

TODA «MONEDA LEGAL» TIENE DOS CARAS: RELECTURAS DE LA REFORMA LABORAL A LA LUZ DEL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Carlos de la Torre Vallecillo

Estudiante de Derecho. Universidad de Jaén

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2013** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Francisco J. PÉREZ NAVARRO, don Carlos ALFONSO MELLADO, don Juan LÓPEZ GANDÍA, doña Isabel MERENCIANO GIL y doña Lourdes PARAMIO NIETO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La reforma laboral de 2012 ha querido desvincular la regulación de las relaciones de trabajo en España de buena parte de las representaciones normativas propias de un orden jurídico más global y coherente, de manera que la nueva palabra del legislador, en defensa de la función productiva del trabajo asalariado, se convirtiera prácticamente en la única relevante. La reivindicación de la «autoridad de la Ley» por encima de cualquier otra se justifica invocando otra «autoridad superior», la política económico-monetaria de la Unión Europea.

Sin embargo, los jueces de lo Social contestan esta pretensión de exclusividad y aislamiento precisamente apelando a esa otra «autoridad jurídica superior» transnacional, pero no en su versión más marcadamente economicista sino en la social, integrando el contenido de los textos legales nacionales con las normas y principios transnacionales, en especial europeos, a través de las construcciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El propósito de este estudio es poner de relieve una serie de aspectos de la reforma laboral que colisionan de un modo directo con el Derecho Social Comunitario y que, en consecuencia, exigen revisión, bien a través de una interpretación correctora de los textos legales bien de una interpretación incluso abrogatoria de los mismos, en virtud del principio de primacía del Derecho Comunitario.

Palabras claves: tasas judiciales, Derecho Social Comunitario, equidad judicial y arte del Derecho.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013 / Fecha de revisión: 13-09-2013

ALL «LEGAL TENDER» HAS TWO FACES: THE LABOUR REFORM REINTERPRETATIONS IN THE LIGHT OF THE COMMUNITY SOCIAL LAW

Carlos de la Torre Vallecillo

ABSTRACT

The 2012 labour reform has wanted to untie the regulation of labour relations in Spain in many of the own rules representations of a legal order more comprehensive and coherent, so that the new word of the legislator, in defense of the production function of the wage labour, became almost the only relevant. The recognition of the «law authority» above other, its explain appealing to another «higher authority», the economic and monetary policy in the European Union.

However, the judges of the Social answer this claim of exclusivity and isolation precisely by appealing to that other transnational «higher legal authority», but not in its economic version but more markedly in the social, integrating the content of the national legal texts with the transnational norms and principles, particularly in Europe, through the construction of the Court of Justice of the European Union. The purpose of this study is to highlight a number of aspects of the labour reform that collide in a direct way with the Community Social Law and that, consequently, require revision, either through a corrective interpretation of legal texts well of an interpretation even ban these devices of the same, by virtue of the principle of the primacy of Community Law.

Keywords: judicial taxes, Social European Law, judicial equity and art of Law.

Sumario

1. Introducción: «caos» y «orden» a los dos lados de la «luna Europa»
2. Desplazamiento de los lugares de aplicación jurídica: el alejamiento del «juez de última palabra de ley»
 - 2.1. De la «crisis económica» a la «crisis del Derecho Nacional»: la multiplicación de lugares de producción-comprensión de la norma
 - 2.2. El «código genético» del Derecho Comunitario: la dialéctica entre la «Europa de los derechos sociales» y la «Europa de los mercaderes»
3. La sujeción del periodo de prueba del «contrato de apoyo a emprendedores» al juicio del orden laboral comunitario
4. Regulación comunitaria del tiempo de trabajo y el control de legitimidad de ciertas medidas de flexibilidad interna
 - 4.1. Planteamiento general
 - 4.2. La facultad unilateral de distribución irregular de jornada como excepción a la regla comunitaria: ¿una interpretación abrogatoria?
 - 4.3. La colisión de la regla de concreción diaria del tiempo de reducción de la jornada por guarda legal con el principio de conciliación: dos ejemplos de interpretación correctora
5. A vueltas con el despido colectivo: integración de lagunas y antinomias desde el principio de conformidad comunitaria
 - 5.1. Puntos críticos de la regulación nacional respecto de la comunitaria: la tarea del juez empieza donde termina la del legislador
 - 5.2. La integración en los textos nacionales de las exigencias del principio de legalidad sustantiva derivados de la norma comunitaria
 - 5.3. El ámbito económico-organizativo del despido colectivo: las razones de Derecho Comunitario para la gestión unitaria en la empresa
 - 5.4. La delimitación del tipo de extinciones incluidas en el concepto de despido colectivo: un nuevo viraje jurisprudencial
6. Reforma de cierre: la tutela judicial efectiva como derecho fundamental comunitario y tasas en el orden social
 - 6.1. El presupuesto del beneficio de justicia gratuita en el orden social: no es un privilegio de clase social sino una garantía de igualdad
 - 6.2. Incorrección técnica de una interpretación abrogatoria: no procede de la doctrina del acto comunitario claro
 - 6.3. Fundamento y alcance de una interpretación correctora: el juicio de razonabilidad en el control de la legitimidad de la tasa judicial
7. Reflexión final: de la «sinrazón económico-productivista» al «tiempo del Derecho (Social) Comunitario»

«La historia tiene solo el sentido que nosotros, de vez en cuando, según las ocasiones, nuestros deseos y nuestras esperanzas, le atribuyamos. Por consiguiente, no tiene un solo sentido. Considerando el tema de los derechos..., me he permitido indicar un signo del progreso moral de la humanidad. ¿Pero es el único sentido? Cuando considero otros aspectos de nuestro tiempo... debería dar una respuesta completamente distinta»

BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos.* 1991, pág. 111

1. INTRODUCCIÓN: «CAOS» Y «ORDEN» A LOS DOS LADOS DE LA «LUNA EUROPA»

Hace algo de –demasiado– tiempo que la grave «crisis económico-financiera» de 2008 se ha convertido ya, y no solo en España, sino en general en todo el vasto espacio que cubre la llamada «gobernanza económica europea», en una profundísima «crisis de la Razón». La mayor parte de los analistas, incluidas las instituciones que integran la tan célebre como temida «Troika» –Comisión Europea, FMI, BCE–, expresan su preocupación por la muy abultada tasa de paro que tiene España, sin embargo todas ellas, de un modo u otro, le exigen que siga haciendo las mismas políticas de «consolidación fiscal» y de «reforma del mercado de trabajo», que son una causa no irrelevante de pérdida de crecimiento y, por tanto, de empleo. Si se toma con la seriedad debida es difícil sustraerse ante este «discurso» obstinado en la solución del dúo «*devaluación salarial-austeridad del gasto público*» a la perplejidad que evidenciaría un «ciudadano normal» –no integrista o hiperbólico, ni en un sentido ni en otro– ante la presencia de la siguiente escena: «un "verdugo", al apretar un poco más la soga que él mismo ha puesto a un "condenado a la horca", riñe a este por evidenciar síntomas de asfixia cuando procede de tal modo».

En consecuencia, una de dos, o los «medios» no son adecuados a los «fines» confesados –el primado del empleo sobre su destrucción, aun a costa de la devaluación interna– o estos no son los realmente buscados, sino meramente instrumentales para otros auténticos –recuperar la productividad perdida con el mal diseño del euro–. Los legisladores europeos parecen estar sorprendidos de que esta mezcla de políticas de austeridad en el gasto público –reducción de la demanda de los poderes públicos a la economía– y de más flexibilidad en el mercado laboral lejos de remontar el vuelo del empleo incurra en una recaída de la recesión y siga creciendo el desempleo. Ahora

bien, como evidencian cada vez más prestigiosos análisis económicos, no tienen razón para tal perplejidad, pues está sucediendo lo que la «macroeconomía básica» les habría permitido prever sin ningún esfuerzo. El FMI, cuyos cálculos son siempre inciertos, reconoce que la recesión será peor de lo que diagnostica a consecuencia de la influencia negativa que seguro tendrá la receta que sigue dispensando: austeridad y reformas laborales¹.

Desde que aparecieron las primeras sentencias anulando ERE se encendieron ciertas alarmas sociales y empresariales

Algo análogo puede evidenciarse en el plano jurídico-laboral en sentido estricto. Desde que aparecieron las primeras sentencias anulando ERE se encendieron ciertas alarmas sociales y empresariales, por cuanto los jueces, al seguir con el llamado «juicio de razonabilidad» de la decisión empresarial, estarían haciendo caso omiso de la voluntad del Gobierno-legislador.

Este se habría vuelto a «ilusionar», como en el siglo XIX, con el establecimiento de unos preceptos según la lógica clásica de supuesto de hecho y efectos, es decir, con el intento de objetivar hipótesis particulares de situaciones económicas negativas cuya constatación debería llevar de manera automática a las consecuencias jurídicas previstas –despido lícito y 20 días de salario por año de servicio ex art. 51 ET–, de forma que el juez poco o nada puede añadir a esa tarea de verificación del hecho concreto y a la lectura del texto normativo. Aquellos, sin embargo, apelan a que se limitan a aplicar el orden jurídico fijado y que no se integra solo por los textos, sino también por principios y normas transnacionales vigentes. Y lo cierto es que, salvo algunas resoluciones menos justificables, la mayor parte de ellas resultaban previsibles, no si se atiende a una lógica puramente legal-formal de la regulación, sino a otra «sustantivo-ordinamental», que presupone un cierto orden jurídico, flexible o inestable cuanto se quiera, pero orden jurídico, tal y como confirma la STS, Sala 4.^a, de 20 de marzo de 2013 –RCUD, 81/2012–².

Y lo cierto es que, salvo algunas resoluciones menos justificables, la mayor parte de ellas resultaban previsibles

En suma, por mucho que se quiera, y por mucho empeño que se ponga, en las actuales sociedades complejas, ni la Política, ni la Economía, ni la Ideología ni, por supuesto, y por lo que aquí interesa, el Derecho «únicos» son posibles, ni buenos para el progreso de sociedad alguna. Al igual que existe un gran convencimiento de que el verdadero problema se produce por el desajus-

¹ Por todos, *vid.* la clarividente obra de KRUGMANN, P.: *¡Acabad ya con esta Crisis!*, Barcelona: Crítica, 2012, pág. 11.

² En este sentido MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. Se concreta en la SAN 166/2012, de 18 diciembre.

te entre el «ideal» de la «zona monetaria» como «sistema único» y su «realidad asimétrica nacional», que deja al descubierto las deficiencias de aquel, también en el ámbito jurídico-comunitario se pone cada vez más de manifiesto que no todo lo que la «*política de gobernanza numérica*» «recomienda» es legítimo, ni siquiera conveniente. No lo es aunque cuente con la formalización en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria – ratificado por Instrumento publicado en el BOE de 2 de febrero de 2012, e interiorizado en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, modificada por Ley Orgánica 4/2012–. Junto al dominio de este *principio de equilibrio presupuestario* asistimos a la proclamación, también con fuerza jurídica vinculante, de la *Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos europeos*, unos reconocedores de libertades y otros de derechos de solidaridad, por tanto, incluye también «el punto de vista de la persona», sus razones y su estatuto de «trabajo decente», no solo las del «mercado» y su estatuto basado en el incremento continuo de la productividad. Esta institucionalización de los derechos con un valor jurídico «fundacional» exige garantizar en todo momento, también en sede de la UE, el equilibrio real o efectivo, no solo formal, entre los objetivos económicos y los sociales³.

Si el integrismo aplicativo de aquel principio económico condena a la UE a un futuro muy sombrío, la apertura hacia su dimensión social le abre ilusionantes expectativas de progreso social

En definitiva, si el integrismo aplicativo de aquel principio económico *condena a la UE a un futuro muy sombrío*, la apertura hacia su dimensión social le abre ilusionantes expectativas de progreso social. No es puro voluntarismo socio-jurídico. Asistimos a continuos ejemplos que ponen de relieve el desafío por parte

de los tribunales a esa política reduccionista y unilateral, orientándose más en la conservación de ese espíritu equilibrador⁴. Especialmente ilustrativa resulta la *STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno*, en virtud de la cual se declaró desproporcionado, y por tanto discriminatorio, el sistema de cómputo de los periodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial, sobre todo de las mujeres. A raíz de la misma, y tras dormir prácticamente una década el «sueño de los justos» en el TCO, este ha dictado la SCTO 61/2013, de 14 de marzo, que redundo en ese

³ Como se ha recordado recientemente, el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales se enmarca dentro de una larga historia de civilización jurídica que sitúa la «dignidad humana», por tanto la prohibición de su cosificación, como valor intangible de todo Derecho, que deberá no solo reconocerla sino protegerla de modo efectivo. Y esa protección exige también derechos sociales. Vid. MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L.: «Prólogo», en AA. VV. (dir. id.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, Granada: Comares, 2012.

⁴ Por ejemplo, la STJUE de 14 de marzo de 2013, relativa a la necesidad de asegurar el equilibrio frente al abuso en las relaciones hipotecarias, incluyendo un control específico a tal fin en el proceso de ejecución; STCO portugués 187/2013, de 5 de abril, que ha declarado contrarias a ese principio de proporcional reparto de los sacrificios múltiples medidas del Gobierno portugués.

carácter discriminatorio⁵. En todas, la razón del equilibrio presupuestario, hoy dominador de las políticas legislativas del Derecho, cede ante las exigencias de protección, obligando a los poderes públicos a adoptar medidas en sentido diverso al célebre «factor de la sostenibilidad» de las pensiones, por lo que fomenta un cambio legislativo cuando menos algo más equilibrado, reactivando el, hasta ahora, paralizado o mortecino, Diálogo Social.

Un revés relevante en un momento en el que se trabaja en una nueva reforma del sistema de pensiones dirigida por esa lógica del equilibrio presupuestario⁶. Ciertamente, no todo lo que viene de los tribunales responde a la evidenciada racionalidad o coherencia entre los valores de un ordenamiento jurídico, sin dejar vencer irresistiblemente uno –económico– a los otros –sociales–.

No todo lo que viene de los tribunales responde a la evidenciada racionalidad o coherencia entre los valores de un ordenamiento jurídico

De ese «grave virus» de la inseguridad jurídica se ha contagiado también el otro interviniente. Y si no, piénsese en el desconcierto más extremo que invadirá a cualquier operador jurídico al saber que la jurisprudencia ha virado de nuevo respecto de la legitimidad de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa –STS, Sala 4.^a, de 21 de diciembre de 2012, rec. núm. 3925/2011–, resucitando su doctrina radicalmente permisiva fijada en la década de los años 90 del pasado siglo cuando la ley ha hecho renacer, en cambio, la total prohibición –disp. final 4.^a Dos Ley 3/2012–.

En definitiva, en todos los discursos y acciones, y reacciones, aparece la llamada a la crisis económica, y todas justifican opciones de signo opuesto para una misma situación, siendo unívoco el resultado: la inseguridad jurídica⁷.

Sin embargo, siguiendo la mejor tradición, resulta claro que la vida social siempre exige adaptaciones ante la presión de las nuevas demandas de la sociedad y del mercado, y eso nos obliga a la evolución y a la flexibilidad. Pero sin un orden estable básico no es posible. Por ello, en este estudio

⁵ Precisamente, esta doctrina judicial ha obligado a una reacción legislativa, en este caso si previamente consensuada con los interlocutores sociales, para modificar el ordenamiento jurídico-social y colmar la laguna creada por la jurisprudencia anulatoria. Así ha sucedido a través del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto. Un comentario en profundidad sobre el mismo en MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevos capítulos de una reforma laboral sin líneas rojas: qué hay de nuevo en el RDL 11/2013», *RTSS. CEF*, núms. 365-366, págs. 55 y ss.

⁶ *Vid.* PANIZO ROBLES, J. A.: «Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial (Comentario de urgencia al contenido del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social)», disponible en www.laboral-social.com

⁷ Lo advierte el fundado voto particular que acompaña la STS, Sala 4.^a, de 21 de diciembre de 2012: «*Desconcierto opuesto al principio constitucional de seguridad jurídica*», cuyas exigencias son, de un lado, *la garantía de una razonable previsibilidad de los efectos de la aplicación de las normas*, de un lado, y *la protección de la expectativa razonablemente fundada del ciudadano a una igual actuación del poder en la aplicación del Derecho*, de otro. *Vid.* SSTCO 36/1991, de 14 de febrero y 37/2012, de 19 de marzo.

pretendemos poner ejemplos de *cómo restablecer el orden laboral perdido por las reformas laborales «inspiradas» en la política económica europea apelando a su Derecho Social Comunitario –orden laboral comunitario–*. Por tanto, como los dos lados inexorables de la luna, el luminoso y el oscuro, al Derecho Comunitario le compete recuperar el orden perdido por la inestabilidad legislativa y el unilateralismo regulador nacionales, a su vez fundamentados en la presión de las políticas de gobernanza económica de la Comisión y su «órgano ejecutor», la «Troika»⁸. Para ello, los jueces nacionales apelan mayormente a los tribunales transnacionales, bien como canon hermenéutico de las normas nacionales a aplicar, bien directamente como vía para cuestionar –criticar– positivamente, esto, con efectos prácticos no teóricos solo, el grado de ajuste de las leyes al orden jurídico transnacional.

