «principio pro-operario», con lo que, en realidad, está acogiendo una concepción objetivadora de la empresa, y por tanto acepta la existencia de un «interés objetivo de la empresa», que podría identificarse con aquellas «exigencias de la organización técnica del trabajo sobreordenado a los intereses individuales de las partes, al menos en el sentido de que las elecciones del empresario en materia de organización del personal deben ser adecuadas al respeto de aquellas exigencias». Cfr. PERSIANI. «L'interesse dell'impresa e l'interesse dell'organizzazione di lavoro». En *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità del imprenditore*. Milano. 1970, pág. 49. En cualquier caso no puede identificarse nunca ese presunto interés objetivo de la empresa con cualquier suerte de comunidad de intereses. Para las ambivalencias y ambigüedades del concepto de interés de empresa, como factor de legitimación de los poderes empresariales y como forma de tutela indirecta de los trabajadores, vid. SUPPIEJ. *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*. Milano. 1969. Para más amplias consideraciones, DE FERRA. «L'interesse dell'impresa: variazioni sul tema». *Riv. dir. comm.* 1966, pág. 372 y ss.

(93) También alude al carácter pretendidamente «unilateral» de la forma histórica de Derecho del Trabajo propia del Estado social de Derecho, en cuanto «Derecho especial de tutela y protección de los trabajadores», el prof. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo... op. loc. últim. cit.*, si bien este mismo autor pone de relieve cómo el enfoque económico del Derecho del Trabajo no sólo no es nuevo sino que en la discusión entre economistas y juristas tendría su origen, recordando además cómo «no han faltado opiniones autorizadas que han considerado que el Derecho del Trabajo formaría parte del Derecho económico en sentido amplio, y que tendría como finalidad estructural la de organizar las relaciones entre capital y trabajo». *Ibidem*, pág. 82.

de la empresa que, desde el punto de vista de la configuración precedente del ejercicio de estas prerrogativas empresariales, *difícilmente puede ser asimilable en la «normal» configuración de la prestación* de trabajo, fundada en el equilibrio previsto y permitido por el equilibrio contractual de intercambio. En realidad, *la legislación laboral de reforma, al recibir normativamente las prácticas económicas y organizativas de las empresas justificadas en la «competitividad» de la empresa o en la optimización de la gestión de los recursos productivos, entre ellos el trabajo, o en la eficiencia productiva, rompería con el equilibrio normativo e institucional precedente* (94).

Sin embargo, para comprender correctamente la efectiva incidencia en el sistema de Derecho del Trabajo de esta normativa particular, enormemente útil, aparece el recurso al principio de gobernabilidad, que permite cumplir tanto una función cognoscitiva del sistema como una función crítica del mismo, evitando tanto generalizadas descalificaciones de la reforma -tan a la orden del día en la doctrina mayoritaria- como resignadas y acrílicas recepciones de la nueva normativa. En efecto, se ha indicado en varias ocasiones que aquel principio implica básicamente el paso de un equilibrio a otro que trata de conciliar dos tendencias opuestas, a través de un mismo juicio general: el progreso económico y social. Si la tutela de los intereses ajenos a las estrictas «exigencias técnicas» empresariales en general, y en particular de los trabajadores por lo que aquí ahora interesa, constituye una condición indispensable para realizar tal juicio, la defensa de la productividad y la mejora de la competitividad, según el paradigma de la eficiencia económica, viene a configurarse en la otra condición ineludible (95).

De esta manera, el valor jurídico del ejercicio de las diferentes facultades empresariales, de conformidad con las nuevas posibilidades instrumentales abiertas por la normativa de reforma, ampliamente vinculada a su posición de titular de una organización económica orientada a la maximización de los recursos y factores de producción, se identifica por la *ratio legis* de las normas en el ámbito del complejo y variable juego de reequilibrio de los poderes típico del Derecho del Trabajo entendido como Derecho de la producción, y por tanto técnica de gestión y de organización, y no sólo de protección o distribución. En consecuencia, el legislador constata explícitamente la relevancia de una serie de ámbitos, más o menos amplios según los supuestos normativos, de intereses empresariales y exigencias económicas, expresados por el empresario a través de diferentes vías (poderes de dirección, disciplinarios, facultades modificativas y extintivas...) y, por tanto, con distinta intensidad y

(94) *Cf.* en relación al artículo 51 las apreciaciones del prof. E. BORRAJO, que pone de relieve el radical cambio de rumbo, puesto que la necesidad de amortizar puestos de trabajo, viene ahora a combinar «la necesidad... con la oportunidad; no se trata de supervivir sino de mejorar» *op. cit.* pág. 548. En el mismo sentido respecto de los artículos 40 y 41 del ET. También confirmaba este alcance innovador de la reforma M.E. CASAS, que pone de relieve cómo tales medidas, referidas a las primeras medidas de reforma del mercado de trabajo (R.D.-Ley 18/1993 y Ley 22/1993, de 29-12), implicaban un «tránsito hacia un modelo normativo e institucional distinto». «Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma». *RL*. 1994-I, que luego ha sido plenamente confirmado tanto desde el punto de vista formal como material.