Restablecer el orden laboral perdido por las reformas laborales «inspiradas» en la política económica europea apelando a su Derecho Social Comunitario –orden laboral comunitario

2. DESPLAZAMIENTO DE LOS LUGARES DE APLICACIÓN JURÍDICA: EL ALEJAMIENTO DEL «JUEZ DE ÚLTIMA PALABRA DE LEY»

2.1. DE LA «CRISIS ECONÓMICA» A LA «CRISIS DEL DERECHO NACIONAL»: LA MULTIPLICACIÓN DE LUGARES DE PRODUCCIÓN-COMPRESIÓN DE LA NORMA

Formulado más concretamente este problema de armonizar la necesidad de cambio en la ordenación de las relaciones jurídico-laborales y su mercado con una elemental estabilidad y, desde luego, coherencia reguladoras, exige conciliar la «autoridad legal», los imperativos de una «voluntad soberana» nacional, con los imperativos de la «*autoridad superior*». La libertad de configuración que tiene la ley, fijando reglas más flexibles y distintas que en el pasado, debe tener en cuenta no ya solo la función de concreción judicial, que no puede ser mero «arbitrio o discreción judicial», sino el debido respeto por la ley a otros imperativos de leyes de ámbito superior⁹. El principal problema hoy es que esa libertad es menor que en el pasado, sobre todo si se forma parte de los «deudores». La formación de sujetos político-institucionales como la UE ejemplifica el creciente proceso de institucionalización de órganos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen, o al menos lo pretenden, sobre las leyes nacionales, dictando sus contenidos, y sobre

⁸ Vid. FERRAJOLI, L.: «La ciencia jurídica y el reto de la complejidad», en *Derechos y garantías, La Ley del más débil*, Trotta, 1999, págs. 29 y ss.

⁹ Vid. POUND, R.: «Capítulo I. Historia y Derecho», en *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada: Comares, 2004, págs. 5 y ss.

las constituciones nacionales democráticas, cuyas mutaciones, formales –por ejemplo el nuevo art. 135 CE– o fácticas –más frecuentes–, igualmente promueven.

Pero, esos organismos no dejan de estar en un *Estado de Derecho Social Comunitario*, por más que resulte imperfecto y viciado. De ahí, que al tiempo que exigen cambios en una línea evidencian sus límites. En este sentido, la crítica de la Comisión Europea a las reformas laborales españolas revela que llueve sobre mojado. Apenas aprobado el Real Decreto-Ley 3/2012, la Comisión, que lo había inspirado, lanzó dardos letales sobre ella, de modo que la Ley 3/2012, que apenas atendió a ese balance crítico comunitario, nació «herida de muerte»¹⁰.

La esquizofrenia jurídico-social comunitaria se aprecia con nitidez al recordar cómo la documentación de trabajo elaborada, por parte de los servicios técnicos de la Comisión, en apoyo de las Recomendaciones del Consejo sobre los Programas de Reforma de los Estados miembros, en nuestro caso para España, evaluaron la reforma laboral poniendo de relieve notables deficiencias de la misma, tanto en el plano de la eficacia como en el del ajuste jurídico. Así, no solo se llamó la atención sobre el riesgo de incrementar notablemente la carga de trabajo de los tribunales por propiciar una mayor conflictividad, sino que recordó cómo no se había logrado introducir mayor eficiencia en las políticas de mercado de trabajo, pues estar permanentemente rotando en torno a los incentivos económicos para la creación de empleo supone acudir a un «*instrumento costoso e ineficiente del mercado laboral*». Como también tuvo momento para evidenciar las incoherencias de la reforma, sobre todo respecto del fin o el eje de la reducción de la dualidad de contratación, porque «*la posibilidad de que un trabajador sea empleado a través de sucesivos contratos de aprendizaje, que pueden rescindir sin ningún coste, va en la dirección contraria de la prevista por la reforma*»¹¹. A este respecto, no es ocioso recordar que alguna previsión de este tipo pudo merecer cierta enmienda en la Ley 3/2012, pero el Real Decreto-Ley 4/2013 profundiza mucho más en esas heridas, introduciendo nuevas dosis de caos y desconcierto en el sistema de contratación con el pretexto de poner en marcha la ya célebre «garantía de empleo juvenil». Caos que no ha sabido tampoco reducir la versión legislativa de esa iniciativa, concretada en la Ley 11/2013¹².

La esquizofrenia jurídico-social comunitaria se aprecia con nitidez

¹⁰ Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Medidas de flexibilidad interna», en AA. VV., «La reforma laboral de 2012», *Revista del MEYSS*, Serie Derecho del Trabajo, número especial 100, pág. 127.

¹¹ Es muy sugerente releer esos documentos para hallar «los polvos» de los «dodos» que ahora nos echa en cara la Comisión, pidiéndonos una vuelta de tuerca más, por tanto en parte profundizando en la dirección, ya evidenciada como errónea, en parte variando el rumbo –sobre todo en políticas de incentivo y de contratos–. Vid. «Examen exhaustivo de España de conformidad con el art. 5 del Reglamento UE n.º 1176/2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos», Referencia SWD (2012) 159 final. Debe recordarse la sólida jurisprudencia del TJUE en torno a la prohibición de uso sucesivo de contratos de trabajo, salvo que concurra una razón objetiva suficiente. Vid. STJUE de 26 de enero de 2012.

¹² Un detenido estudio al respecto se realiza en esta misma Revista y número por los profesores VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva ley de fomento del autoempleo: en busca de "El Dorado"».

Si a esa crítica fundada se puede llegar desde un plano netamente institucional, e incluso económico, cuánto más se evidenciará dejando emerger las lagunas y antinomias que plagan las últimas reformas laborales. La llamada a la integración de sus textos mediante las normas y los principios de la «cultura de civilización jurídica», con especial referencia al orden jurídico de valor supra-legal comunitario y europeo, es inexorable –para su papel en la renovación del Derecho es muy interesante la STCO 198/2012.

De ahí el renovado protagonismo del llamado «Derecho Vivo» en la conformación final del orden jurídico socialmente aplicado, pues del mismo modo que resulta imposible hoy comprender la evolución del Derecho Comunitario sin el activismo

intenso del TJUE, tampoco es posible dar cuenta de la conformación del Derecho nacional sin atender a la doctrina judicial y a la jurisprudencia, aunque ambas experimenten también, como se ha visto, profundas tensiones e inestabilidades. Pero, paradójicamente, asistimos, en una buena medida, a un cambio de función del papel de la jurisprudencia social. En efecto, hasta ahora el valor más significativo de la jurisprudencia no residía en cristalizar sus creaciones del pasado, sino en hacerlas *progresar para mayor utilidad al servicio del interés general* de la entera sociedad –SSTS de 9 de junio de 1962; 22 de enero de 1985, 15 de febrero de 1986–. Así, en los países del área anglosajona, se habría traducido en el paradigma del «precedente» y de la doctrina del «*stare decisis*». En cambio, en los países continentales, se materializa en la llamada jurisprudencia constante o consolidada emanada de los recursos de casación en los que el TS interpreta y aplica la norma jurídica, manteniéndose el juez vinculado a la ley, que cambia a golpe de reformas parlamentarias –o con valor de leyes gubernamentales– y no al «precedente» –STCO 37/2012, de 19 de marzo, seguida por STS, Sala 4.^a, de 5 de julio de 2012, RCU 3604/2011–¹³.

Paradójicamente, asistimos, en una buena medida, a un cambio de función del papel de la jurisprudencia social

En los mejores estudios de los juristas continentales sobre el llamado «Derecho Vivo», se demostró que también la jurisprudencia continental cumplía una función de estabilización, incluso de conservación

Ahora bien, ya en los mejores estudios de los juristas continentales sobre el llamado «Derecho Vivo»¹⁴, se demostró que también la jurisprudencia continental cumplía una *función de estabilización, incluso de conservación*. Es la jurisprudencia la que tiene el «poder de conformar»

¹³ En general, sobre el sistema del precedente como fuente del Derecho y del principio de «*stare decisis*» en el Derecho anglosajón, *vid.* GRAY, J. G.: *The Nature and Sources of The Law*, 2.^a ed., Nueva York, 1921, reimp. 1997, págs. 137 y ss.; SIMPSON, A. W. B.: «The Common Law and The Legal Theory», en *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series), Oxford-Norfolk, 1973, reimp. 1978, págs. 77 y ss.

¹⁴ *Vid.* ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho* (traducción E. Valentí Fiol), Barcelona, 1961, págs. 34 y 35. De interés también HERZOG, J. B.: *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Études de Droit privé espagnol*, 6, Toulouse, 1942, págs. 221 y ss.

el sentido último de cualquier enunciado jurídico, elevándose como la «última autoridad jurídica» en la atribución del significado a una ley («función nomofiláctica»)¹⁵. Pues bien, en época de fuertes mudanzas legales, la jurisprudencia parece más bien asumir un papel de «guardián de los derechos», incluso de *los principios* más elementales del Estado Social que las leyes intentan devaluar o desestabilizar. La historia del Derecho del Trabajo –y de la Seguridad Social– se resume bien como la de un «gran torrente encauzado»¹⁶: el cauce está determinado por un sistema de reglas que contiene, canaliza e integra la originariamente desbocada corriente de conflictos, intereses, fines, funciones e, incluso, claro que sí, «pasiones e instintos» dentro de determinadas posibilidades u opciones de acción y, al tiempo, de límites, que han permitido «civilizar» la formación de la «sociedad del trabajo», ahora en grave crisis.

Esta transición desde la etapa de conflictividad entre «poderes salvajes» –libres de vínculos–, que incluso utilizan con frecuencia el recurso a diversas formas de «violencia social», a otra de integración se llama *institucionalización de las relaciones de trabajo*, uno de cuyos principales méritos ha sido ampliar el horizonte de la experiencia jurídico-laboral mucho *más allá de las fronteras de las normas nacionales*. Por eso, la historia de la regulación jurídico-laboral ha sido siempre uno de los principales referentes para la afirmación del «pluralismo jurídico», valor reconocido hoy como fuente de impulso del «Estado Social y Democrático de Derecho» ex artículo 1.1 de la CE y que rompió el círculo cerrado de la teoría monista del Derecho, según la cual solo el Derecho Estatal –en especial el Legal– es Derecho válido y eficaz –positivo y, por lo tanto, a él hay que reservar el monopolio de la producción jurídica. La quiebra de ese monopolio no es teórica, sino práctica, y se reconoce esa función en el artículo 10.2 de la CE, en el que se plasma constitucionalmente, por ejemplo, *el principio de primacía del Derecho Comunitario* –SSTCO 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.º y 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5.º–, que incluye también, y esto es ahora básico, *«la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea»* –STCO 41/2013, FJ 2.º–.

De ahí que esta visión tenga como virtud asumir la triple distinción Ley, Derecho y Realidad, *lex* y *ius*. Ese Derecho, el ordenamiento jurídico, encierra contenidos de gran riqueza cuyo correcto entendimiento solamente es posible teniendo

De ahí que esta visión tenga como virtud asumir la triple distinción Ley, Derecho y Realidad, *lex* y *ius*

presente tanto la complejidad del entramado normativo cuanto el dinamismo de las relaciones socioeconómicas en las que surgen y son aplicados, o desconocidos, constantemente. En esta concepción, la interacción entre normas/instituciones/realidad socio-laboral no solo explica el modo de producción jurídica, sino también la comprensión de la garantía de la vigencia efectiva de las reglas que alumbró, en la que se abren continuamente paso tanto las «normas supra-nacionales»

¹⁵ Vid. al respecto BLASCO GASCÓ, F. P.: *La Norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, págs. 20 y ss.

¹⁶ Vid. metáfora de BOBBIO, N.: «Teoría de la norma jurídica», en *Teoría General del Derecho*, Temis, 2007, pág. 4.

cuanto, también, los reconocidos como «principios generales de civilización jurídica» que subyacen e informan al entero sistema jurídico. Normas de carácter internacional, en nuestro caso europeo sobre todo –pero también de la OIT–, y principios jurídicos cuya concreción en cada caso requiere un cuidado contraste de la realidad sobre la que se proyectan con las normas de referencia.

En suma, a través de las normas y principios de valor supra-legal de origen jurídico internacional se preservarían de manera permanente los vínculos entre el «deber ser» y el «ser». Pero no en el plano ético, como hoy tanto se predica, sino en el estrictamente normativo –efectividad de los principios de carácter superior sobre las normas de carácter inferior, aunque se trate de leyes vigentes, pero que no pueden ser entendidas sin el complemento, incluso corrección, de aquellos–¹⁷.

2.2. EL «CÓDIGO GENÉTICO» DEL DERECHO COMUNITARIO: LA DIALÉCTICA ENTRE LA «EUROPA DE LOS DERECHOS SOCIALES» Y LA «EUROPA DE LOS MERCADERES»

Desde este paradigma complejo, integrado e interactivo, todo ordenamiento jurídico se bararía, a su vez, en tres rasgos fundamentales: la unidad, la coherencia y la plenitud¹⁸. Ahora bien, una cosa es el reconocimiento de los principales rasgos a los que aspira el Derecho y otra su actualización práctica, apareciendo aquellos a menudo –en especial, por lo que aquí interesa, para el Derecho Social Comunitario– como unas simples aspiraciones, nobles pero en exceso vagas, racionales de principio, e incluso se presentan como justas, equilibradas, pero débiles y desmentidas en sus textos. Por eso, la función de la interpretación es corregir tales vicios en aras de construir un orden tan flexible como estable y coherente. No se trata de pura especulación filosófica o doctrinal, sino que la actualidad está plagada de experiencias o casos que lo acreditan.

Precisamente a ilustrarlos en relación con la última reforma laboral, tanto en su dimensión sustantiva como incluso procesal –la sujeción del orden social a las tasas judiciales– dedicamos el núcleo fundamental de este trabajo. Pero previamente

La inherencia al Derecho del canon o juicio de control conforme a los derechos fundamentales, no solo constitucionales sino también ahora comunitarios

¹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid: Civitas, 1984, págs. 13 y ss. Esta «jurisprudencia de principios» la reconoce la propia legislación orgánica del Poder Judicial –vid. art. 5 LOPJ–. Para la visión general PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1984, págs. 88 y ss. También BOBBIO, N.: «Teoría general de la norma», en *Teoría General del Derecho*, op. cit., págs. 19 y ss.

¹⁸ Vid. BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1998, pág. 202. Muestra la centralidad de las cuestiones relativas al «ordenamiento jurídico» y su autonomía en relación con las de la «norma jurídica». No estaría de más que los laboristas repasáramos estas «lecciones» de la Teoría General para evitar planteamientos desmesurados en orden al impacto de las reformas legales en el «Derecho del Trabajo», diferenciando entre la «legislación laboral» –inestable y cambiante– y el «ordenamiento jurídico-laboral» –flexible, pero estable–.

conviene remachar un importante cambio institucional del cual todavía no se aprecia todo su alcance pero que comienza a dar sus frutos. Nos referimos a la inherencia al Derecho del canon o *juicio de control conforme a los derechos fundamentales*, no solo constitucionales sino *también ahora comunitarios*, pues en este nivel no solo tienen cabida los tradicionales derechos cívicos sino también los derechos sociales, y sin perjuicio de recientes derivas de sujeción a las libertades económicas sin más¹⁹. Conforme al artículo 52 de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella exige ser establecida por ley y requiere siempre el respeto del canon propio del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, las restricciones únicamente tienen legitimidad si son estrictamente necesarias para el cumplimiento de un objetivo de interés general, de forma que los poderes públicos prueben, en la interpretación del TJUE, que las limitaciones actúan con una *justificación suficiente* –STCO 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6.º; STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto *Brachner*–.

3. LA SUJECIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA DEL «CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES» AL JUICIO DEL ORDEN LABORAL COMUNITARIO

Para la flexibilidad de acceso al mercado de trabajo, la Ley 3/2012 puso el acento en una nueva modalidad contractual pretendidamente «indefinida» para dos colectivos vulnerables en el mercado: jóvenes y mayores. Al margen del pretendidamente potente sistema de incentivos fiscales, la característica principal del contrato era la configuración de un régimen absolutamente excepcional del periodo de prueba: un año «en todo caso». Que una determinada regulación no es inexorable, como a menudo se nos dice, para lograr un mismo fin, lo pone de relieve el mismo Gobierno. En efecto, para la llamada «*garantía de empleo juvenil*» ha optado por una modalidad alternativa de fomento del empleo para jóvenes y microempresarios –art. 10.2 a) RDL 4/2013, ahora art. 10.2 a) Ley 11/2013–, que no se basa en esa mayor inestabilidad sino en los incentivos –reducción del 100% de la cuota social empresarial por contingencias comunes– y facilitación de la modalidad a tiempo parcial. Ciertamente esta referencia nos pone sobre la pista de uno de los juicios integrados en el principio de proporcionalidad de la restricción del Derecho Comunitario afectado: la estricta necesidad de la medida para la consecución de un fin.

Pero el principal motivo para poner de relieve aquí la colisión de esta norma nacional con el Derecho Social Comunitario nos lo suministra el equipo de apoyo técnico a la Comisión Europea. En efecto, en el documento ya comentado aparece una crítica abierta a la reforma de 2012 inclu-

¹⁹ Como se ha afirmado recientemente, sin perjuicio de reconocer tanto sus «*inicios titubeantes*», cuanto las derivas a favor de la sujeción de los derechos colectivos a las libertades económicas –asuntos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, según la llamada «trilogía negra»–, los derechos fundamentales han tenido especial presencia en el TJUE. *Vid.* MIRANDA BOTO, J. M.: «El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la UE», *Revista del MEYSS*, Derecho Social internacional y comunitario, monográfico, núm. 102, págs. 23 y ss.

El contrato «de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» aparece como una nueva modalidad de contrato funcionalmente temporal, aunque formalmente se considere de duración indefinida, por lo que queda excluido indebidamente de la protección que brinda la Directiva 1999/70/CE

indefinida, por lo que queda excluido indebidamente, a nuestro juicio, de la protección que brinda la Directiva 1999/70/CE. Una regla de incentivo consistente en un «*periodo de prueba*» obligatorio, de muy larga duración –un año en todo caso– e indiscriminado, pues aquí no se diferencia por cualificaciones profesionales, como sí hace la regla general ex artículo 14 del ET, equivale al reconocimiento de una facultad de desistimiento *ad nutum*. Por lo tanto, el periodo de prueba establecido convertiría al contrato formalmente indefinido en una relación laboral típicamente temporal, y al trabajador contratado en un empleado con un contrato de duración determinada definido en el artículo 3.1 de la directiva²⁰.

Consciente el legislador de la brecha que esa modalidad introduce en el sistema normativo contractual, según el modelo regulador comunitario e internacional, ha querido sanear el vicio jurídico estructural del mismo atribuyéndole un carácter coyuntural, incluyendo un régimen transitorio –disp. trans. 9.^a: solo estará en vigor en tanto el desempleo esté por encima de la tasa del 15% (cuando menos hasta 2020)–, que busca desactivar las críticas contra esa modalidad por su carácter inconstitucional y contrarias al Derecho Social Internacional, en el marco de la OIT –Convenio n.º 158– y de la UE –directiva comunitaria–. Pero entendemos que no es suficiente para el juicio de proporcionalidad.

Nuestro TS ha sido rotundo respecto de su carácter abusivo cuando tal opción ha sido por la negociación colectiva. Así, de un lado, ha afirmado, que «*no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad...*» –STS, Sala 4.^a, de 12 de noviembre de 2007, rec. núm. 4341/2006–. Es decir, debe acreditarse que la duración del periodo de prueba se vincula razonablemente con el puesto de trabajo a desempeñar. En otro caso, los tribunales recuerdan el carácter abusivo de

yendo, entre otros motivos, el que para la pyme «*los contratos nuevos con periodos de prueba prorrogados pueden convertirse en un sustituto de los contratos temporales*» –pág. 40 del documento «*Examen exhaustivo de España de conformidad con el artículo 5 del Reglamento...*»–. De este modo, el contrato «de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores» *aparece como una nueva modalidad de contrato funcionalmente temporal, aunque formalmente se considere de duración*

²⁰ Artículo 3 (Definiciones), apartado 1, se entiende por trabajador con contrato de duración determinada a aquel «con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

tales cláusulas, pues «los límites a la duración del periodo de prueba vienen determinados además de por la voluntad de las partes, por la propia finalidad de la institución y por el abuso...».

Ante tan evidente realidad, la jurisprudencia asentó como doctrina que una regulación –en el caso analizado convencional– en la que se fije «una duración excesivamente dilatada de dicho periodo» –en el caso eran dos años–, sugiere:

«... que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales (...). Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social» (STS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2011, RCU 152/2010).

Esta desproporción entre los medios –periodo de prueba dilatado e indiscriminado– y los fines –crear empleo juvenil, sobre todo– es advertida atendiendo también a la conciencia jurídica internacional y comunitaria en la materia, así como la evidenciada en diversos ordenamientos nacionales, que ponen de relieve la necesidad de mantener en todo momento una correlación entre el periodo de prueba y la razón para pactarlo, así como la diferenciación de periodos atendiendo a la complejidad de la actividad a desempeñar. Por tanto, estas exigencias de proporcionalidad forman parte del acervo jurídico común en la UE, incluso de un principio de civilización jurídico-social. En este sentido, el referido Convenio n.º 158, artículo 2.2 b), exige que el periodo de prueba sea razonable, sin que un plazo tan dilatado como el de un año, sin condicionante ni atención alguna al tipo de trabajo a realizar, pueda entenderse como tal.

Así se valora en el *Informe de la dirección de la OIT a propuesta de la Queja sindical francesa* sobre el «contrato de primer empleo» que se introdujo en 2005. El 14 de noviembre de 2007 el consejo de administración de la OIT concluyó la no conformidad con el Convenio n.º 158, arguyendo dos motivos principales:

- La duración no razonable del periodo de prueba que eufemísticamente el contrato «*nouvelle embauche*» denominaba de «consolidación del empleo».
- La ausencia de causalidad en la rescisión del contrato, algo que ya los propios tribunales franceses ordinarios habían reconocido al condenar a empleadores por haber despedido a trabajadores con el nuevo contrato.

Esta doctrina ha sido asumida expresamente por la mayoría de los tribunales de justicia nacionales de los países que han suscrito el convenio, por tanto no solo el español. Entre ellos cabe destacar la *Chambre sociale* de la *Cour de Cassation* francesa al fallar en un caso similar²¹ al que se denuncia: la aprobación de una modalidad contractual –*nouvelle embauche*– considerado como un contrato de duración indefinida, aplicable a las empresas de menos de 20 trabajadores, en el que du-

²¹ Arrêt de 1 de julio de 2008 (pourvoi n.º 07-44124).

rante los dos primeros años, excepcionalmente, no se aplicaba la regulación general sobre contratos –*les règles d'ordre public du code du travail*– ni, por tanto, las previsiones sobre despido. La *Cour de Cassation* declaró contrario al artículo 4 del Convenio n.º 158 de la OIT la norma francesa que instauraba dicho contrato al considerar que un periodo de prueba tan excesivo no era «razonable».

No se trata, pues, de una convicción nacional, sino que forma parte del acervo comunitario, de los principios jurídicos generales –comunitario e internacional– por lo que de no corregirse adecuadamente quebraría el efecto útil de la directiva. Ciertamente, el TJUE ha aceptado que los objetivos de empleo puedan servir como

No se trata de una convicción nacional, sino que forma parte del acervo comunitario, de los principios jurídicos generales –comunitario e internacional

título suficiente para restringir derechos reconocidos por el Derecho Comunitario, en nuestro caso del Derecho Social Comunitario –así lo recuerda con carácter general la STCO 61/2013–. Ahora bien, para ellos no basta con declarar el fin u objetivo de empleo, la «razón de imperiosa necesidad» para el interés general, sino que ha de ser razonable y proporcionada. Pues bien, es manifiesto que en este caso la regulación no es proporcionada, porque no constituye una medida estrictamente adecuada a tal fin. Primero, un somero análisis de la práctica evidencia que no está consiguiendo el resultado esperado, pues el desempleo ha crecido desde la aprobación de la reforma laboral. Segundo, porque el legislador podría haber optado por una fórmula mucho más respetuosa con el Derecho Comunitario, como por ejemplo la de fijar el año como periodo mínimo de antigüedad para disfrutar de la protección íntegra del despido, incorporando al tiempo algunas cautelas para evitar un uso abusivo del contrato. Así lo ha hecho, como se dice, con el artículo 10 del Real Decreto-Ley 4/2013, ahora Ley 11/2013.

Además, nos encontramos con una doble discriminación, ya que los trabajadores con el nuevo contrato pretendidamente indefinido también serían penalizados con un trato desigual y menos favorable respecto a otros trabajadores temporales. Este trato desigual con relación con otros trabajadores «comparables», en particular respecto al tratamiento del despido, conduce también a la vulneración del derecho «de todo trabajador a una protección en caso de despido injustificado» recogido en el artículo 30 de la citada *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Finalmente, conviene poner de manifiesto que no es el primer caso en que se denuncia la vulneración de esta directiva, *inicialmente en un procedimiento de incumplimiento del Estado ante la Comisión Europea*. Fue el caso de la *queja* presentada por la Confederación Sueca de Empleados Profesionales –The Swedish Confederation of Professional Employees, TCO–. Ante la misma se abrió procedimiento de infracción contra el Gobierno sueco que culminó en la *reclamación formal de modificaciones en su legislación interna*, aprobada en 2007, para acomodar esta a las previsiones establecidas en la legislación comunitaria. En suma, existiría ya un cierto acervo de «cultura jurídico-social» comunitaria que, garante del orden público social –que ahora alcanza esa dimensión transnacional–, se opone a una relectura invertida del mismo primando tan solo el orden público económico productivista, revitalizando el sentido

práctico del derecho social al trabajo ex artículo 15.1 de la Carta Comunitaria en relación con su artículo 30, evitando que se eludan las garantías efectivas solo cambiando las denominaciones. Veremos la importancia de este precepto en relación con los despidos colectivos ex Directiva 98/59/CE, del Consejo²².

4. REGULACIÓN COMUNITARIA DEL TIEMPO DE TRABAJO Y EL CONTROL DE LEGITIMIDAD DE CIERTAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Pero no era la flexibilidad de acceso el eje de la reforma de 2012, a diferencia de lo que ha sucedido primero con el Real Decreto-Ley 4/2013 y posteriormente con la Ley 11/2013. El eje principal auto-confesado por la reforma laboral era el aumentar «la flexibilidad interna», a fin de propiciar una alternativa al despido –flexibilidad externa o de salida–, de manera que la masiva destrucción de empleo en España se contuviese y se cambiara por una acelerada e intensa devaluación de los costes laborales –rebaja salarial, incremento de la jornada, mayor movilidad...–. La Ley 3/2012 dio diversas vueltas de tuerca más a tal fin, pero sin que en ningún momento quedara fijada una preferencia entre ambas vías de flexibilidad²³.

Aunque no es la institución principal directamente afectada, sí indirectamente a través de la institución laboral de las modificaciones sustanciales de trabajo –art. 41 ET– y de la relativa a las cláusulas de descuelgue –art. 82.3 ET–, no es dudoso que la ordenación del tiempo de trabajo constituye un aspecto siempre nuclear de toda organización flexible del trabajo. Una flexibilidad que podría jugar tanto a favor de los intereses económicos del empleador, vertiente dominante, cuanto a favor de los intereses de los trabajadores, en especial los relativos a la conciliación de la vida familiar y profesional, una vertiente en auge si bien marginada, salvo, precisamente, en su reorientación productivista, por la reforma laboral de 2012. A este respecto, nos centraremos en dos elementos o aspectos relevantes del nuevo régimen del tiempo de trabajo. A saber:

- a) El problema de colisión del apartado 2 del artículo 34 del ET –atribución legal al empleador de una facultad de distribución irregular de jornada, salvo pacto en contrario– con la directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo. Según se analizará con algún detalle, la cuestión se centrará en resolver si se trata de una verdadera antinomia, de modo que resulta incompatible la norma nacional con

²² Para un comentario del artículo 30 de la Carta y sus implicaciones de refuerzo de las directivas *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: «Artículo 30», en AA. VV., *La Europa de los Derechos...*, *op. cit.*, págs. 696 y ss.

²³ *Vid.* críticamente MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Medidas de flexibilidad interna...», *op. cit.*, pág. 128.

- la comunitaria, debiéndose depurar aquella, o si es una colisión solo aparente, cabiendo corrección por la vía de la interpretación.
- b) Los problemas de contradicción de las reformas en materia de distribución del tiempo de trabajo atendiendo a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar con la más reciente evolución de la jurisprudencia y el Derecho comunitarios en materia.

4.2. LA FACULTAD UNILATERAL DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE JORNADA COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA COMUNITARIA: ¿UNA INTERPRETACIÓN ABROGATORIA?

Por lo que concierne a la primera eventual antinomia, conforme al segundo inciso del párrafo primero del artículo 34.2 del ET: «*en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por cien de la jornada de trabajo*». Se trata de una clara manifestación del proceso de desregulación de esta condición de trabajo, de modo que se autoriza la distribución irregular de jornada mediante decisión empresarial aun sin acuerdo colectivo en la materia. La defensa de la productividad sirve de fundamento una vez más para introducir una habilitación de este tipo en la regulación laboral. Por tanto, es oportuno preguntarse si tiene cabida dentro del elenco de excepciones previstas en los artículos 17 y 18 de la Directiva 2003/88/CE, 4 de noviembre, sobre ordenación del tiempo de trabajo²⁴.

No cabe duda de que la distribución irregular de jornada representa, en la lógica del Derecho Social Comunitario, una excepción al régimen general de organización-distribución del tiempo de trabajo y, en consecuencia, precisa una habilitación específica, bien directamente por la ley –art. 17 directiva– bien por la autonomía colectiva –art. 18 directiva–. La lectura detenida del artículo 17 evidencia que las excepciones

La distribución irregular de jornada representa, en la lógica del Derecho Social Comunitario, una excepción al régimen general de organización-distribución del tiempo de trabajo y, en consecuencia, precisa una habilitación específica

ex lege se vinculan a un cierto tipo de trabajos o de trabajadores, por lo que no tienen una dimensión tan general como la que expresa el artículo 34.2 del ET, mientras que el artículo 18 pone de manifiesto que una habilitación general solo es posible, bajo ciertas condiciones –que sí respeta el art. 34.2 ET: los descansos mínimos (y la exigencia de compensación con horas de descanso)–, si se funda la facultad empresarial de distribución irregular de jornada en un acuerdo colectivo. Una

²⁴ Críticamente MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Fundamentos de Derecho Comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2.ª ed., A Coruña: Netbiblo, 2010, págs. 183 y ss.

atenta comparación entre la regulación nacional, que ha ido aumentando gradualmente el porcentaje de jornada laboral a distribuir irregularmente por el empresario a falta de acuerdo colectivo, y la regulación comunitaria, que solo habilita tal posibilidad en el marco de gestión establecido por la autonomía colectiva, evidencia que hay una marcada incompatibilidad entre ambos.

En consecuencia, es necesaria una actividad de integración del sistema jurídico-laboral español conforme al principio de conformidad al Derecho Comunitario. Para ello, caben dos posibilidades. De un lado, llevar a cabo una *interpretación correctora* de la norma nacional, conserván-

Es necesaria una actividad de integración del sistema jurídico-laboral español conforme al principio de conformidad al Derecho Comunitario

dola pero al precio de reducción del sentido literal de la norma inferior y permisiva –el art. 34.2 ET–, para compatibilizarla con la regla comunitaria, que es superior e imperativa –integración correctora–. De otro, puede promoverse la eliminación de la norma nacional que colisiona –interpretación abrogatoria–. Aunque, en otros ejemplos aquí seleccionados de este tipo de vicios o anomalías, la regla general prima la interpretación que *mantiene viva la norma conflictiva sobre la que la deja sin aplicación, vaciándola de sentido práctico* –pues en sentido propio solo el legislador puede eliminarla del ordenamiento jurídico–, en este caso, la generalidad e indiscriminación con que se autoriza al empleador a distribuir unilateralmente la jornada de forma irregular si no hay acuerdo hace difícil encontrar un sentido de la norma que permita esa conservación²⁵.

4.3. LA COLISIÓN DE LA REGLA DE CONCRECIÓN DIARIA DEL TIEMPO DE REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR GUARDA LEGAL CON EL PRINCIPIO DE CONCILIACIÓN: DOS EJEMPLOS DE INTERPRETACIÓN CORRECTORA

a) La reconfiguración de los derechos de conciliación a favor de la productividad

En lo que concierne a otro bloque de reformas relativas al tiempo de trabajo, en la misma dirección de fomentar la función productiva en detrimento de un derecho social, el relativo a la conciliación de la vida laboral y familiar –art. 33 de la Carta Comunitaria–, hay que dar cuenta básicamente de dos alteraciones del régimen estatutario precedente. Estas novedades, aparentemente de alcance menor, colisionan con el Derecho Social Comunitario. Precisamente, aquí se

²⁵ Es la posición, que compartimos, de MARTÍNEZ GIRÓN, J., para quien no hay posibilidad de compatibilizar por vía interpretativa ambas normas, debiendo promoverse una sentencia de condena. El autor presagia, con fina ironía, que nuestro país escalará, por esta situación, algún puesto en el ranking de las condenas del TJUE por violación de las normas de seguridad y salud en el trabajo. «Medidas de flexibilidad interna...», *op. cit.*, pág. 132.

tiene un ejemplo de *reconocimiento de las potestades de gestión empresarial* a costa de un paralelo intento de clausura legislativa de los *poderes de adaptación del trabajador del tiempo de vida laboral* al de vida familiar²⁶. Aunque la conciliación de tiempos de vida está presente en otros preceptos reformados, nos centraremos en los *relativos al tiempo de trabajo*, vertiente central en la conexión entre competitividad, seguridad jurídica, justicia y conciliación.

Precisamente, esta obsesión por la función productiva aparece en el nuevo segundo párrafo del artículo 34.8 del ET, relativo al mandato de promoción de aquellos «... modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos *que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida... de los trabajadores y la mejora de la productividad*

en las empresas». Podría criticarse el escaso valor jurídico que posee este enunciado legal²⁷, así como su desidia para resolver directamente las dudas interpretativas generadas en su aplicación –*vid.* SSTCO 24/2011 y 26/2011; SSTS, Sala 4.^a, de 13 y 18 de junio de 2008–. Pero aquí importa evidenciar la intención del legislador de hacer de toda norma laboral un ideal para la defensa de la productividad ex artículo 38 de la CE²⁸. Desde esta perspectiva, lo más relevante está en el recorte de las potestades de adaptación de la jornada para ejercer el derecho a la reducción de aquella por cuidado de hijo menor ex artículos 37.5 y 6 del ET. Pocas reformas normativas tan escuetas en texto, solo una palabra, despliegan tan intensos efectos prácticos. En efecto, la «sencilla» adición a la fórmula precedente, «reducción de la jornada de trabajo», de una palabra, «reducción de la jornada de trabajo *diaria*», supone toda una conmoción del régimen precedente, sobre todo por la creciente experiencia jurisprudencial que fue creando en sentido expansivo. Una evolución progresiva, y ciertamente atormentada, no lineal, que ahora amenazaría con quedarse en papel mojado con «una sola palabra» legislativa.