(95) Inequívoca al respecto la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, cuando en el número 1 afirma que la adopción de medidas de reforma en el ámbito laboral es necesaria para «fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas españolas». Más abajo confirma como una de las finalidades esenciales de la reforma la introducción de «mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral».

vinculación, que exceden del área de negociabilidad individual, «pues el trabajo se presta dentro de unas unidades de producción de bienes y servicios sometidas a un proceso creciente de racionalización, en que la asunción del riesgo y la aceptación del cambio son condiciones de seguridad para el futuro, cuando no de supervivencia en el presente» (96).

Ahora bien, de conformidad con los propios objetivos «confesados» por el legislador en las diversas Exposiciones de Motivos, en particular de la Ley 11/1994, esta introducción de instrumentos eficaces para una gestión flexible de los recursos humanos, que permitan el «fortalecimiento de la economía a través de una mejora de la competitividad» de las empresas, no implica la quiebra del carácter «social» del ordenamiento jurídico laboral, por lo que debe mantenerse, en la comprensión de las normas laborales, tanto en el momento científico de reconstrucción como en el momento judicial de interpretación y aplicación de las mismas, un permanente método de ponderación de los intereses económicos y sociales implicados. La novedosa regulación de un buen número de preceptos e instituciones laborales, ciertamente, ha introducido una mayor complejidad en el sistema, abriendo mayores posibilidades a las exigencias de flexibilidad de las empresas, como condición para la valorización adecuada de los recursos productivos, pero por otro lado, la propia revalorización del concepto de organización aparece como condición significativa para el mantenimiento de la transparencia de la empresa y del mercado de trabajo, de tutela de una pluralidad de intereses, individuales y colectivos de los trabajadores, y de control del ejercicio de los poderes empresariales (97).

En esta perspectiva, la empresa se presenta como «modelo organizativo típico» que tiende a «objetivarse», englobando en su interior una amplia gama de procesos de concreción de un conjunto de factores y elementos, endógenos y exógenos a ella, que componen los complejos ciclos productivos de las organizaciones modernas y que, al mismo tiempo, implican varios niveles de media-

(96) Cfr. E. BORRAJO. *El Estatuto de los Trabajadores... op. cit.*, pág. 14 y ss. Ésta es la dirección en la que se mueve la fundamentación de las reformas introducidas en los artículos 16 (ingreso al trabajo), 22 (sistema de clasificación profesional) y 39 (movilidad funcional) del ET. De la misma manera, el recurso a medidas de modificación de las condiciones de trabajo facilitando su buen fin, es decir, la realización de aquellas que sean «necesarias» para la empresa se justifican en la propia protección de los trabajadores, pues de dificultar el recurso a estos instrumentos (arts.40 y 41), sin perjuicio de las debidas garantías de control público y sobre todo colectivo, «se pondría en peligro su empleo y la viabilidad de la empresa en su conjunto». Exposición de Motivos de la Ley 11/1994. Más clara es la referencia del legislador a esta argumentación cuando afirma que, de no «introducirse este criterio de adaptabilidad...» en las diversas fuentes reguladoras de las relaciones laborales, «el esquema de garantías para los trabajadores inherente al Derecho del Trabajo irá apareciendo cada vez más como una regulación puramente formal, que no sólo no sirve para proteger el empleo existente sino que abre una brecha cada vez mayor entre ocupados y desempleados» (motivo 2 párr. 3).

(97) Esta orientación es la única que hace efectiva la afirmación rotunda del legislador laboral cuando, para «recuperar la senda del crecimiento económico y mejorar la competitividad» de las empresas, aborda la reforma del marco de relaciones laborales, permitiendo la «permanente adaptabilidad a las circunstancias cambiantes de los procesos productivos y las innovaciones tecnológicas», establece como condición la salvaguarda del «necesario equilibrio de quienes las protagonizan» (Exposición de Motivos de la Ley 10/1994). Como señalara el prof. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, es en la dimensión organizativa donde «se han de valorar las decisiones empresariales que se adoptan en el mercado de trabajo, y en relación a esa organización ha de buscarse el equilibrio de intereses entre empleador y trabajador». «Racionalidad... op. loc. últim. cit. En sentido similar, abogando -algo voluntaristamente en nuestra opinión- por el mantenimiento de la imagen del Derecho del Trabajo como «norma protectora de los que disponen de empleo...», *Íd. Mercado de trabajo... op. cit.* pág. 86.

ción social. En consecuencia, la organización no sólo se convierte en expresión del poder jurídico del empresario, sino que abre al análisis jurídico la realidad organizada de la empresa, como formación social «con una pluralidad de intereses, todos igualmente relevantes, entre los cuales no existe un punto de encuentro predeterminado y fijo, sino sólo un equilibrio precario a alcanzar a través de un continuo proceso de negociación formal o informal» (98). En consecuencia, este proceso reconoce y legitima en la negociación la heterogeneidad de los fines de la organización, comprendiendo un importante aspecto normativo relativo a los instrumentos a través de los cuales los valores de los grupos que interaccionan en la organización, particularmente los relativos a los trabajadores, ejercitan influencia, en mayor o menor grado, sobre las específicas decisiones organizativas (99).