Pocas reformas normativas tan escuetas en texto, solo una palabra, despliegan tan intensos efectos prácticos. Toda una conmoción del régimen precedente

²⁶ *Vid.* BALLESTER PASTOR, M. A.: «De cómo la reforma operada por el RDL 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social*, núm. 57/2012, págs. 99 y ss. También aquí las opiniones aparecen radicalmente encontradas, pues en otros estudios, pese a partir de la centralidad de esta materia para un «Derecho Justo del Trabajo», apenas ven problemas. *Vid.* CÁMARA BOTÍA, A.: «Medidas de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral», en AA. VV., «La reforma laboral de 2012», *Revista del MEYSS*, monográfico núm. 100/2012, pág. 106.

²⁷ De «neutrón legislativo» ha sido calificado por MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Medidas de flexibilidad interna...», *op. cit.*, pág. 131. Otro ejemplo es el «brindis al sol» que supone la disposición adicional 17.^a de la Ley 3/2012, relativa a la «racionalización de horarios».

²⁸ *Vid.* MAÑAS ALCÓN, E. y GARRIGO YSERTE, R.: «La compatibilidad entre trabajo vida personal: un nuevo reto para las empresas españolas», *Economía Industrial*, núm. 367, 2008, págs. 168-169. En la misma línea ALBERT LÓPEZ-IBOR, R. *et alri.*: «Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral desde la perspectiva del empleador. Problemas y ventajas para la empresa», *Cuaderno de Trabajo*, 2, Universidad Complutense de Madrid, 2010, pags. 2-3.

De este modo, se favorecen la seguridad y estabilidad organizativas del empresario y se perjudican las oportunidades de flexibilidad que ofrecía el silencio legal, en la línea potenciada por las SSTCO 3/2007 y 26/2011, pese a la posición mucho más restrictiva del TS –SSTS de 13 y 18 de junio de 2008–²⁹. Aunque una interpretación sistemática del precepto no excluiría otras fórmulas de organización y distribución de tales tiempos de vida, ya sea por la vía específica del artículo 37.6 del ET ya por la vía genérica del citado artículo 34.8 del mismo texto legal, todas abocan al mismo presupuesto: la existencia de un acto de autonomía, bien individual –pacto– bien colectiva –convenio– que así lo prevea. Destaca, junto a la ampliación de la esfera del deber –de buena fe– en detrimento de la del derecho –de adaptación– que ha de implicar el incremento de las obligaciones de preaviso, salvo «fuerza mayor familiar»³⁰, la atribución de una nueva competencia a la negociación colectiva para reconfigurar un derecho, otrora individual, *en otro recesivo y condicionado* directamente al convenio.

Según pacífica doctrina científica, refrendada por la doctrina constitucional, y por la *STEDH de 19 de febrero de 2013*, demanda n.º 38285/09 –asunto García Montero c. España–, la regulación legal de la concreción horaria en tales casos otorga(ba) un derecho al trabajador y un deber de adaptación, siempre que fuese razonable la decisión de aquel, a cargo del empleador. Ahora, la nueva regla desplaza a la autonomía colectiva la función ponderadora de los intereses en juego que esa norma atribuye al juez, actuando pretendidamente de un modo preventivo y no reactivo para lograr el equilibrio. Sin embargo, un análisis más realista de la situación alumbraría riesgos ciertos de producir un efecto contrario: el incremento de la conflictividad por tal causa y el retraso en su disfrute, con la mayor inseguridad de ejercicio para el trabajador(a).

Una reforma que conlleva el germen de una extrema degradación del derecho, al implicar, por enésima vez, una redistribución a la inversa de costes económicos e inseguridad –por tanto costes de transacción– de su ejercicio

En consecuencia, una reforma que para un sector de opinión jurídica ofrece nuevas y mejores oportunidades de organización de los tiempos de vida compatibles con la conciliación y la productividad, para otro conlleva el germen de una extrema degradación del derecho, al implicar, por enésima vez, una redistribución a la inversa de costes económicos e inseguridad –por tanto costes de transacción– de

su ejercicio, de modo que recaerían ahora mucho más sobre el trabajador reduciendo los del empleador. La flexibilidad reguladora enfatizada por unos, por añadir certeza empresarial, es la alerta de otros por el alto riesgo de que ante tal redistribución perjudicial del coste del derecho, el tra-

²⁹ Favorables SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral* de 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 244; Crítica BALLESTER PASTOR, M. A.: «De cómo la reforma...», *op. cit.*, pág. 110.

³⁰ No se ajusta a la cláusula séptima de la Directiva 2010/18/UE. Rechaza la conexión entre la norma legal y la comunitaria BALLESTER PASTOR, M. A.: «De cómo la reforma...», *op. cit.*, pág. 112. La afirma CÁMARA BOTÍA, A.: «Medidas de conciliación de la vida personal...», *op. cit.*, pág. 119.

bajador –más bien la trabajadora– disminuya su uso, propiciando el abandono «voluntario» del empleo a cero coste para el empresario, dada la más que probable «incompatibilidad familiar», con el efecto expulsión de la empresa consiguiente³¹.

b) El contraste de la reforma nacional con la regulación comunitaria y europea

Dejando de lado los problemas de incoherencia reguladora interna –sobre todo con el art. 139 LRJS–, aquí hay que plantear el grado de ajuste, más bien de desajuste, con el Derecho Social Comunitario, así como con el principio jurídico europeo relativo a la conciliación de la vida laboral y familiar. Un principio cuya conexión con el derecho a la vida en familia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales –CEDH– aparece en la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, el *derecho-principio* a la conciliación de los tiempos de vida –familiar y laboral– se reconoce y se garantiza en el artículo 33 de la *Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales*, ubicado en su capítulo IV (Solidaridad).

Conviene advertir que esa nueva formulación va más allá que el principio análogo reconocido, si bien solo con carácter pomocional, en el apartado 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (1989). Asimismo, está dando lugar a relecturas expansivas de los textos normativos por el TJUE, a fin de garantizar el *efecto útil* de los concretos derechos de conciliación de la vida profesional y laboral reconocidos, de manera que no se devalúen en su ejercicio práctico ni se reduzcan a derechos formales o aparentes. Las manifestaciones de esta actualización práctica del derecho-principio comunitario son múltiples. Van desde la inclusión de la dimensión de género, apelando a la protección que a través de los derechos de conciliación se ofrece a derechos especialmente garantizados en el Derecho de la Unión –como el principio de igualdad de trato: que no solo prohibiría toda forma de discriminación sino también toda forma de obstaculización del derecho en el plano de la realidad (STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez)–, hasta la compatibilidad de los permisos parentales con cualquiera otro de los descansos previstos en el ordenamiento, pasando por la construcción de una suerte de «garantía de indemnidad» o «integridad» de sus derechos, como el relativo a la indemnización por despido, de modo que, por ejemplo, la reducción de la jornada por el ejercicio de un permiso para cuidar no minore su cuantía. No se trata de una construcción particular, aplicable solo al caso concreto, sino que, como señala el TJUE, se está en presencia de un *principio general del Derecho Social Comunitario* que reviste, en el actual contexto social, económico y normativo, una extraordinaria trascendencia jurídica, prohibiendo interpretaciones restrictivas³².

³¹ El aval a este rediseño radical del ejercicio del derecho a favor unilateralmente del empleador en CÁMARA BOTÍA, A.: «Medidas de conciliación de la vida personal...», *op. cit.*, pág. 119. Para esta crítica BALLESTER PASTOR, M. A.: «De cómo la reforma...», *op. cit.*, pág. 113.

³² *Vid. SSTJUE 22 de octubre de 2009, asunto Meerts, C-116/08*, que remite a la Sentencia de 16 de julio de 2009, Asunto Gómez-Limón Sánchez-Camacho, C-537/07 (rec. p. I-000, apartado 30). Así como, por analogía, a las SSTJCE de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99 (rec. p. I-4881, apartado 43), de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro

Desde esta perspectiva, cabe afirmar que la reducción del margen de decisión tan solo al módulo diario entra en colisión con la jurisprudencia comunitaria que veta cualquier regla o interpretación que reduzca el conjunto de derechos y ventajas reconocidos al trabajador en el ejercicio de permisos parentales a mero «papel mojado», o que obstaculice irrazonablemente su ejercicio efectivo. Así, lo afirma con nitidez la STJUE de 22 de octubre de 2009, según la cual:

«... una legislación nacional que lleve a una reducción de los derechos... en caso de permiso parental podría disuadir al trabajador de acogerse a tal permiso... Esto iría directamente en sentido opuesto a la finalidad del Acuerdo marco sobre el permiso parental, uno de cuyos objetivos es conciliar mejor la vida familiar y profesional» –apdo. 47–.

Esta doctrina jurisprudencial nos pone de inmediato en la senda de evidenciar cómo tan notorio ejemplo de jurisprudencia evolutiva comunitaria en materia socio-familiar-laboral tiene una trascendental plasmación normativa en la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre permiso parental y se deroga la Directiva 96/34/CE. En ella aparece por vez primera una clara referencia al derecho del trabajador, si bien en el supuesto de reincorporación tras ejercer el permiso, a la adaptación razonable del tiempo de trabajo «para promover una mejor conciliación»³³. En esta dirección, que se orienta a facilitar que el derecho a un permiso de ausencia resulte lo más compatible posible, sin renunciar ni a uno ni a otro, con el derecho a mantener su presencia en el lugar de trabajo, conciliando verdaderamente los tiempos de vida, a través de la adaptación razonable del dedicado al trabajo, se sitúa también la doctrina de la citada *STEDH de 19 de febrero de 2013* –caso García Mateos–, contraria al Auto del TCO 1/2009, 12 de enero³⁴.

Se evidencia la incompatibilidad del tenor del artículo 37.5 del ET con ese principio general del Derecho Social Europeo

En suma, la conjunción de este aspecto del aquí varias veces referido *acervo jurídico-cultural europeo* favorable al principio de conciliación, y la propia evolución legal evidencia la incompatibilidad del tenor del artículo 37.5 del ET con ese principio general del Derecho Social Europeo. La garantía de un orden más coherente exigirá una interpretación correctora del precepto –eliminando la exigencia de que sea solo bajo el parámetro de la «jornada diaria»– o su abrogación, prefiriendo la primera a la segunda, en virtud del principio de legitimidad legal.

Alonso, C-307/05 (rec. p. I- 7109, apartado 38), y de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06 (rec. p. I-2483, apartado 114), entre otras muchas.

³³ *Vid.* para una suerte de mandato comunitario a los Estados de mejorar su nivel actual de protección, CABEZA PEREIRO, J.: «El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental», *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2012, pág. 2.

³⁴ Brevemente, cabe recordar que en esta sentencia se ha condenado a España a indemnizar con 16.000 euros por daños morales a una trabajadora por la tardanza de la Administración de Justicia en reconocer que había sido discriminada por el supermercado en el que trabajaba.

c) El nuevo activismo jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de adecuación de la norma nacional a la comunitaria: el efecto útil del periodo de vacaciones

La jurisprudencia española más reciente no es ajena a este activismo jurisprudencial corrector de posiciones propias precedentes sobre la base de la marcada primacía del Derecho Comunitario. Así aparece en otro grupo de novedades de la reforma laboral que deber ser mejor contrastada con el Derecho Social Comunitario para evidenciar una nueva incoherencia.

Nos referimos al *derecho a disfrutar de las vacaciones* de tal forma que, al margen de las vicisitudes que se puedan producir –maternidad, incapacidad temporal (IT)–, antes o durante su ejercicio, siempre sean efectivas, útiles para las finalidades a las que sirve –protección de la salud y también la atención a su derecho al ocio–. De ahí que, recibiendo una dilatada y tormentosa evolución del TJUE, y, a su instancia, de la del TS español, se permita ahora, cubriendo la laguna legal al respecto e integrando la incierta precisión del artículo 6.2 del Convenio OIT n.º 132³⁵, su diferimiento a un periodo posterior al año natural, pese a la regla tradicional en contrario. Aquí hay que advertir una significativa mutación del modo en que el TS asume ahora sus relaciones con la jurisprudencia del TJUE y, en consecuencia, con el Derecho Social Comunitario, avanzando en un diálogo o comunicación mucho más fluidos y enriquecedores para la labor de atribución de sentido al Derecho Nacional, coordinándolo con aquel pese al deficiente, lagunoso y antinómico legislador.

En efecto, hace casi una década, su actitud era más bien reactiva, de modo que se resistía a enfocar la interpretación de las normas nacionales conforme a las comunitarias. Un claro ejemplo de ello es lo que sucedió con la STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, C-342/01, que garantizó que la trabajadora, con una relación laboral suspendida por maternidad, disfrutara del tiempo de vacaciones íntegramente y, en consecuencia, admitió que pudiera continuarse fuera del periodo establecido para ello. Una vez se consolidó este criterio, el TS cambió el suyo, convirtiéndose en palabra de ley por la reforma del artículo 38.3 del ET en la Ley Orgánica 3/2007. Pese a ello el TS siguió restrictivo en su comprensión de la garantía de efectividad de estos derechos, manteniéndola aislada respecto de otras situaciones suspensivas –en especial

La jurisprudencia española más reciente no es ajena a este activismo jurisprudencial corrector de posiciones propias precedentes sobre la base de la marcada primacía del Derecho Comunitario. Así aparece en otro grupo de novedades de la reforma laboral que deber ser mejor contrastada con el Derecho Social Comunitario para evidenciar una nueva incoherencia

³⁵ La STS, Sala 4.ª, de 3 de octubre de 2012, aporta una completa y muy sugerente lectura del mismo en apoyo de la conclusión alcanzada en aplicación del Derecho Comunitario.

la IT, permisos parentales de larga duración—. Por ello, poco tiempo después, otra vez vio como era corregido o enmendado por el TJUE³⁶.

Pues bien, con el Auto dictado por el Pleno del TS el 26 de enero de 2011, se produce un cambio cualitativo, asumiendo una posición mucho más activa y dialógica con el TJUE, de modo que no espera ya a su pronunciamiento para fijar su posición, sino que lo provoca a través del planteamiento de la Cuestión Prejudicial. En este caso preguntaba si el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, se oponía a una interpretación de la normativa nacional que no permitiera interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior –bien del periodo completo, bien del que restase–, si la incidencia de un proceso de IT aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute.

A resultas de ese requerimiento del TS español se pronunció la STJUE de 21 de junio de 2012, asunto ANGED, C-78/11, que confirmaba el alcance general y expansivo de la garantía de conciliación de los diferentes periodos de descanso previstos, sin que uno de ellos perjudique al otro y ya se produzca la causa suspensiva antes o después, haciendo de todo punto irrelevante el momento en que sobreviene la incapacidad. En consecuencia, la STS, Sala 4.ª, de 3 de octubre de 2012, recurso de casación ordinario, núm. 249/2009, concluirá que no cabe tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e IT dependiendo del momento de inicio de esta última, salvo que la baja no fuera ajustada a derecho³⁷. El cambio es, pues, muy notable y expresa que nuestro TS parece haber aprendido claramente la lección y ahora se ha dispuesto como un «alumno aventajado» en este nuevo tiempo de comprensión-aplicación del Derecho Nacional, que no puede hacerse de forma monopolística o unilateral sino a través de un continuado e intenso diálogo entre los Altos Tribunales nacionales y los transnacionales, sin olvidar, por supuesto, a los Tribunales Constitucionales³⁸.

Sin embargo, quien no parece haber aprendido bien la lección es el legislador, que también ha asumido, pero más limitadamente en lo que parece, este método comunicativo dialógico de producción del Derecho Nacional del Trabajo conforme a los imperativos del Derecho Social Comunitario, en su configuración jurisprudencial por el TJUE. La reforma de 2012 se aprovechó para modificar la redacción del artículo 38.3 del ET e incluir la posibilidad del disfrute diferido de las vacaciones en caso de coincidencia con un periodo de IT, ahora bien, y dado el sentido restrictivo de esta reforma, la dirección del cambio fue la de incluir como norma nacional el límite

³⁶ Sus Sentencias de 20 de enero de 2009, asuntos *Schultz-Hoff* y *Stringer*, y 10 de septiembre de 2009, asunto Vicente Pereda, obligaron a una nueva rectificación, con el abandono de la doctrina de la STS, Sala 4.ª, de 3 de octubre de 2007 (rec. núm. 5068/2005) por la fijada en la STS, Sala 4.ª, de 24 de junio de 2009 (RCUD núm. 1542/2008), reiterada en diversas ocasiones –STS, Sala 4.ª, de 23 de enero de 2012 (rec. núm. 87/2011)–.

³⁷ Recuerda al respecto que la citada STJUE de 20 de enero de 2009, asunto *Schultz-Hoff*, hace referencia a la «situación de baja por enfermedad debidamente prescrita». La solución a alcanzar en esta cuestión debe ser ajena a los problemas que pueda plantear el control de la IT en el terreno prestacional.

³⁸ En este contexto de lectura expansiva, conforme a la diversidad de finalidades del derecho, destacan las SSTCO 324/2006, de 20 de noviembre y 192/2003, de 27 de octubre.

máximo que el TJUE, en aplicación del artículo 9.1 del Convenio 132 de la OIT, acababa de establecer para la acumulación, situándola en 18 meses. Este es el periodo de aplazamiento «razonable» para que el derecho conserve su finalidad de tiempo de descanso, pues más allá deviene solo tiempo de ocio –STJUE de 22 de noviembre de 2011, KHS AG, C-214/10–.

Sin perjuicio de evidenciar que de este modo el TJUE incluye también el interés del empresario a la hora de conformar el sentido de las normas comunitarias –en el caso tutela al empresario frente al riesgo de una acumulación prolongada para el útil funcionamiento de la organización productiva (apdo. 39)–, al tiempo que refuerza la coordinación del Derecho Social Comunitario con el Derecho Internacional del Trabajo, lo más destacado del nuevo texto legal es que el legislador lleva a cabo un ajuste a la baja. Silenciado por la doctrina favorable a esta reforma, la crítica llama la atención sobre la inadecuación entre la jurisprudencia del TJUE y el texto legal español.

La colisión aquí, que exige una interpretación correctora, se daría porque no refleja el derecho al disfrute diferido por coincidencia con el ejercicio de una cierta clase de permisos parentales, los conocidos como de larga duración (asunto *Zentralbetriebsrat*)³⁹. Asimismo, más críticos hemos de ser con la limitación que fija la Instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre jornada y horarios de trabajo al disfrute durante el año natural posterior, a diferencia de los 18 meses fijados –tomando en consideración la jurisprudencia del TJUE– para los supuestos en que la baja laboral por IT se produce «antes del inicio del periodo vacacional»:

La colisión aquí, que exige una interpretación correctora, se daría porque no refleja el derecho al disfrute diferido por coincidencia con el ejercicio de una cierta clase de permisos parentales, los conocidos como de larga duración

«Si durante el disfrute del periodo de vacaciones autorizado, *sobreviniera el permiso de maternidad o paternidad, o una situación de incapacidad temporal*, el periodo de vacaciones quedará interrumpido pudiendo disfrutarse el tiempo que reste en un periodo distinto. En el caso de que la duración de los citados permisos o de dicha situación impida *el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, las mismas se podrán disfrutar en el año natural posterior*» –art. 9.5 *in fine*–⁴⁰.

³⁹ Vid. BALLESTER PASTOR, M. A.: «De cómo la reforma...», *op. cit.*, pág. 114. No lo advierte, en cambio, pese a su detenido estudio de la materia, CÁMARA BOTÍA, A.: «Medidas de conciliación de la vida personal...», *op. cit.*, págs. 123-125. Para una visión clásica del sentido de la prohibición de acumular, y por tanto de la razonabilidad de sus límites, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas», pág. 156, que sitúa el fundamento de la prohibición «*en su propio concepto como periodo de no-trabajo intercalado en el año de servicios*». *Nuevos tiempos, nuevas visiones*.

⁴⁰ Vid. Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

A nuestro entender esta previsión normativo-administrativa *no pasa el filtro de la jurisprudencia comunitaria* –y, por tanto, tampoco de la del TS creada en su virtud– al efectuar una interpretación muy restrictiva del ejercicio a posteriori de tal derecho de conciliación de diferentes tiempos de vida. En consecuencia, una vez más, con fundamento en el principio de primacía del Derecho Comunitario, debe hacerse una *interpretación correctora de ese texto reglamentario* y aplicarse, al menos, el periodo límite máximo de los 18 meses, o declararse lisa y llanamente un *regla ultra vires*.

5. A VUELTAS CON EL DESPIDO COLECTIVO: INTEGRACIÓN DE LAGUNAS Y ANTINOMIAS DESDE EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD COMUNITARIA

5.1. PUNTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN NACIONAL RESPECTO DE LA COMUNITARIA: LA TAREA DEL JUEZ EMPIEZA DONDE TERMINA LA DEL LEGISLADOR

Acabamos de ver que en el artículo 37.5 del ET se pretende un cambio radical con un sencillo «implante textual». Pues bien, para el más convulso artículo 51 del ET, con una análoga aparentemente sencilla operación, pero ahora no de «cirugía de implantación» sino de «eliminación» de «grasa textual» sobrante, en el caso las referencias expresas a «juicios de fondo» –conexión funcional del despido con las causas de los despidos empresariales–, el legislador de 2012 se ilusionó con la posibilidad de mandar al «rincón del olvido», o reducir a mero «repertorio jurisprudencial histórico», a «papel mojado», siguiendo la recurrente fórmula del jurista alemán KIRCHMANN, todo un proceso de construcción evolutiva jurisprudencial largo, atormentado y de aplicación incierta hasta hoy. A tan insuficiente estado de cosas habrían contribuido, aunque no por igual, la incertidumbre legal –abuso de los conceptos jurídicos indeterminados, filtración de los juicios de funcionalidad– y la elevada confusión técnico-conceptual, e inercias ideológico-políticas, de los jueces. La reforma laboral del legislador de 2012 quiso depurar el texto de ambos factores de complejidad, tratando de introducir mucha mayor objetividad y automatismo judiciales⁴¹.

Desde esta perspectiva, la concepción patrimonialista o eminentemente mercantilizada –incluso «propietaria»– de la empresa, y de las relaciones jurídico-laborales que se entablan en su seno, se concreta marcadamente en la sustitución del «juicio de oportunidad empresarial» hecho por el juez, a través del mecanismo del «juicio de funcionalidad» típico de este ámbito, por un «juicio de legalidad formal». De un lado, en la eliminación del juicio de valoración judicial de la funcionalidad se veía el mandato legal de reducción del control al *juicio fáctico* –prueba de los hechos que causan o que originan el despido–. De otro, el nuclear periodo de consultas se ha

⁴¹ En un plano más experimental o forense, el capítulo III de AA. VV.: *Primeras interpretaciones Judiciales de la Reforma Laboral de 2012*, Aranzadi, 2013, págs. 83 y ss.

querido ver como un trámite formal, de modo que no solo se centrara en los efectos sociales, en vez de en las causas económico-organizativas generadoras de los despidos colectivos –vertiente económica–, sino que también se limitara a una *puesta en escena* de la decisión empresarial.

Pero si el legislador parecía fiel seguidor del positivismo normativo de KIRCHMANN («*la jurisprudencia no es ciencia*»), los jueces de lo Social parecen haber redescubierto a su opositor, GRAY, J. Ch., uno de los mayores autores del realismo jurídico –norteamericano–. Para este, hasta que una ley no ha pasado por el tamiz de la jurisprudencia de los tribunales, no constituye verdadero Derecho, evidenciando el error que supone considerar el Derecho producto exclusivo del legislador. Precisamente, para él, la auténtica labor del juez comienza donde KIRCHMANN –y con él el legislador actual, y en gran medida también los sectores de defensa jurídica empresarial más reconocidos–, creía que, en efecto, terminaba, de modo que *es necesario esperar a las palabras de los tribunales para saber si las del legislador, en nuestro caso, en materia de despido colectivo, son algo más que «papel mojado»*.

Por supuesto, rígidamente entendidas ambas visiones son falaces, ilusorias, pero sí expresan que los jueces no se limitan a una aplicación exegetica de la ley sino que descubren, más que crean, el «auténtico Derecho» a partir de un amplio conjunto de normas y principios, y muy especialmente, en la actual fase evolutiva de

Los jueces no se limitan a una aplicación exegetica de la ley sino que descubren, más que crean, el «auténtico Derecho» a partir de un amplio conjunto de normas y principios

la «civilización jurídica», en las normas de carácter transnacional y/o internacional, que son las que aquí interesan, por lo que vamos a ver, en especial respecto de la *Directiva 98/59/CE*. Dadas las limitaciones de espacio, solo vamos a poner de manifiesto los principales puntos críticos en el contraste entre la norma nacional y la norma comunitaria. A saber:

- a) El desbordamiento de la dimensión meramente formal dada por la norma nacional al juicio de legalidad del despido colectivo hacia otra de fondo o sustantiva. Aquí se contempla, a su vez, una doble cuestión: la fundamentación transnacional del juicio de razonabilidad, de un lado, y el anclaje comunitario de la configuración del periodo de consultas como un proceso efectivo de negociación colectiva, no de mero trámite, según acaba de confirmar la STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013 (rec. núm. 78/2012), a partir de la recuperación del principio de interpretación según la directiva comunitaria, de otro.
- b) La delimitación del ámbito conceptual de la regulación comunitaria, a través de la fijación del tipo de despidos a incluir para el cómputo global de extinciones afectadas por la vía de la regulación colectiva de empleo.
- c) La identificación de la unidad económico-organizativa de ejercicio del procedimiento, bien fragmentada en cada centro de trabajo bien de modo conjunto para toda la empresa.

5.2. LA INTEGRACIÓN EN LOS TEXTOS NACIONALES DE LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANTIVA DERIVADOS DE LA NORMA COMUNITARIA

Precisamente, ha sido el recurso de los tribunales españoles al nivel transnacional de regulación el que les ha servido para corregir, en un plano jurídico-positivo o práctico, la opción legislativa por un estricto juicio de legalidad formal, enriqueciendo notablemente su alcance hasta configurarlo como un juicio de legalidad sustantiva, lo que debe figurar en su Haber. No obstante, a menudo sigue destilando a través de él «juicios de oportunidad» que embarrarían de nuevo el objetivo depurador o clarificador del papel de cada sujeto implicado en el proceso, lo que bien podría considerarse en su Debe. En todo caso, el análisis detenido de esa doctrina judicial evidencia que los fines económicos perseguidos por la reforma comienzan a calar de forma significativa en la doctrina judicial.

Ha sido el recurso de los tribunales españoles al nivel transnacional de regulación el que les ha servido para corregir la opción legislativa por un estricto juicio de legalidad formal

Un análisis profundo, detenido, sosegado de los criterios jurídicos, y los fallos finales, de la Audiencia Nacional y de ciertos Tribunales Superiores de Justicia –en especial el de Galicia⁴², los que más ajenos han estado a la normativa europea, ponen de relieve, una vez más, que el mero dato estadístico y, desde luego, la imagen mediática no captan adecuadamente la realidad. El resultado actual, frente a la primera «goleada» de los fallos anulatorios de los despidos, es de una progresiva equiparación entre las «disconformidades judiciales» en los despidos colectivos y las «conformidades». En todo caso, la integración judicial del mero texto legal no es una opción sino que existe la obligación judicial general de interpretación conforme al Derecho Comunitario, de modo que debe atribuirse un *sentido a la disposición del ordenamiento jurídico interno que evite los conflictos entre normas, incluso reduciendo a tal fin el alcance de dicha disposición aplicándola solo en la medida en que resulte compatible con el resultado perseguido por la directiva controvertida*. Por lo tanto, es un deber de todo juez, al aplicar el Derecho Nacional, *«interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue»* (SSTJCE, de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, C-383/92, rec. pg. I-2479, apartado 25; de 16 de julio de 2009, caso Mono Car Styling, SA contra Dervis Odemis y otros).

Ahora bien, como todo principio general del Derecho, también este tiene sus límites en otros «principios generales», en especial, por lo que aquí interesa más:

⁴² Para la STSJ de Galicia, de 6 de junio de 2012, según la cual: «... No corresponde al juzgador enmendar o corregir lo decidido por el legislador, sino aplicar en su medida la norma establecida... que ahora... exige... pérdidas actuales o previstas, o la disminución de ingresos o ventas, que se entienden se producen cuando ello sucede durante tres trimestres consecutivos».

«...en el de seguridad jurídica, en el sentido de que no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional»⁴³.

¿Tiene este alcance la opción judicial por conservar lo que denomina, aunque con poca claridad terminológica y, lo que es peor, conceptual, «juicio de razonabilidad» y/o proporcionalidad? La voluntad excluyente del legislador es clara, sin embargo la doctrina judicial llama la atención sobre el desajuste de ese enunciado legal con las exigencias de una adecuada conexión de funcionalidad. En este sentido, en las *SSAN 112/2012, de 15 de octubre*, y *166/2012, de 18 de diciembre*, se ha puesto de relieve como esos «hechos» –sobrevenidos de carácter económico y/u organizativo– con los que se identifican las causas, de ningún modo pueden valorarse aisladamente, según la lectura literal de la norma, sino que requieren una visión de conjunto, según el enfoque del ordenamiento jurídico. En especial atendiendo a las exigencias *del artículo 4 del Convenio n.º 158 de la OIT, inspirador del artículo 30 de la Carta Comunitaria*, y según el cual no cabe poner fin a ninguna relación de trabajo a menos que exista para ello una causa justificada basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Por lo tanto, de la norma internacional se derivaría que la empresa no solo debería acreditar la concurrencia de la causa sino que también tendría que poner de manifiesto suficientemente la coherencia del impacto sobre los contratos de trabajo respecto de la situación económica, a fin de justificar la extinción de aquellos, con lo que el concepto de orden jurídico socio-laboral internacional en materia de despido permitiría estabilizar la regulación frente al exceso liberal legislativo. De ahí que:

«... la modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio n.º 158 de la OIT»⁴⁴.

La doctrina judicial, pues, es consciente en todo momento de la voluntad legislativa. Aunque el legislador tiene diversas opciones queda claro que no todas son lo mismo de viables, de manera que aunque quisiera no podría optar simplemente por remitir la decisión a un «juicio de mera oportunidad empresarial» –principio pro empresario o de rendimiento–. Este siempre presupone algún tipo de límite vinculado a las exigencias de legalidad del mismo, entendiéndose esa legalidad en el sentido ampliado aquí analizado, que requiere atender a un juicio de ajuste con

⁴³ Vid. STJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07, rec. pg. I-0000, apartado 199, entre muchas.

⁴⁴ Para la diferenciación entre el juicio de causalidad legal-formalista y el juicio de causalidad sustantiva *vid.* FALGUERA BARÓ, M. A.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2012, págs. 19 y ss.

las normas supra-legales⁴⁵. La propia regulación reglamentaria abonaría esta línea interpretativa. La necesaria adecuación entre las causas del despido objetivo y la medida tomada, que obliga a utilizar aquella técnica de ponderación basada en la proporcionalidad de la medida, se reforzaría significativamente en los artículos 22.3 y 24.4 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –CCNCC–. En ellos se precisa que la CCNCC como tal, o el árbitro nombrado por esta, deberán pronunciarse, en primer término, sobre la concurrencia de causa y, después, sobre la adecuación de la causa y sus efectos sobre los trabajadores afectados, «cuya aplicación analógica para el control judicial de los despidos colectivos es manifiesta» –SAN 15/2013, de 28 de enero–.

Puede constatarse aquí una cierta contradicción de la doctrina judicial

Sin embargo, puede constatarse aquí una cierta contradicción de la doctrina judicial. La SAN 15/2013, de 28 de enero, no en relación con el despido colectivo sino respecto de una decisión de la CCNCC en torno a la legitimidad de un descuelgue empresarial –caso Unipost⁴⁶–, diferenció claramente entre el control de causalidad, típicamente jurídico, y el juicio de la razonabilidad de la decisión –«conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad»–, que lo identificó «con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía...» –FJ 5.º–. En otros términos, aquí la Audiencia Nacional revela que los juicios de adecuación responden más a parámetros creativos de la norma según un equilibrio de intereses –eso es el laudo de equidad–, frente a la causalidad estricta. De ahí que la Audiencia Nacional todavía no haya sabido separar completamente las fronteras entre el juicio de causalidad y el juicio de conexión funcional, identificando este de forma indebida con la proporcionalidad, apelando continuamente a valoraciones de adecuación de los acuerdos a las circunstancias de mercado –SAN 166/2012, 18 de diciembre–.

En realidad, tras esos difusos juegos conceptuales está el recurso al método jurídico de la ponderación de derechos e intereses, exigido por el principio de proporcionalidad. No es la mera voluntad empresarial de mantener el beneficio lo que debe, o puede, proteger la norma. La regulación transnacional –también constitucional– de estos despidos exige que la protección no sea para un nivel determinado de rentabilidad empresarial esperada de los «recursos humanos», sino para un razonable equilibrio entre el principio de productividad y una básica seguridad de los tra-

⁴⁵ En este sentido, ni la jurisprudencia ni tampoco la doctrina judicial son ajenas a este enfoque:

«... la decisión... puede deberse a diversas razones de gestión de personal, que entran dentro... de la libertad del empresario en la ordenación de los recursos humanos... La valoración de estas circunstancias... de la vida de la empresa, corresponde en principio al empresario, desbordando normalmente el ámbito del control judicial en el despido objetivo, ya que este es un control de legalidad de los despidos..., limitado a juzgar sobre la razonabilidad del mismo aplicando el estándar de conducta del buen empresario... y no puede convertirse en una valoración global de la política de personal de la empresa» –STS, Sala 4.ª, de 15 de octubre de 2003, rec. núm. 1205/2003–.

⁴⁶ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «Reforma laboral, oportunismo empresarial y prácticas institucionales ineficientes: la "cadena de errores" en el descuelgue de la empresa "Unipost"», RTSS. CEF, núm. 360 (marzo 2013).

Los tribunales, por lo general, no están haciendo nada parecido a lo que podría entenderse como «uso alternativo del Derecho», sino una estricta aplicación de la ley conforme a cánones de interpretación transnacional

bajadores respecto de la racionalidad de la decisión que le afecta. Esta no puede producirse a costa del radical sacrificio del interés al mantenimiento del empleo⁴⁷. Una nueva prueba de que los tribunales, por lo general, no están haciendo nada parecido a lo que podría entenderse como «uso alternativo del Derecho», sino una estricta aplicación de la ley conforme a cánones de interpretación transnacional, es que han

rechazado, por esa mayor atención al primado del empresario en lo que es el juicio de oportunidad de sus decisiones de gestión, la ponderación de elementos tales como los estándares de diligencia económico-profesional a tal fin. En este sentido, clara es la SAN 106/2012 cuando presume que:

«... el legislador ha determinado exactamente qué aspectos del despido pueden ser controlados mediante este procedimiento, y desde luego no lo es la mayor o menor habilidad que la entidad empresarial demuestre en la gestión de su negocio».