Precisamente, otro de los movimientos de fondo de la reforma se dirige hacia el reforzamiento de la intervención de los representantes legales de los trabajadores y de las organizaciones sindicales en la configuración de las relaciones laborales, pasando de un sistema de controles propios del clásico garantismo individual a la pluralidad de técnicas de control de tipo colectivo y tutela dinámica propias de las sociedades complejas, en las que la pluralidad de instancias normadoras y la multiplicidad de técnicas de control, de tipo especializado y profesional, constituyen el principio fundamental de organización jurídica -y política- del sistema. Se explica, así, que la reforma de la normativa reguladora de las más importantes instituciones del mercado de trabajo tenga como «una de sus principales orientaciones el potenciar el desarrollo de la negociación colectiva» (100). Y el hecho de que también esta institución jurídica, y en particular «el» convenio colectivo que resulta de este proceso negociador, se haya visto afectada profundamente por la reforma, diversificándose y aceptándose en una multiplicidad de modalidades o tipos, no debe verse sino como la necesidad de adaptar las técnicas a los objetivos económicos y sociales perseguidos, es decir, las reglas sustantivas e instrumentos técnicos a la especificidad de cada problema concretamente implicado.

Por tanto, situados en esta perspectiva de reorganización del sistema jurídico del trabajo subordinado en función del tipo de problema implicado, aparece de nuevo la utilidad del recurso a la emersión de un nuevo sistema basado en un nuevo tipo de racionalidad, el gobierno de la economía. En efecto, la entera reforma laboral, y por tanto el global reajuste jurídico, en los principios, en las técnicas y en las reglas, del Derecho del Trabajo, se encuentran inspirados en un principio fundamental, que adquiere en los momentos actuales un peculiar protagonismo y una propia autonomía: *la protección y promoción de los niveles de empleo*.

(98) Cfr. J. BONELL. «La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa». En Aa. Vv. *L'impresa. op. cit.* pág. 90.

(99) Cfr. J. CHILD. «Organizational Structure and Strategies of Control: a Replication of the Aston Study». En *Administrative Science Quarterly*. 1972, pág. 163 y ss.

(100) Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 11/1994. Cfr. al respecto R. ESCUDERO, *op. cit. passim*.

III. EL PRINCIPIO DE COHERENCIA DE LA REORDENACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO COMO «DERECHO DEL EMPLEO»: EL «DERECHO ECONÓMICO» COMO RACIONALIDAD QUE ATRAVIESA EL ENTERO SISTEMA JURÍDICO

1. Los nuevos criterios de organización del sistema jurídico: de la especificidad de la relación social al objetivo perseguido por la política económica.

La introducción de la economía en el campo político y jurídico en general, y en especial en la experiencia iuslaboral, no sólo es la fuente del recurso a categorías y principios forjados en el cuadro de pensamiento netamente económico por parte del jurista, sino que también suscita un *diverso criterio de redistribución del sistema jurídico* que, dividido en ramas, tendería ahora a organizarse en torno a cuestiones concretas, a problemas económicos y sociales particulares. Así, emergen en doctrina y en la normativa positiva, los conceptos de «Derecho del Mercado de Valores», «Derecho de los Mercados Financieros», «Derecho del consumo», «Derecho medio-ambiental», «Derecho de la construcción», «Derecho de Seguros», «Derecho de la competencia»... que incorporan en su estatuto normativo una pluralidad de reglas y técnicas que, de una u otra forma, inciden sobre su objeto, independientemente del origen de las mismas, normalmente procedente de diversas ramas jurídicas, ya sean de «estricto» Derecho privado ya sean de Derecho público (101). Y en todos ellos es plenamente evidente la lógica de la búsqueda del equilibrio entre los diversos intereses y finalidades en juego, como mejor forma de solucionar los problemas implicados, es decir, como ejercicio del poder de gobierno en la forma de la economía, según la racionalidad englobada en el modelo de gobierno de la economía aquí destacado.