Ahora bien, lo que sí ha legitimado la doctrina judicial, y ahora ya la jurisprudencia más reciente en esta materia, es *controlar la razonabilidad y seriedad de las estrategias de ambas partes del proceso de negociación colectiva en que se concreta el periodo de consultas*. De nuevo aquí vamos a encontrar una relevante «zona gris» entre los juicios propios del principio de oportunidad de los sujetos, en principio ajeno al juez –por imperativo de la autonomía colectiva, y de la libertad de empresa–, y los derivados del «principio de legalidad sustantiva».

Se trata de un aspecto determinante para la comprensión de la reescritura judicial del texto legislativo a través de la integración de los mandatos –reglas, principios y jurisprudencia– comunitarios en materia. A este respecto, frente a la visión reductiva del periodo de consultas ex artículo 51.2 del ET, por muchos visto tan solo como un trámite de procedimiento más, sin un contenido de control sustantivo relevante, los tribunales han recordado que tal exigencia se vincula de un modo directo con derechos y principios sustantivos, tales como el *derecho de participación en la gestión de la empresa en crisis*, siquiera sea en la fórmula debilitada de los derechos de información útil para una negociación colectiva eficaz. En esta perspectiva, el derecho social de participación se recogió primero en el artículo 17 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y luego en el artículo 27 de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales, y está concretado en el modelo de gestión de tales situaciones de crisis empresarial en la directiva⁴⁸.

⁴⁷ Así lo entendió tempranamente uno de los mejores magistrados de lo Social que ha tenido la Sala de lo Social del TS, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, núm. 11/1997. Esta distinción entre imperativos objetivos de racionalidad económica y razones subjetivas de conveniencia empresarial en STS de 11 de octubre de 2006, rec. núm. 3148/2004.

⁴⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., en AA. VV., *La Europa de los Derechos...*, op. cit., págs. 597 y ss.

Ciertamente, puede pensarse que la voluntad del legislador ha sido desplazar también ese juicio de equilibrio desde el sujeto institucional, Administración laboral, al sujeto social, los representantes de los trabajadores, a través del periodo de consultas. Este no tiene tan solo una dimensión formal o de trámite, sino de fondo. Se explica así que la doctrina judicial haya apelado a la normativa comunitaria para dar una mayor garantía a las obligaciones formales y de procedimiento que establece, a fin de forzar el tránsito de mecanismos de control formal a otros de fondo. Así, se ha atendido a la garantía de dos aspectos clave para el éxito del despido y cuya ausencia ha determinado la mayor parte de fallos anulatorios de los tribunales:

- a) El aseguramiento de que los derechos de información documental eran suficientes para que el periodo de consultas cumpliera su función útil.
- b) La efectividad de tal periodo de consulta conforme al principio de buena fe, convirtiendo este trámite en una manifestación de auténtica negociación colectiva.

El periodo de consultas constituye el auténtico centro de gravedad de la regulación y gestión del despido colectivo, por imperativo de la Directiva 1998/59/CE, del Consejo. El sentido tuitivo de su regulación es, además, una constante de la jurisprudencia comunitaria.

En ella se determina la razón de ser, por tanto el presupuesto de eficacia, de tal periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en la puesta a disposición de estos por el empleador de todos los factores relevantes para una negociación efectiva (STJCE, de 27 de enero de 2005, Caso I. Junk v. W. Kühnel, apartado 38)⁴⁹.

Dicho periodo constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la referida STJCE como presupuesto de la eficacia del procedimiento informativo-consultivo previsto, cuyo objeto es que sea posible, «... *por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente*»⁵⁰. Este es el sentido último del artículo 2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo

El periodo de consultas constituye el auténtico centro de gravedad de la regulación y gestión del despido colectivo, por imperativo de la Directiva 1998/59/CE, del Consejo

⁴⁹ Vid. también SSTJUE, de 10 de septiembre de 2009 Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros, C-44/08, rec. p. I-8163, apartado 64 y de 3 de marzo de 2011, caso D. Claes, C-235/10.

⁵⁰ La STJCE de 16 de julio de 2009 (caso Mono Car Styling, SA) sitúa a los representantes en la mejor posición para alcanzar el objetivo legal, que sería inviable sin una garantía de información útil y temporánea, esto es, suficiente y en un momento de la gestión que permita cumplir con el fin de o evitar –poder legal para cambiar la opinión empresarial– o reducir –poder de limitar el poder extintivo empresarial– o atenuar –poder de condicionar la libertad de decisión económica con contrapartidas sociales– los efectos del despido. La dimensión protectora de esta regulación aparece incluso respecto de las nuevas realidades empresariales complejas, como los grupos. Así: «En un contexto económico marcado por la existencia de un número creciente de grupos de empresas, esta disposición permite garantizar, cuando una empresa está controlada por otra, la realización, de manera efectiva, del objetivo de la Direc-

de 20 de julio de 1998 como recuerda la STS, Sala 4.ª, 20 de marzo 2013, rec. núm. 81/2012, que confirma la primera sentencia dictada en este ámbito por la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2012 (Grupo Talleres López Gallego).

5.3. EL ÁMBITO ECONÓMICO-ORGANIZATIVO DEL DESPIDO COLECTIVO: LAS RAZONES DE DERECHO COMUNITARIO PARA LA GESTIÓN UNITARIA EN LA EMPRESA

Esta reconstrucción del texto legal a la luz del principio de conformidad con el Derecho Social Comunitario está plagada de efectos prácticos, desbordando ampliamente las centrales cuestiones analizadas en torno al tipo de control judicial y al sentido y alcance del control social, esto es, del periodo de consultas. Algunas ya han aparecido en sede judicial, y otras irán emergiendo con el tiempo aplicativo. Al respecto, de gran trascendencia es, a nuestro juicio, *el juicio de legitimidad de ciertas decisiones de gestión o usos estratégicos empresariales* de la «diversidad y complejidad organizativas» de sus empresas, jugando en unos casos con la pluralidad y en otros con la unidad del ámbito económico-funcional de referencia. Más particularmente, se plantea la cuestión de si esa regulación colectiva de empleo *ha de hacerse de forma fragmentada, por centros, como recoge la norma reglamentaria, o global.*

Esta cuestión se plantea de modo práctico en la SAN 90/2012, de 25 de julio. En ella se consideran, con razón, abusivas o fraudulentas «*las negociaciones paralelas con los trabajadores afectados por parte de la empresa*», con la consiguiente individualización de toda la gestión en detrimento de su colectivización, querida por el legislador y la normativa comunitaria. No se trataría, pues, de una libre estrategia empresarial de negociación sino «un fraude de ley», pues tal medida vaciaría de contenido el proceso negociador del periodo de consultas, impidiendo que dicho periodo alcance sus objetivos, ya que si la empresa extingue los contratos de los trabajadores afectados mediante acuerdo individual, no es posible evitar, ni reducir los despidos colectivos –FJ 3.º–. Ahora bien, si esa conclusión no es refutable en nuestro Derecho, ¿puede decirse lo mismo de su decisión de considerar igualmente fraudulento *fraccionar los procesos de negociación por centros de trabajo?*

El problema aquí estribaba en que la normativa reglamentaria de desarrollo de la ley sí preveía expresamente esa posibilidad, habilitando para que las empresas negocien el periodo de consultas de cada uno de los centros de trabajo. Así aparecía en los artículos 8 D) y 11.2 del Real Decreto 801/2011, de 10 de julio, y prácticamente con el mismo tenor literal se mantenía en los artículos 6.2 (ERE extintivo), 19.2 (ERE suspensivo) y 27.2 del Real Decreto 1483/2012, que derogó a aquel y es el hoy vigente. Pese al claro tenor literal reglamentario, la SAN 90/2012 declaró nulos los acuerdos ya adoptados en dos centros de trabajo –Álava y Vizcaya– a consecuencia de la impugnación realizada respecto del despido concluido en desacuerdo (Navarra). Conforme

tiva 98/59/CE, que... persigue reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos (SSTJCE de 15 de febrero de 2007, Athinaiki Chartopoiia, C-270/05, apartado 25, y de 10 de septiembre de 2009, C-44/08.).

a este pronunciamiento judicial, el tenor literal de la regulación reglamentaria debe ser objeto de una *interpretación abrogatoria* a fin de hacerlo compatible con un examen integral e integrado del ordenamiento jurídico aplicable. La inseguridad jurídica, pues, está servida, ante la diversa posición entre «la doctrina judicial» y la norma reglamentaria.

No podemos aquí detenernos en un análisis de tan sugerente cuestión⁵¹. Entre otras razones porque el legislador ha aceptado recientemente la posición de la doctrina judicial y ha modificado tanto la norma legal como, sobre todo, la reglamentaria, para adecuarlo a la visión o comprensión judicial. Así ha sucedido a través del Real Decreto-Ley 11/2013⁵².

No obstante, sí sigue teniendo interés incluir en este estudio los argumentos utilizados por la Audiencia Nacional para sostener la necesidad de depurar la norma reglamentaria vinculados al Derecho Comunitario, los otros son estrictamente de tipo coyuntural, y habiendo cambiado ya a tal fin carecen de sentido jurídico-positivo. No así, por supuesto, los dos que vincula a la Directiva Comunitaria, pues estos no son disponibles por el legislador, de manera que si en un próximo cambio decidiera volver sobre sus pasos, por así exigírselo el sector *pro* empresarial, no podría, al menos en estricto Derecho. A saber:

El legislador, recientemente, ha aceptado la posición de la doctrina judicial y ha modificado tanto la norma legal como, sobre todo, la reglamentaria

- a) Argumento *a sensu contrario* del artículo 2.1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo. Este precepto manda consultar a la representación de los trabajadores antes del despido sin dar la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantas consultas como centros existan.

De este modo, «presumiendo *el sentido común del legislador comunitario* y del nacional» —que ya se sabe, es hoy el menos común de los sentidos—:

«cabe interpretar este silencio como la apuesta por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate.»

- b) Una interpretación sistemática del artículo 124.3 y 13 de la LRJS en relación con el artículo 6 de la Directiva 98/59/CE, conforme al cual es necesario que trabajadores y sus representantes dispongan de procedimientos jurisdiccionales en los que se fiscalice la efectividad del cumplimiento de la norma comunitaria.

⁵¹ Vid. AA. VV., *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma...*, *op. cit.*, págs. 112 y ss.

⁵² Vid. al respecto MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevos capítulos de una reforma laboral sin líneas rojas: qué hay de nuevo en el RDL 11/2013», *RTSS. CEF*, núms. 365-366, págs. 55 y ss.

Pues bien, parecería claro que tal exigencia comunitaria, vinculada también al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, se quebraría si se admitiera una calificación múltiple y diferenciada de cada «fragmento» de un único proceso de regulación colectiva de empleo. La importancia de esta cuestión vendría remarcada por los efectos que tiene, según dispone el artículo 124.3 y 13 de la LRJS, la sentencia dictada en proceso de impugnación colectiva del despido: efectos de cosa juzgada respecto de los procesos individuales. En consecuencia, cabría predicar de la actual normativa, si no se procede a su corrección por vía interpretativa, una abrogación por el «*carácter ultra vires de la disposición reglamentaria, al contrariar las previsiones de la ley que pretendidamente desarrolla (realmente la modifica)*» (STS 28 de octubre de 2009, rec. núm. 3354/2008).

En cambio, y con una argumentación que adolece de un extremado arcaísmo jurídico y excesivo apego a una añeja construcción del TS, elaborada en la década de los años 90 del siglo pasado y hoy a todas luces desfasada, cierra la viabilidad de la tesis de gestión unitaria del despido colectivo cuando se trate de «grupo de empresas mercantil» –sí en el caso del grupo laboral o, muy mal llamado, «grupo patológico»–. Aunque, eso sí, para compensar tan drástica visión positivista, que extraña en una doctrina que busca fundamentos supra-legales para consolidar su lectura, se permite acudir a mecanismos del llamado *Soft Law* para no solo expresar su opinión de política del derecho, criticando abiertamente el abstencionismo regulador legal, sino para darle alguna forma de eficacia, considerándolo como «buena práctica». En realidad, a nuestro entender, aquí la doctrina judicial no ha sabido –o no ha querido– seguir en sus efectos la centralidad en estos procesos de los grupos ya reconocida por el TJUE⁵³.

La doctrina judicial no ha sabido –o no ha querido– seguir en sus efectos la centralidad en estos procesos de los grupos ya reconocida por el TJUE

5.4. LA DELIMITACIÓN DEL TIPO DE EXTINCIONES INCLUIDAS EN EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO: UN NUEVO VIRAJE JURISPRUDENCIAL

Otros aspectos en los que la invocación de la directiva ha significado un cambio de orientación jurisprudencial los hallamos, por ejemplo, en *la importante cuestión del cómputo del tipo y número de despidos que determinan el carácter colectivo o individual*. Pues bien, conforme a

⁵³ «A nuestro juicio, no es posible que el grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecte globalmente a las empresas... Queremos precisar, no obstante, que la obligada tramitación plural de despidos colectivos, decididos por la empresa dominante, mediante periodos de consulta en cada empresa, no es satisfactoria, por cuanto el interlocutor real, para que el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines, es la empresa dominante y no las empresas dominadas, quienes están sometidas a las decisiones de la primera... la que... debería ser el interlocutor natural en el periodo de consultas, lo que debería considerarse, en nuestra opinión, en futuras regulaciones legales, con la finalidad de evitar periodos de negociación artificiosos... y costosos...». *Vid. SSAN 33/2013, de 25 de febrero –FJ 3.º– y 106/2012, de 28 de septiembre.*

la jurisprudencia consolidada⁵⁴, no cabía incluir en el cómputo para fijar los umbrales que exigen el procedimiento de despido colectivo las contrataciones declaradas judicialmente fraudulentas pese a su apariencia temporal y en las que, además, no había concluido la obra o servicio contratado. Sin embargo no es esta la doctrina vigente del TS a partir de sus Sentencias de 3 de julio de 2012 (RCUD 1744/2011) y de 8 de julio de 2012 (RCUD 2341/2011). La regulación legal pretende evitar que se eludan por el empresario los trámites y garantías previstos en el artículo 51 del ET computándose para el propio concepto de despido colectivo todos los efectuados por el empresario por motivos no inherentes a la voluntad del trabajador, *con la salvedad de aquellos que se hubiesen extinguido lícitamente por conclusión del término pactado o por la terminación de la obra o servicio.*

Ahora bien, si se trata de contratos temporales fraudulentos, o resulta que la obra o el servicio concertados no han finalizado en absoluto, es decir, ni siquiera de alguna forma parcial que pudiera afectar a la actividad del trabajador:

«... no cabe excluir del cómputo tales trabajadores a los efectos discutidos, pues en otro caso se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase.»

Para sostener este cambio de criterio, la nueva jurisprudencia unificada recurre a una lectura del precepto legal conforme al «*sentido aún más preciso*» que tiene esta cuestión en la Directiva 98/59/CE. En su artículo 1.1 a) se acota el concepto de «despidos colectivos» en los efectuados por un empresario, «por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...». En consecuencia, la directiva contiene *un concepto de despido colectivo más amplio que el artículo 51 del ET*, si se entendiese que en este únicamente caben a efectos de ese cómputo las decisiones empresariales por causas económicas, técnicas organizativas o de producción u otras decisiones extintivas basadas en causas inherentes a la persona del trabajador, excluyéndose en todo caso los despidos producidos en caso de contratos temporales o para obra o servicios determinados.

Por eso, y según el referido principio de interpretación conforme al Derecho Comunitario, pero sin vaciar de aplicación, en lo posible, el precepto nacional, propone una relectura sistemática –*interpretación correctora*– del artículo 51 del ET atendiendo al texto de la directiva, a fin de incluir en el enunciado de la ley nacional que tales extinciones han de computarse «*en el caso de que se trate de extinciones producidas sobre contrataciones fraudulentas, por indefinidas, o absolutamente alejadas de la efectividad de las cláusulas de los contratos en cuanto a la eventual conclusión del tiempo pactado o la realización de los servicios concertados*».

Precisamente el número 2 a) del artículo 1 de la directiva especifica ese punto con total claridad y en el mismo sentido que acabamos de exponer. Por tanto, solo podrán excluirse las ex-

⁵⁴ Vid. SSTS, Sala 4.ª, de 22 de enero de 2008 (rec. núm. 4042/2006), 22 de febrero de 2008 (RCUD 3315/2006) y 29 de mayo de 2008 (RCUD 2417/2006).

tiniciones de contratos temporales cuando se hayan producido regularmente, pero en ningún caso cuando no han respetado sus presupuestos legales. Se desprende que no existe entonces auténtica discrepancia o conflicto real, sino solo aparente, entre la norma nacional, el artículo 51 del ET y la Directiva 98/59/CE si se lleva a cabo, como se debe en virtud del principio de jerarquía normativa, «una interpretación correctora»⁵⁵, de signo restrictivo, del párrafo cuarto del artículo 51 del ET. En este sentido, estamos ante un nuevo claro ejemplo del ideal de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema, que exige al intérprete corregir defectos. O sea, que el intérprete tiende, sobre todo en un modelo de Derecho continental asentado en el principio de presunción de legitimidad de la ley, no ya a eliminar las normas incompatibles, sino más bien a eliminar la razón en que reside la incompatibilidad.