Todos estos conceptos, que, en consecuencia, traducen la influencia de la economía política como forma principal de saber sobre el que se organiza el Derecho contemporáneo, determinan una significativa mutación del cuadro de principios clasificatorios y distintivos de las ramas e instituciones jurídicas: reorganización del entero sistema jurídico en base a la especificidad funcional del tipo de problema a resolver, de modo que tal sistema encuentra cada vez menos su principio de coherencia en la especificidad de las relaciones sociales y cada vez más en los objetivos perseguidos a través de las políticas económicas. Precisamente, esta redistribución del ordenamiento jurídico por tipo de problema permite repensar el problema de identificar la «naturaleza» y delimitar las fronteras del

(101) Entre las múltiples dificultades subsistentes para recortar la tradicional distancia que separa el «sistema económico» del «sistema jurídico», verdadera «asignatura pendiente» para el adecuado «progreso» de la Ciencia jurídica, una de tipo netamente jurídico viene experimentando en los tiempos más recientes una decisiva quiebra: la incidencia de la economía política en los procesos legislativos está determinando una derrota, parcial y relativa, de la capacidad de resistencia de los juristas tradicionales respecto de cualquier cambio de los clásicos criterios de sistematización de las «ramas» del Derecho. Cfr. A. ROJO. *El Derecho económico...* op. cit. 1981, pág. 260. Una confirmación del cambio aparece en el Derecho de los consumidores. Cfr. J. CALAIS-AULOY. *Droit de la consommation*. Dalloz. 1986. número 15; también para la pluralidad de técnicas de tutela y de reglas, en la que se integran intereses estrictamente privados e intereses colectivos e incluso intereses públicos vid. G. ALPA. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore...* op. cit. passim. particularmente, págs. 461 y ss. Para el nuevo Derecho del Mercado Financiero vid. A. ALONSO UREBA-J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (Dir.). *Derecho del Mercado Financiero. Tomos I y II*. 1994.

Derecho económico. Así, desde esta perspectiva, se confirma que no sería simplemente un conjunto de instrumentos técnicos al servicio de la economía (*definición funcional*), ni tampoco una nueva rama autónoma del Derecho (*definición sustancial*). Al contrario, se presenta como una racionalidad específica que atraviesa diagonalmente el entero sistema jurídico, a partir de la cual, sin oponerse radicalmente al modelo clásico, puesto que el Derecho positivo confirma una y otra vez la supervivencia de sus categorías fundamentales, sí se abre la posibilidad de un repensamiento y una redistribución del mismo, en definitiva, una resistemización (102).

Desde esta perspectiva, que ve en el «Derecho económico» una nueva racionalidad, la del gobierno de la economía o principio de gobernabilidad, es posible sustituir la generalizada referencia a esta categoría como un factor de disolución del Derecho, que se difuminaría crecientemente en un inmenso conjunto de normas heterogéneas, contingentes y fugaces, por una opuesta configuración como factor de recomposición coordinada o unitaria del sistema jurídico. Ahora bien, el criterio de esta recomposición sistemática no aparece en la identificación de una nueva relación social -sea la relación económica, sea la relación empresarial como cristalizadora de aquélla- sino en la individualización de los diferentes elementos fundamentales del circuito económico o del propio ciclo o proceso productivo de la empresa, que aparecen como objeto de diferenciados estatutos jurídicos *ad hoc*, ninguno de los cuales, como se señaló, se identifica enteramente con el Derecho económico ni con el Derecho de la empresa, como factor cristizador y clave, en nuestra opinión, del entero Derecho económico, pero sólo en la perspectiva -en la racionalidad de equilibrio- de la empresa puede ser asumible y sistematizable: el consumo, la producción, el ahorro, la organización unitaria de trabajo, el ambiente, el empleo... Lo que sin duda alguna viene a renovar profundamente buena parte de los conceptos más clásicos del Derecho privado (103).

En todo caso, y por lo que aquí interesa, desde esta reflexión general sobre el Derecho positivo contemporáneo, que identifica en el «tipo de problema» y no en la especificidad de la relación

(102) Cfr. CH. HANNOUN. *Le Droit et les groupes...* op. cit., pág. 47 que denomina a esta orientación, en la línea de M. FOUCAULT, como «definición arqueológica». Para la definición funcional vid. J. JACQUEMIN. «Le droit économique, serviteur de l'économie?». *Rev. trim. dr. comm.* 1972, pág. 283 y ss.; CL. CHAMPAUD. *Contribution a la définition du droit économique*. Recueil Dalloz Sirey. 1967, pág. 215. Para la definición sustancial vid. FARJAT. *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*. *Rev. int. dr. écon.* 1986, pág. 9 y ss. Para una crítica de las diferentes direcciones definitorias vid. A. ROJO. *El Derecho económico...* pág. 267 y ss, que termina conceptualizando como «una categoría sistematizadora de la materia jurídica -es decir, el resultado de aplicar a esta materia un nuevo criterio de sistematización-...» *Ibidem*, pág. 283, también pág. 263.

(103) Cfr. A. COURET. «Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés». *Rev. Soc.* 1984, pág. 243 y ss.; sobre el movimiento americano que inspira esta observación vid. V.E. MACKAAY. «La règle juridique observée para le prisme de l'économiste». *Rev. int. dr. écon.* 1986, pág. 43 y ss. También en la dirección, aunque matizadamente crítica con las aportaciones del Estado social, propia del análisis económico del Derecho, poniendo de relieve la necesidad de reelaborar los conceptos fundamentales del Derecho privado, la autonomía de la voluntad (mercado) y los derechos subjetivos (*property right*), en atención a la corrección de las desigualdades sociales, vid. C. PAZ-ARES. *La economía política como...* op. cit., pág. 703. No considera que el Derecho económico altere sustancialmente los pilares nucleares y categorías básicas del Derecho privado, puesto que no se presenta como alternativa al Derecho tradicional, A. ROJO. *El Derecho económico...* op. cit., pág. 283, si bien deja en el aire tal posibilidad de afectación.

social el criterio de redistribución o reorganización de su entero sistema jurídico, apoyado en la economía política como forma principal de saber sobre el que aquél se articula contemporáneamente, estamos en condiciones óptimas de comprender las dos ideas fuerza que inspiran los cambios normativos -y sistemáticos- introducidos por el legislador laboral: por un lado, la revitalización de la dimensión económica y organizativa como «factor de producción» del concepto jurídico de trabajo subordinado; por otro, la organización en torno a la resolución prioritaria de un problema socio-económico concreto, de un objetivo claro, aunque de enorme envergadura y de difícil solución, la protección de los niveles de empleo. La primera orientación la hemos visto ya en sus rasgos básicos; veamos ahora sucintamente esta segunda tendencia.

2. El tipo de juicio dominante en el «Derecho del empleo»: las reglas jurídicas de normalización social.

En efecto, la observada tendencia general a reagrupar los diferentes conjuntos normativos en torno a un problema particular encuentra una paradigmática verificación en el creciente protagonismo asumido en la regulación de las relaciones laborales por el «mercado de trabajo», término con el que se viene denominando a los cambios legislativos, y, en lógica consecuencia, por el *Derecho del empleo*, que adquiriría un propio relieve dentro del ordenamiento del trabajo subordinado, englobando todas aquellas reglas que, directa o indirectamente, e independientemente de cuál sea su rama de origen, incidan de modo significativo y se orienten en la consecución del objetivo específico de la protección y promoción de los niveles de empleo en condiciones adecuadas para una determinada población, incluyendo incluso determinados grupos de población laboral no estrictamente asalariada (104).

No cabe duda de que bajo el ámbito de este peculiar estatuto normativo *ad hoc* podrían englobarse una pluralidad de reglas, como por ejemplo las relativas a los procedimientos, públicos y privados, de colocación, la renovación de las modalidades de contratación temporal y de las nuevas formas de gestión indirecta (ETT), así como las normas sobre despidos relativos a razones de funcionamiento de la empresa, y más en general, todas aquellas medidas orientadas a «salvaguardar» la viabilidad de la empresa en dificultades económicas y/u organizativas; acciones sobre la formación profesional y sobre la recalificación de trabajadores desempleados... En consecuencia, el «Derecho del empleo», como conjunto normativo e institucional que tiene como objeto principal una de las políticas socio-económicas hoy más relevantes, la política (o políticas) de empleo, encontraría su principio de coherencia más en este objetivo que en la constitución de una relación específica, la «relación de empleo», como suele entenderse habitualmente en la doctrina (105).

(104) *Cfr.* para la trascendencia de esta referencia al mercado de trabajo en la configuración del Derecho del Trabajo tras la reforma el prof. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo y empleo, op. cit. passim.*

(105) Ilustrativo al respecto la específica atención que dedican hoy los manuales a las «relaciones de empleo», como otra relación a añadir a las típicas de trabajo individual, común y especiales, relaciones colectivas, de seguridad social, relación procesal. *Cfr.* paradigmáticamente A. MONTROYA. *Derecho del Trabajo. cit.* pág. 567 y ss. Prueba de tal especificidad que está adquiriendo esta normativa jurídica también es la atención particular que se dedica en otros al «empleo y mercado de trabajo». En A. MARTÍN VALVERDE *et alrri. Derecho del Trabajo. Tecnos. 3.ª edic. 1994, pág. 359*

Así, de la simple lectura de las normas de reforma, así como de los principales documentos relativos al futuro de la construcción europea, se pone claramente de manifiesto cómo la economía política no sólo suministra las palabras de orden en la actual regulación del mercado institucional de trabajo -eficacia, competitividad económica, crecimiento sostenido, creación de empleo-, orientando el Derecho del Trabajo en la línea de un «mercado de trabajo eficiente», ni tampoco se limita a articular un nuevo principio fundamental para el cumplimiento de la finalidad económica del Derecho del Trabajo -la promoción del empleo, y por tanto la realización de la política económica de empleo-, sino que además suministra un nuevo tipo de racionalidad para la producción y comprensión de la ordenación laboral: *el gobierno del mercado de trabajo en la forma de la economía, que exige la permanente adaptabilidad de éste, aunque desde la lógica del equilibrio señalado, al sistema económico* (106).