Precisamente, esta corrección del alcance del texto legal es la que evitaría tener que acudir a una interpretación abrogatoria del artículo 51 del ET, debiéndose dar preferencia a la lectura de la norma nacional reinterpretada a la luz de la norma comunitaria, que prohíbe restringir el concepto de despido colectivo aunque el intérprete se vea obligado a introducir modificaciones parciales en el sentido del texto legal: interpretación correctora. Así lo exigen letra –delimitación del concepto comunitario de despido colectivo– y espíritu –la finalidad de evitar despidos de este tipo por encima de las formas o apariencias– de la directiva⁵⁶. En suma, el principio de interpretación de la norma nacional conforme a la comunitaria exige computar, para fijar si es un despido colectivo, todas las extinciones de contratos producidas por razones no inherentes a la persona del trabajador, con exclusión de la terminación regular de contratos temporales, a fin de asegurar la efectividad del periodo de negociación.

Como se ha evidenciado en recientes sentencias de suplicación que ya aplican esta nueva doctrina judicial, en tales casos surge un importante problema procesal, por cuanto la impugnación de cada despido se lleva a cabo en un procedimiento individual, donde ha de analizarse si existe o no un despido colectivo⁵⁷. En suma, el cambio jurisprudencial puede generar no-

La corrección del alcance del texto legal es la que evitaría tener que acudir a una interpretación abrogatoria del artículo 51 del ET, debiéndose dar preferencia a la lectura de la norma nacional reinterpretada a la luz de la norma comunitaria

⁵⁵ Vid. BOBBIO, N.: *Teoría General del Derecho...*, op. cit., pág. 204. Por interpretación correctora se entiende aquella «forma de interpretación que pretende conciliar dos normas aparentemente incompatibles para conservarlas ambas en el sistema... para evitar el remedio extremo de la abrogación».

⁵⁶ De interés la cita de la STJCE de 12 de octubre de 2004, dictada en el asunto C-55/2002. En ella se considera que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 6 de la Directiva 98/59/CE «al haber limitado el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural...».

⁵⁷ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 31 octubre de 2012, rec. núm. 1679/2012.

torios problemas de inseguridad. Jurista y juez deben tender, en cuanto les sea posible, a la conservación de las normas dadas. Es una regla clásica de interpretación, no alterada ni por la inestabilidad legal ni por el narcisismo judicial en el Derecho del Trabajo, que el sistema debe ser obtenido con el menor desorden jurídico –STCO 173/2012, 15 de octubre–.

6. REFORMA DE CIERRE: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL COMUNITARIO Y TASAS EN EL ORDEN SOCIAL

6.1. EL PRESUPUESTO DEL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA EN EL ORDEN SOCIAL: NO ES UN PRIVILEGIO DE CLASE SOCIAL SINO UNA GARANTÍA DE IGUALDAD

No debió pensar eso el Juez de lo Social n.º 1 de Benidorm en la *Resolución de 21 de noviembre de 2012, que da preferencia al Derecho Comunitario sobre la Ley 10/2012*, de 20 de noviembre, de Tasas Judiciales, declarando su aplicación al orden social como contraria a aquel, dejando en «papel mojado», vaciando totalmente de sentido práctico, el mandato legal. La colisión identificada en la ley nacional entre su artículo 4.3 –sujeción de los trabajadores al pago de la tasa judicial para el acceso al recurso, si bien reducida– y su artículo 4.2 a) –exención subjetiva plena de las tasas, por tanto, también en fase de recurso–, unos jueces la habrían reconducido estrictamente al Derecho Nacional –*ATSJ del País Vasco 19 de febrero de 2013; Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 4.ª del TS de 5 de junio de 2013*–, mientras que otros habrían preferido acudir directamente al Derecho Supra-nacional. Aunque no se trata de una materia recogida en la Ley 3/2012, como es natural, sí tiene un gran impacto en la actual configuración del sistema de relaciones laborales, alterando su funcionamiento clásico.

En efecto, como ha advertido nítidamente el Consejo Económico y Social –CES– en un reciente Dictamen –de 20 de marzo de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita–, la exención total de los trabajadores –y beneficiarios de la Seguridad Social– no constituía un «privilegio de clase social» sino una exigencia del sistema de derechos típico de la legislación laboral desde sus orígenes. En efecto, el presupuesto de tal beneficio no sería tanto la atención al nivel de recursos económicos de los trabajadores cuanto su posición desigual, el distinto poder material y contractual existente entre las partes.

El reequilibrio o compensación parcial de la situación no solo obligaría a una regulación sustantiva que atienda a esa exigencia sino también una regulación procesal del mismo signo. Una «función compensadora» de la norma procesal que no se entendería sin el reconocimiento *ex lege*, por tanto al margen de todo análisis de la capacidad contributiva del trabajador –umbral de renta o nivel de pobreza–, del beneficio de justicia gratuita, sin excepcionar los recursos y sin condicionarlo a la prueba de insuficiencia de recursos. Por lo tanto, un cambio como el realizado por la Ley 10/2012, que exige un 40 % de la tasa para recurrir, reforzado por el promovido por el

Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, conmueve los cimientos del edificio entero y en la misma dirección desequilibradora de la Ley 3/2012 en un plano sustantivo. De ahí que dediquemos una atención específica a este tema, por la importante aportación que puede derivar de una correcta interpretación de esta regulación conforme al Derecho Comunitario, en especial el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El TCO ha evidenciado claramente que no cualquier régimen de tasas para el ejercicio de la potestad jurisdiccional tiene validez

Cierto, el TCO ha evidenciado claramente que no cualquier régimen de tasas para el ejercicio de la potestad jurisdiccional tiene validez –STCO 20/2012–⁵⁸. La Defensora del Pueblo, por su parte, ha recomendado al Gobierno, por «razones de interés social» y «en el contexto de

la grave situación económica de nuestro país, que está produciendo una fuerte destrucción de empleo y el empeoramiento general de las condiciones laborales» que exima «*al orden social del pago de tasas en los recursos de suplicación y casación*» –punto 4) de las Recomendaciones entregadas por la Defensora del Pueblo al ministro de Justicia el 12 de febrero de 2013–. Pero, pese a la oportunidad que ha ofrecido la contrarreforma parcial de la Ley de Tasas a través del Real Decreto-Ley 3/2013 y en espera de lo que pueda decir en su día el TCO, una vez planteado ya el recurso de inconstitucionalidad contra aquella cabe plantearse *¿qué se puede hacer desde la interpretación «ordinaria» para frenar lo que se considera por muchos juristas un «desafuero» y una «iniquidad»*, como ya denunciaron otros ilustres hace casi dos siglos⁵⁹?

Pues por sorprendente que parezca, a la vista de diversos fallos y resoluciones judiciales como las citadas, mucho, hasta incluso «abrogar», esto es, vaciar de eficacia práctica el mandato legal manteniendo –conservando– inalterada la legislación precedente a la Ley de Tasas. En suma, más diluye el legislador las especialidades «de lo laboral», más las exacerba el juez social en su lucha por conservarlas. Una auténtica manifestación de «uso alternativo del Derecho» que tiene su mayor plasmación, por venir de tan Alto Tribunal y por el efecto radicalmente corrector del sentido de la norma que ha tenido, en el Acuerdo No Jurisdiccional de 5 de junio de 2013 de la Sala Social del TS. La Sala Social ha ido más allá, pues, que otro de los órdenes que ha tenido que lidiar con esta viciada ley, el orden contencioso-administrativo, cuya Sala de la Audiencia Nacional tan

Más diluye el legislador las especialidades «de lo laboral», más las exacerba el juez social en su lucha por conservarlas. Una auténtica manifestación de «uso alternativo del Derecho»

⁵⁸ «... la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia.»

⁵⁹ Vid. BENTHAM, J.: *Una protesta contra las tasas judiciales*, Thomson-Reuters, Civitas, 2013.

solo se habría atrevido a plantear, mediante un auto dado a conocer el 6 de septiembre de 2013, una «Cuestión de Inconstitucionalidad»⁶⁰.

6.2. INCORRECCIÓN TÉCNICA DE UNA INTERPRETACIÓN ABROGATORIA: NO PROCEDE DE LA DOCTRINA DEL ACTO COMUNITARIO CLARO

Desde luego situándose en una línea análoga de convulsión jurídica y social para nuestro país que la producida por la STJUE de 22 de noviembre de 2012, respecto del sistema de cómputo nacional de los periodos de carencia para las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial, o por la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, para el procedimiento de ejecución hipotecaria –«sentencia de desahucios»–, pero sin la cautela de preguntar primero al TJUE, como si hicieron los jueces españoles –de lo social y mercantil, respectivamente– que instaron tan trascendentales doctrinas, la Resolución del juez de lo Social n.º 1 de Benidorm, de 21 de noviembre de 2012, ha entendido que en el orden social la Ley de Tasas Judiciales «*no es de aplicación al ser contraria al Derecho de la Unión Europea*». Para alcanzar tan radical conclusión se invocan dos argumentos:

- a) El establecimiento de una tasa vinculada a la prestación de un servicio público cuyo incumplimiento lleva a la preclusión del acto jurisdiccional de recurso sería un claro *obstáculo desproporcionado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la interpretación* establecida en la STJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11.
- b) El diseño de la tasa, establecida como contraprestación de un servicio público entraña *en contradicción con la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, porque su fijación abstracta, sin explicitar qué sufraga, cómo se ha valorado el coste para determinar su cuantía, y los efectos que conlleva, le conferiría el carácter de cláusula abusiva.

Como se decía, el juez social sigue la estela del juez mercantil –o la del juez de lo social n.º 33 de Barcelona, respecto del sistema de cómputo del periodo de carencia para el trabajo a tiem-

⁶⁰ Al margen de la cuestión, central aquí, del fundamento y alcance del beneficio de justicia gratuita en el orden social, otro aspecto singular de la jurisdicción social que la Ley 10/2012 parece desconocer, con gran alarma desde cualquier punto de vista –también para el empleador, no solo para el trabajador–, es que buena parte del armazón de política jurídica de la tasa judicial se asienta sobre el «*principio del vencimiento*». Esto es, el legislador presume que quien tiene razón de verdad terminará recuperando lo que ha pagado en concepto de tasas porque se ha incluido su reintegro en las cantidades a pagar por el finalmente «vencido» o derrotado en el pleito –por modificación expresa del art. 241 LEC y, por remisión, el art. 139 LRJCA–. Pero ese criterio no rige en el orden social. Aquí, las costas procesales en recurso solo se generan –y para el empresario– cuando es desestimado. Y si quien recurre es el empresario y gana el recurso, se le devolverán la consignación de la cantidad que ha tenido que efectuar para recurrir y el depósito legal, pero en ningún caso la ley prevé la devolución de la tasa por parte de la Administración, ni tampoco que su contraparte deba efectuar el reintegro.

po parcial—. Pero va mucho más allá que ellos. Si bien no lo explicita, ha hecho aplicación de la «doctrina comunitaria del acto claro», según la cual, no existiendo duda sobre la contradicción de la norma nacional con la comunitaria el juez nacional debe aplicar la norma comunitaria. En su vigor, ha tomado la decisión —desde luego con valor de política judicial— de hacer de «su juzgado» una suerte de «espacio libre de tasas judiciales para el trabajador» —y por supuesto para los beneficiarios de la Seguridad Social—.

No es dudosa la invocación del derecho de tutela judicial efectiva. Este actúa como un «principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que por otra parte ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta..., hoy dotada de fuerza jurídica vinculante..., si bien no se inserta... en el "sistema de los Tratados"»⁶¹. Sí sería dudoso incluir la materia de las tasas judiciales dentro de la normativa de protección social prevista para los consumidores y usuarios, sobre su consideración como «precio por el pago de un servicio» público, pues es más que evidente su dimensión impositiva. En cualquier caso, siendo esta vía muy resbaladiza y compleja, como está evidenciando el caos aplicativo derivado de la STJUE de 14 de marzo de 2013, preferimos aquí situar el análisis en el primer ámbito jurídico, no solo porque es más cierta su aplicación sino por el rango fundamental que presenta el derecho.

Al respecto, dos son básicamente los grupos de cuestiones jurídicas que suscita el planteamiento judicial que concluye la «abrogación» del artículo 4.3 de la Ley 10/2012 por aplicación directa del artículo 47 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales. Uno de procedimiento, y el otro de fondo.

En el primer plano, es inevitable reprochar al juez de lo Social de Benidorm que ignora por completo el rigor exigido por el TJUE para la apreciación del «acto comunitario claro». En palabras de la sentencia «Cilfit», que recordara la comentada *STS, Sala 4.ª, de 24 de junio de 2009*, uno de los más claros ejemplos en nuestro Derecho de evitación de la cuestión prejudicial y aplicación directa del Derecho Comunitario, tal inmediatez aplicativa del Derecho Comunitario para descubrir e imponer el Derecho «correcto» solo procede cuando aquel pueda «... imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada». Del mismo modo, el juez de lo Social de Benidorm ha desconocido la actual postura que sobre la materia sostiene el TCO. Este, superando el inicial criterio restrictivo de la STCO 180/1993, de 31 de mayo, en la que se mantuvo que la posible infracción del artículo 234 del TCE era una cuestión que no afectaba al artículo 24 de la CE, por no ser «susceptible de generar, *per se*, una vulneración» de la tutela judicial efectiva (FJ 2.º), sostiene que:

«Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda —a los efectos ahora considerados— no puede entenderse en términos de convicción

⁶¹ Vid. *SSTJCE, de 13 de marzo de 2007*, Unibet, C-432/05, apartado 37, y *de 3 de septiembre de 2008*, Kadi y Al Barakat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 y C-415/05, apartado 335.

subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. *No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna*» –STCO 58/2004, de 19 de abril (FJ 2.º)–.

Pues bien, no creemos que haya que realizar mucho esfuerzo argumental para afirmar que, en este caso, cuando menos hay «duda razonable» del desajuste. Es manifiesto que no puede extraerse una solución cierta sin llevar a cabo un esfuerzo constructivo⁶². Ahora bien, esta conclusión –imposibilidad de dejar inaplicado

el art. 4.3 de la Ley 10/2012 por aplicación directa de una norma superior, salvo que así lo determine con claridad un ámbito jurisdiccional también superior (TCO o TJUE)– para nada obstaculiza otra igualmente inexorable, a nuestro juicio: *la necesidad de una interpretación correctora del tenor literal del artículo 4.3 de la Ley 10/2012 para hacer socialmente aplicable su mandato nacional, sin contravenir los mandatos de las normas superiores –derecho comunitario fundamental a la tutela judicial–*.

En efecto, según la citada STS, Sala 4.ª, 24 de enero de 2009, haciendo gala de un extenso manejo de la jurisprudencia comunitaria y constitucional, los tribunales nacionales «han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las directivas y los principios del Derecho Comunitario. Interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la... Constitución...»⁶³.

No obstante, como se decía, hay que evitar que esa relectura conforme a normas supra-legales altere por completo el mandato legal, máxime sin un pronunciamiento del órgano judicial competente contrario a su legitimidad. El valor de la seguridad jurídica, y el principio de la igualdad, están en juego. Pues bien, desde esa perspectiva respetuosa con tales valores, la cuestión interpretativa no es eliminar una norma de las dos, según el juez de lo Social de Benidorm –y según, sobre razones de Derecho interno, el ATSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2019–, sino eliminar la incompatibilidad entre las dos literalidades, para hallar sendas normas

En este caso, cuando menos hay «duda razonable» del desajuste. Es manifiesto que no puede extraerse una solución cierta sin llevar a cabo un esfuerzo constructivo

⁶² El magistrado se escuda en el carácter potestativo de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales «para los órganos de primera resolución», siendo solo «obligatoria para el órgano que resuelve el litigio en última instancia (art. 267 del TFUE –antiguo art. 234 TCE–)». De esta manera, concluye, «en no pocas ocasiones el órgano que resuelve el recurso de suplicación o el de casación es el que aplica de manera efectiva el Derecho de la Unión Europea (el denominado acervo social comunitario)».

⁶³ Vid. la citada STCO 61/2013, de 14 de marzo, que asume directamente el criterio seguido en la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno.

efectivas, auténticas. Conviene tener presente que para identificar una antinomia real y total, que sí exige, como se ha visto en otros supuestos de colisión aquí analizados, eliminar una de las dos reglas en litigio, se debe verificar tanto una identidad de campos de aplicación como una antinomia plena, a fin de preservar derechos

e intereses legítimos de terceros generados por la presunción de legalidad –STCO 173/2012, de 15 de octubre–. Ni esa identidad plena de ámbitos aplicativos ni menos esa contradicción radical se da, a nuestro juicio, en este supuesto.

La cuestión interpretativa no es eliminar una norma de las dos, según el juez de lo Social, sino eliminar la incompatibilidad entre las dos literalidades

6.3. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE UNA INTERPRETACIÓN CORRECTORA: EL JUICIO DE RAZONABILIDAD EN EL CONTROL DE LA LEGITIMIDAD DE LA TASA JUDICIAL

En última instancia, las resoluciones que avalan la abrogación por vía interpretativa del artículo 4.3 de la Ley de Tasas –regla de inclusión/exclusión parcial de los trabajadores–, descartada bien por la «primacía» de su artículo 4.2 a) –solución nacional– bien por la primacía del Derecho Comunitario, presuponen el imperativo de efectividad de la tutela judicial, razón final de la lucha judicial por la conservación de regla general de exclusión total de las tasas judiciales. Para ello se apela a la integración del derecho al recurso en el derecho fundamental, máxime si se tiene en cuenta la mayor protección del CEDH y del artículo 47 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales. Por tanto, se concluye que estando en juego un derecho fundamental se debe preferir la interpretación más favorable a la efectividad del derecho o libertad fundamental (interpretación *favor libertatis*), sobre todo si viene exigida por la interpretación conforme al Derecho comunitario, es decir, «*la que pueda salvar la comunitarización de la ley*», «*la única aplicable aunque haya otras posibles*»⁶⁴.