De esta forma, se pone de relieve cómo la influencia de la economía política en la forma de elaborar el Derecho en general, y el Derecho del Trabajo en particular, y más en especial de este «Derecho del empleo», se deja sentir intensamente también sobre el mismo proceso de valorización del Derecho, implicando *una significativa renovación del mismo*. En efecto, cuando al inicio de la investigación aludíamos a la idea de que la «masa» de intervenciones legislativas, permanentes pero altamente contingentes, en materia de empleo se asemeja a la ordenación de la «masa monetaria», no es una simple metáfora, sino que traduce un elemento esencial de aquel proceso de valorización del Derecho del Trabajo en su finalidad económica de promoción del empleo -y en general de todo el Derecho-: *su legitimidad* no se deduce ya sólo (o no tanto) de su adecuación a normas o estándares de conducta predeterminados, incluso «consagradas» hoy en el texto constitucional -juicio ético o moral de la norma- *sino más bien de su capacidad para orientar y propugnar soluciones jurídicas satisfactorias para cada problema económico y/o social específico*, en este caso el relativo a la necesidad de combatir las altas tasas de desempleo -juicio de eficacia de la norma-, *así como de la capacidad de ponerlas realmente en práctica con el resultado armonizador, equilibrador o de ponderación de objetivos y fines pretendidos* -juicio de efectividad de la norma- (107).

y ss., donde se alude a la diferencia, aunque «de matiz» entre la regulación jurídica del empleo y «regulación jurídica del mercado de trabajo», comprendiendo la primera «el conjunto de actuaciones encaminadas al empleo en condiciones adecuadas de toda la población activa, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, y no sólo de la población laboral asalariada». Nota 3, aunque no alude específicamente a «Derecho del empleo». Alude a la expresión «Derecho del empleo» pero sólo respecto a uno de los sectores del Derecho social comunitario, y con un contenido extremadamente restringido, M.C. PALOMEQUE-M. ÁLVAREZ. *Derecho del Trabajo*. CEURA. 2.ª edic. 1994, pág. 299 y ss., si bien estos autores no dedican en el estudio del ordenamiento jurídico nacional ningún apartado específico, ventilando el tema prácticamente en un breve capítulo sobre la «preparación del contrato». *Ibidem* pág. 699 y ss.

- (106) Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo... op. cit.*, pág. 84, que alude a la introducción de una «nueva filosofía» respecto de la finalidad de promoción del empleo, identificada en la consideración de que «la mejora de los niveles de empleo es una variable dependiente de la mejora del sistema económico». *Ibidem* poniendo nuestro actual sistema en relación a los objetivos tanto del «Libro blanco» de la Comisión, cuyo título no por casualidad reza: *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, y el *Libro Verde sobre política social, op. cit.*
- (107) Como se ha observado, con una cierta resignación crítica, en una «estrategia a medio plazo de crecimiento, competitividad y empleo, como objetivos inseparables, ha de aceptarse la idea de que las decisiones de creación y destrucción de empleo son decisiones económicas, de agentes económicos que se mueven en el mercado», por lo que ello necesariamente se refleja en la configuración de las instituciones laborales como técnicas de gestión -incluidas en el despido- y la protección normativa, salarial y social como costes laborales que no «pueden ser una variable independiente al margen de las señales que el mercado económico da». Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo... op. cit.* pág. 86.

De esta manera, la existencia y el actual desarrollo progresivo de un «Derecho del empleo», que, en mi opinión no sólo aparecería como una «categoría histórica» sino también como una «categoría sistemática», en cuanto principio de coherencia de una diversa reordenación de parte de la materia jurídica laboral, y entendido como conjunto «sistemático» de normas y principios articulados en torno a la solución más adecuada, en cada momento histórico, del problema de la protección y protección del empleo, deja emerger una nueva tipología de normas que, en última instancia, revelan una racionalidad inspiradora diferente: las *reglas jurídicas de normalización social de las prácticas económicas* (108), articuladas sobre el modelo del gobierno de la economía. En efecto, por un lado, son normas que, como ya se indicó, se integran en el seno de un orden social que tienden a renovar permanentemente, de modo que la búsqueda de la coherencia constituye un imperativo secundario respecto a la necesidad de permanecer permanentemente en contacto con una realidad móvil.

Así, el objetivo de las reformas en materia, según confiesa el propio legislador, es una permanente adaptabilidad del factor trabajo a las exigencias del mercado en que interviene la empresa, aun a costa de un «cierto sacrificio de los logros sociales», restringiendo y limitando más ampliamente los derechos individuales de los trabajadores, buena parte de ellos incluso «consagrados» constitucionalmente (soberanía individual de los derechos subjetivos) (109). En consecuencia, el privilegiado lugar que hasta este momento venía ocupando principios tradicionales, tales como el *pro-operario* (protección del trabajador empleado) y el de primacía de la intervención pública en la ordenación del «mercado de trabajo» -a través de rígidas prohibiciones y de monopolios o exclusividades-, resulta ahora progresivamente ocupado por nuevos principios, que en ocasiones no infrecuentes se mostraran potencial y efectivamente conflictivos con los anteriores:

- a) *Principio de protección inmediata del empleo*, por tanto sólo mediatamente al trabajador (p. ej., regulación del trabajador «aprendiz» o en general del «trabajador temporal»,...);
- b) *Principio de transparencia*;
- c) *Principio de eficacia competitiva del mercado de trabajo*, así como
- d) *Principio de efectividad* de la regulación de este mercado, como capacidad para poner realmente en práctica las diversas políticas formuladas, con objeto de obtener el deseado grado de satisfacción de una pluralidad de expectativas y necesidades económicas y sociales implicadas en materia de empleo (110).

(108) Cfr. A. SUPIOT. «Délégation, normalisation et droit du travail». *Dr. Soc.* 1984, pág. 296.

(109) Cfr. para la referencia a estas «incoherencias entre reglas laborales» y realidad económica, así como para la idea del «sacrificio» individual del trabajador empleado en beneficio del objetivo colectivo de promover el empleo, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *op. cit. passim*.

(110) Aunque somos conscientes de las dificultades de distinguir entre los conceptos de «efectividad», «eficacia», «eficiencia», conceptos propios de Administración de Empresas y de la Teoría de la Organización que frecuentemente se encuentran utilizados de forma conjunta, creemos más ajustada la expresión «eficacia» que la de «eficiencia» para designar uno de los objetivos centrales perseguidos por las actuales políticas de empleo, puesto que posee un contenido más amplio, y también creemos más apropiado el término de efectividad para referir a la capacidad de las nuevas normas de dar satisfacción práctica a los objetivos marcados por las actuales políticas económicas y sociales en materia de empleo. En cambio de «mercado eficiente» sin embargo habla el prof. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo...* pág. 82.

En segundo lugar, son normas que poseen una vocación básicamente instrumental, puesto que deducen sus objetivos básicos del propio objetivo de política económica y social que se marca el legislador al elaborarla, tienen un ámbito de validez restringido o limitado, en cuanto que se basan no en la contemplación de realidades generales y abstractas sino concretas, y son altamente contingentes o «historicistas», puesto que tienen normalmente una breve existencia, puesto que es necesario una permanente adaptación a las realidades o circunstancias condicionantes del problema, y por tanto de su solución normativa, que son extraordinariamente móviles, puesto que atañe a un mundo, como es el de la empresa y el trabajo, siempre cambiante y en evolución. De ahí el amplísimo catálogo de medidas e instrumentos, normativos o no, vinculantes o no, predispuestos para alcanzar los objetivos perseguidos por las políticas económicas y sociales. En este contexto, se entiende que este objetivo de adaptabilidad, y de eficiencia económica de la regulación del mercado, refiera a una amplísima gama de propuestas diferentes (111).

En tercer lugar, y como también se refirió, estas reglas de normalización social se caracterizan por devolver a los sujetos destinatarios un alto grado de protagonismo, de modo que la dirección autónoma y la dirección heterónoma se asocian y se concilian, impulsando más ampliamente el «autogobierno» de los destinatarios, por lo que, de este modo, se pone de relieve cómo el actual resurgir de políticas neoliberales no son en modo alguno incompatibles con el modelo social de gobierno de la economía. Esta ampliación del margen de iniciativa de los gobernados, y su relieve para la eficaz consecución de los objetivos de política económica perseguidos por el legislador, aparece particularmente confirmada en el actual programa normativo de reformas laborales, puesto que como se ha observado correctamente, «su puesta en práctica requiere una labor adicional de actuación de la autonomía colectiva y de la autonomía privada» (112).

En definitiva, la incorporación de nuevas finalidades y principios al Derecho del Trabajo «clásico» -la racionalización de las técnicas de gestión y organización del personal, la promoción del empleo de mayores sectores o grupos de la «población»-, si vista desde esta perspectiva racional de la gobernabilidad del sistema, nos permite escapar de las imágenes catastrofistas de la doctrina dominante, sustituyendo la hipótesis de la crisis del modelo social del Derecho del Trabajo, por la observación de la llegada de una «experiencia jurídica de hombres adultos» (113). Ciertamente, la reforma es expresión de una transformación del sistema jurídico del trabajo subordinado, pero no implica, en última instancia, una radical ruptura, en cuanto que la nueva racio-

(111) Precisamente, para una referencia a las características de estas medidas de reforma, aunque en relación a las modalidades de contratación, como un permanente proceso de tránsito de unas normas a otras, *vid.* M.E. CASAS. *Mercado de trabajo... op. loc. cit.* Esta misma idea de dinamismo aparece expresada por el prof. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo... op. cit. passim.*, y también es consciente de esta movilidad normativa el prof. BORRAJO. *¿Reforma laboral... op. cit.*, cuando pone de relieve cómo la alta tasa de conflictualidad -que es intrínseca a las normas sociales- de estas leyes de reforma «experimentarán serias revisiones a medio plazo...». Pág. 549.

(112) *Cfr.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo... op. cit.* pág. 81, que pone de relieve cómo la demanda de flexibilidad apunta a «tratamientos más singulares, menos uniformes y con un mayor margen de decisión individual de trabajador y empresario, y, más abiertamente, de poder de dirección del empresario». Pág. 85.

(113) *Cfr.* M.P. AMSELEK. *L'évolution... op. cit.*, pág. 293.

nalidad más que oponerse radicalmente a la precedente, planteando una rígida alternativa, se integra y complementa con ella, realizando una síntesis a través del «Derecho social» de nuevo cuño, como forma dominante de la experiencia jurídica contemporánea, que coloca entre sus aspectos esenciales la búsqueda del (re)equilibrio entre los poderes típicos de un Derecho del Trabajo de la distribución y de la producción.

Así, el principio de gobernabilidad nos permite -y nos obliga- a distinguir entre dos fenómenos diferentes hoy simultáneamente presentes en el proceso de producción de las normas laborales. Por un lado, la «inflación legislativa» propiamente dicha, que implica una alteración de los equilibrios normativos e institucionales precedentes, en base lisa y llanamente al cambio de relaciones de fuerza y capacidad de presión, entre distintas categorías de intereses -los de los empresarios y los de los trabajadores-, inclinándose la tensión entre éstos a favor de uno de los polos por la acción de reajuste del legislador. Por otro, la renovación y ampliación de la «masa» legislativa en función de la propia renovación de las circunstancias de mercado y de la ampliación de las actividades, objetivos y principios del sistema. Si es claro que este último expresa bien la realidad de un mundo en transformación, que exige nuevas capacidades de regulación y una revalorización de la flexibilidad en el uso de los recursos, no menos claro resulta que, el primero, la «inflación legislativa», traduce una crisis del sistema jurídico del trabajo subordinado, incompatible con el objetivo de la búsqueda de un permanente equilibrio -como «regla de justicia social» del ordenamiento jurídico-natural y ético-material contemporáneo- entre la protección del trabajador y las necesidades del mercado de trabajo que requiere ineludiblemente el principio jurídico constitucional del «Estado social» (114).

Es posible afirmar, sin embargo, que a consecuencia de los actuales procesos de crisis económica y renovación tecnológica, el principio de orden del Derecho del Trabajo de finales del siglo XX no parece ser ya la «justicia social» sino la «flexibilidad», de modo que la empresa reflorece en el panorama político y económico, incluso social, como un «valor en alza», potencialmente capaz de poner en discusión (o de flexibilizar) buena parte del adquirido patrimonio garantista de origen legislativo y convencional. Y ciertamente, quizá sea conveniente renunciar a parte de este patrimonio heredado -si no implica un significativo cambio cualitativo- (115), por lo menos a corto y medio plazo, en aras del crecimiento, de la competitividad y del empleo para un creciente sector de la población. Ahora bien, si esto es así, y la empresa en verdad se cotiza como un valor en alza, no menos cierta es la necesidad de buscar en sus dinámicas de comportamiento y en sus prácticas, los intereses diversos y contrapuestos del trabajador, confiriéndole relevancia y tutela jurídica, puesto que los objetivos de eficacia y efectividad no hacen del «Derecho del empleo», ni del Derecho del Trabajo en general, una mera variante dependiente de la economía, un «humilde» servidor de ésta.

(114) Para esta permanente revocación de una pretendidamente «intacta» función del Derecho del Trabajo «como instrumento eminente para la justicia social», *vid.* G. GIUGNI. «El desafío de la innovación en el Derecho del Trabajo». *RL*, número 22. 1994, pág. 47, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Derecho del Trabajo... op. cit.*, pág. 86.

(115) Como se ha observado, «no cabe defender a ultranza todo el patrimonio normativo heredado», *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, pág. 85.

En definitiva, la conceptualización de la «economía política» como forma de saber principal sobre el que se articula el Derecho del Trabajo contemporáneo, no señala una radical separación del modelo «clásico» del Derecho del Trabajo, fundado principalmente sobre un principio ético, la tutela de la persona del trabajador (hoy reconocido en el plano de la norma fundamental), sino que, en realidad, a lo que conduce es a una irrefrenable separación de los esquemas conceptuales mixtificatorios, de las categorías jurídicas abstractas y universales, tan característicos de la concepción dominante -pero sin duda mítica y puramente ideológica- del ordenamiento jurídico en general, y del propio del trabajo subordinado en particular, como una «jerarquía de esencias» ahistóricas, en buena medida eternas e inmutables. De modo que, como ya ocurriera con la elaboración dogmática de los conceptos jurídicos generales de los que provienen, el «contrato de trabajo» -y en general el contrato- es siempre igual a «contrato de trabajo», «empresa» -y en general la propiedad- es siempre igual a «empresa», «convenio colectivo» es siempre igual a convenio colectivo.