Estando en juego un derecho fundamental se debe preferir la interpretación más favorable a la efectividad del derecho o libertad fundamental

Siguiendo esta lógica maximalista, si bien sobre un fundamento diverso, tanto el ATS del País Vasco de 19 de febrero de 2013, como el juez de lo Social de Benidorm, descartan resolver la antinomia «salvando» la vigencia del artículo 4.3 de la Ley de Tasas, pese a reconocerlo posible. Sin embargo, descartan esa lectura conservadora del artículo 4.3 de la Ley 10/2012 bá-

⁶⁴ Aunque lo afirma para la norma constitucional, es evidente que sirve lo mismo para la norma comunitaria, que es la vía aquí elegida. Vid. FALGUERA BARÓ, M. A.: «Las tasas judiciales en el orden social», en *Diario La Ley*, núm. 8.045, sección Tribuna, de 18 de marzo de 2013.

sicamente por dos razones. Una, porque la concesión del derecho a la asistencia jurídica a los trabajadores –y beneficiarios de la Seguridad Social– en el orden social «sin necesidad de acreditar individualmente insuficiencia de recursos económicos, tiene su razón de ser en el hecho de que una gran parte de quienes así litigan estarían en el supuesto de insuficiencia de recursos y, ..., en donde se dirimen cuestiones que atienden a necesidades básicas de dichas personas, no concurriendo en las tasas judiciales ninguna razón singular que justifique apartarse del modelo general...» –FJ 2.º, A, párrafo 2.º, punto 3)–. Otra, porque, desde un plano del efecto útil de esa norma, entender incluidos en el artículo 4.2 a) de la ley solo el modelo común de reconocimiento del beneficio de justicia gratuita –sujeción al control del nivel de recursos económicos–, llevaría «a retrasos en los litigios», contradiciendo el «principio de celeridad» típico del proceso social, y a la multiplicación de las «peticiones de reconocimiento del beneficio» de justicia gratuita que resultaría «desmedido para el uso práctico» que tendría, quebrando «*el principio de eficacia que debe tener cualquier servicio jurídico*» –FJ 2.º, letra A), párrafo 2.º, punto 5–.

En síntesis, el ATSJ del País Vasco es consciente de que hay diversas interpretaciones para el texto, y que cabe realizar una interpretación correctora de la letra de la ley, pero no le parece lo más adecuado. Pero ¿no están obligados los jueces a elegir la que resulte más conciliadora?

El ATSJ del País Vasco es consciente de que hay diversas interpretaciones para el texto, y que cabe realizar una interpretación correctora de la letra de la ley, pero no le parece lo más adecuado

Vamos a intentar argumentar aquí que hay otra interpretación correctora más respetuosa con el orden, normativo y funcional, y, por lo tanto, preferente respecto de la abrogatoria. En efecto, la interpretación más plausible del artículo 4.3 de la Ley 10/2012, que la ley no solo ha querido incluir de forma expresa sino que ha ratificado al extenderla, mediante la inclusión de un apartado 4 en dicho precepto a través del Real Decreto-Ley 3/2013, es la de entender que aporta una *dobles regla especial* para el orden social respecto a la general de la exclusión total. La primera está implícita –queda en la sombra podría decirse– en el enunciado legal, por lo que realmente su emersión por la vía interpretativa está revelando más bien una laguna legal, a integrar con una leve corrección del texto enunciado. La segunda es explícita. Así, la *regla especial implícita* en el texto legal es aquella que reduce el ámbito material de la exención, limitándola a la primera instancia, *rectius* al primer grado de jurisdicción para los trabajadores asalariados –por tanto, dado que es una *norma particular incluyente*, quienes no aparecen mantendrían la exención total, como es el caso de los beneficiarios de la Seguridad Social–. Por su parte, la *regla especial explícita*, a su vez minoradora la cuantía –es una reducción, no exención, como defectuosamente dice el texto, induciendo a error, técnico y de política del derecho– de esa inclusión en el deber de pago, que alcanza el 60% de la tasa por recurrir. Por tanto, el trabajador –asalariado y autónomo (debe entenderse que el económicamente dependiente, para evitar agravios)– únicamente deberá abonar el 40% de la tasa correspondiente para recurrir⁶⁵.

⁶⁵ Un anticipatorio y muy sugerente estudio de las diferentes soluciones interpretativas existentes para dar sentido al artículo 4.3 de la Ley de Tasas, identificando hasta tres, que va fundamentando y descartando conforme a su crite-

A nuestro entender, pues, bastaría con introducir una pequeña o leve matización en el texto para que devengan plenamente inteligibles las dos normas legales implicadas, otra cosa será que guste o no, en el plano de política del derecho, el resultado, pero ese es otro nivel del análisis que el juez social no puede hacer, salvo que bien la cuestione constitucional, o comunitariamente, como podría y no le faltarían argumentos, bien lleve a cabo un juicio de razonabilidad en los términos que inmediatamente veremos. De un lado, para el artículo 4.2, cuando dice que «desde el punto de vista subjetivo, están, en todo caso, exentos de esta tasa...», es manifiesto que quiere decir que lo estarán, «en todo caso, *sin perjuicio de lo previsto en los apartados 3 y 4 de este precepto...*». Una obligada interpretación sistemática requiere evitar que el enunciado de un precepto vacíe los siguientes. De otro, cuando el artículo 4.3 atribuye a «*los trabajadores... una exención del 60% en la cuantía de la tasa que les corresponda...*», está presuponiendo al mismo tiempo su voluntad de *imponerles* –sujeción al impuesto– el pago del «*40 por cien en la cuantía de la tasa que les corresponde...*».

De este modo, corrigiendo los textos con sencillas operaciones interpretativas es posible obtener una norma coherente, otra cosa será lo que se opine en torno a su justicia: *los trabajadores, sean asalariados o autónomos, deberán pagar solo el 40%, de las tasas judiciales correspondientes por los recursos devolutivos y extraordinarios que planteen, sin perjuicio del beneficio de asistencia jurídica gratuita que tengan reconocido según su norma reguladora* –art. 4.2 a), *ex lege* unos y común los otros–.

Corrigiendo los textos con sencillas operaciones interpretativas es posible obtener una norma coherente, otra cosa será lo que se opine en torno a su justicia

Consecuentemente, el artículo 4.3 –y el 4.4– tiene el sentido de corregir, reduciéndolo, el ámbito general excluyente del artículo 4.2 a) de la Ley 10/2012, pero sin alterar la naturaleza del reconocimiento en cada caso de la asistencia jurídica gratuita, a diferencia del Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que sí modificaría el régimen legal. Pero esta será otra historia.

Esta lectura sistemática y coordinada del artículo 4.3 cambia de sentido para quienes no son nominados, porque pese a su tenor literal, no es solo una *norma de exención parcial* –atributiva de derechos–, sino también una *norma de sujeción al impuesto* –norma impositiva–. Por eso, de no existir, llevaría a su exclusión total, al margen de la situación económica de cada sujeto para quien es beneficiario *ex lege*. De ahí que todos los esfuerzos para incluir por vía analógica a los beneficiarios de la Seguridad Social carezcan de razón de ser, de manera que ante una norma de imposición tributaria, eso sí, minorada o reducida, no cabe analogía. *Los beneficiarios de la Seguridad Social están excluidos de toda tasa ex artículo 4 2 a) de la Ley.*

rio, concluyendo que «... estamos ante una regulación muy deficiente que genera importante inseguridad jurídica pues puede ser interpretada de formas muy variadas» en GUALDA, F.: «Efectos en las relaciones laborales de las reformas en materia de tasas judiciales y en el sistema de Justicia Gratuita», Informe núm. 54, noviembre 2012, Fundación 1.º de Mayo.

Desde luego, una norma así obtenida tras la corrección interpretativa puede ser válida y eficaz, pero no necesariamente «justa socialmente». Conforme a la doctrina constitucional y también comunitaria, es perfectamente válido, dentro de ciertos límites, *diferenciar el trato legal de dispensa*

Una norma así obtenida tras la corrección interpretativa puede ser válida y eficaz, pero no necesariamente «justa socialmente»

o exención en materia de tasas según las diversas situaciones procesales en que tales colectivos se encuentren, en nuestro caso los trabajadores. En este sentido, siendo legítimo el principio de contribución al sostenimiento financiero del servicio público de Justicia a cargo de quienes más se benefician de él, *disminuyendo por tanto la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los contribuyentes* –STCO 79/2012, de 17 de abril, FJ 5.º, en línea con lo sostenido por la STCO 20/2012–, el legislador social cuenta con mayor libertad de configuración del régimen de tasas en el orden social cuando se trata del recurso, pues ya no está en juego la satisfacción del derecho de acceso a la justicia social sino la *satisfacción de la pretensión* no reconocida en primera instancia. La implicación práctica es que el principio hermenéutico *pro actione* protege el derecho de acceso a la justicia mucho más que el relativo al acceso a los recursos legalmente establecidos⁶⁶.

Pues bien, con la norma legal incluida parcialmente en el pago de la tasa judicial de los trabajadores –por cuenta ajena y autónomos–, queda claro que se tiene en cuenta por el legislador tanto la especificidad del orden social, pues solo se aplica a los recursos, nunca a la instancia, y, además, se hace con previsión de una importante reducción, del 60 %, al tiempo que la cuota fija es menor que en otros órdenes. Naturalmente, hay otras opciones de política jurídica más acordes con el principio social del Estado Constitucional de Derecho, como el mantenimiento de la exención total⁶⁷. Así, lo propone la institución del Defensor del Pueblo, si bien con carácter coyuntural por la actual crisis, y también presupone el Dictamen del CES, al recordarle al legislador que el peso económico del orden jurisdiccional social en el sistema de justicia gratuita es tan solo del 2 % del total, por lo que las razones presupuestarias esgrimidas por doquier hasta asfixiar todo el proceso legislativo no se corresponderían estrictamente con este reajuste restrictivo, que tiene un impacto desequilibrador del sistema de relaciones laborales mucho mayor del que parece.

Pero ni una institución ni la otra, ni tampoco la mayor parte de los tribunales sociales que están exigiendo la tasa, constatan una eventual anomalía en esa inclusión parcial desde el punto de vista constitucional y comunitario. Al juez no le corresponde «valorar la mayor o menor

⁶⁶ Puesto que lo que se pide en ese momento es «la revisión de la respuesta judicial contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el fondo del asunto, ya habría satisfecho el núcleo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión de todas las partes procesales...» –SSTCO 309/2005, FJ 2.º; 51/2007, FJ 4.º; y 27/2009, de 26 de enero, FJ 3.º–.

⁶⁷ Vid. GUALDA ALCALÁ, F. J.: «Efectos en las relaciones laborales...», *op. cit.*, en términos análogos FALGUERA BARÓ, M. A.: «Las tasas judiciales en el orden social», *op. cit.*

adecuación, conveniencia o actualidad de la norma, pues son estos rasgos que, salvados los límites..., solo al legislador incumbe apreciar—STCO 48/1995, de 14 de febrero (FJ 3.º)—. Por lo tanto, no es desproporcionado ni irreprochable desde el derecho a la tutela judicial efectiva que en el segundo grado de jurisdicción sí puedan ser tenidos en cuenta los niveles reales de renta. De ahí que exista otra interpretación que permite salvar tanto la «legitimidad jurídica» como la «razonabilidad» de la regulación sin vaciar la norma legal. De nuevo la mejor respuesta se halla en la jurisprudencia europea —no solo comunitaria—, según ha asumido la constitucional. Fue el TEDH, a partir de su *Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001* (asunto núm. 28249/95), quien configuró la obligatoriedad de comprobar que la cuantía de las tasas no sea «... *excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho...*»⁶⁸.

Un criterio derivado igualmente del Derecho Comunitario, en virtud del derecho a una tutela judicial efectiva que ha consagrado el referido artículo 47 de la Carta —SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-279/09), asunto DEB y de 6 de noviembre de 2012(C-199/11)—. Por tanto, el Derecho Europeo no prohíbe fijar tasas para los trabajadores con carácter absoluto, sino que, atendiendo a las circunstancias, exige que la libertad de configuración legal no lleve a tasas impositivas u obstaculizadoras.

¿Y cuándo son tales? Cuando carecen de proporcionalidad respecto de los fines perseguidos (SSTCO 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3.º; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5.º). Si el fin de equitativo reparto de los costes de la Administración de Justicia para quienes resultan más beneficiados no es discutible en su legitimidad, siempre debe existir, para que ese juicio sea concreto, efectivo, un trámite para verificar ese *juicio de razonabilidad*.

No estando en juego la libertad real de acceso a la jurisdicción...

damente entiende el ATSJ del País Vasco, cuanto a la desigualdad originaria entre trabajador y empresario—, sino que se introduce una reducción del 60 % de la tasa para recurrir para todo trabajador, el único argumento jurídico serio que se opone a esta lectura es el riesgo de demora que el eventual reconocimiento individual del beneficio de justicia gratuita implica. Un retraso que puede ser de varios meses y que, naturalmente, sería de muy difícil asunción para el trabajador, «*con la dificultad añadida de determinar la situa-*

No estando en juego la libertad real de acceso a la jurisdicción, por cuanto no solo se excluye la tasa en primera instancia —en la que la exención no responde tanto a razones de tipo económico, como erra-

... el único argumento jurídico serio que se opone a esta lectura es el riesgo de demora que el eventual reconocimiento individual del beneficio de justicia gratuita implica

⁶⁸ Vid. §§ 60 y 66. Una actualización de esta jurisprudencia en la STCO 79/2012, de 17 de abril —FJ 10.º—.

ción patrimonial cuando la principal fuente de renta, como son los salarios, es lo que se discute». Ahora bien, sin dejar de reconocer las disfunciones que esta lectura puede generar, máxime en un cada vez más congestionado orden social, también a raíz de tanta inestabilidad reguladora, debe advertirse que no se trata de verificar si procede o no el beneficio de justicia gratuita, si no si, en el caso concreto, existe una desproporción entre la tasa a pagar y la solvencia que tiene el trabajador, lo que constituiría un incidente en la tramitación del recurso que, sin poder eludirse por imperativo comunitario y constitucional, no tiene por qué suponer una dilación excesiva.

7. REFLEXIÓN FINAL: DE LA «SINRAZÓN ECONÓMICO-PRODUCTIVISTA» AL «TIEMPO DEL DERECHO (SOCIAL) COMUNITARIO»

Tanto la falta de plenitud de la Ley de reforma del mercado de trabajo como la aparente, o real, incompatibilidad entre un buen número de sus preceptos con otros del Derecho Social Comunitario son vicios que deben ser eliminados

Todo el análisis jurídico hecho hasta aquí presupone que tanto la falta de plenitud de la Ley de reforma del mercado de trabajo como la aparente, o real, incompatibilidad entre un buen número de sus preceptos con otros del Derecho Social Comunitario son vicios que deben ser eliminados a través de la comprensión hermenéutica de aquellas como reflejo de un orden socio-laboral, cierto que flexible o dinámico pero en

todo caso dotado de una irrenunciable coherencia y de una básica estabilidad. Por lo tanto, la atribución de sentido a esos preceptos para que resulte empresarialmente aplicable, a fin de dar satisfacción a los nuevos poderes, facultades y oportunidades que el legislador ha querido ofrecerles a los empleadores, en el marco de la función de promoción de la productividad, es una tarea compleja, pero muy necesaria, que presupone tanto una regla de plenitud como una regla de coherencia.

Este planteamiento jurídico, aunque no solo en el plano técnico sino también de política del Derecho, se mostrará para muchos como una labor eminentemente teórica y, más o menos lograda en sus resultados o, incluso, audaz, en sus formulaciones, extremadamente utópica respecto del sentido actual de la historia del proceso de producción jurídico-laboral, dirigido a primar todavía más uno de los «lados» del sueño de la construcción europea –dar luz a la economía más dinámica y competitiva del mundo–. Pese a ello, para nosotros, un enfoque de ese tipo es el único que puede arrojar algo de luz para ordenar de modo racional, incluso aclarar, algunos de los puntos o problemas más controvertidos de la reforma laboral de 2012, cuidando de asegurar, deber tanto del legislador como del juez, el ajuste entre las normas nacionales y las del orden social transnacional comunitario. Si aquel, aunque sea por la propia influencia de la «autoridad» que ha creado y/o promovido tal orden supra-legal, no lo respeta, es el juez el que, con la ayuda de la doctrina científica, debe restablecerlo.

En suma, frente al fracaso extremo de la pura economía, la pura ideología –los credos de fe, en un sentido u otro– la recurrente ética, es el tiempo más que «de los derechos», que también, «del Derecho». El lenguaje del Derecho –Social– Comunitario, y su «ética de la responsabilidad», frente al de la pura economía –y de su ética del solo esfuerzo productivo– tiene una

gran función práctica, que es la de dar fuerza normativa a la acción crítica⁶⁹. Pero en todo caso hay que evitar que esa inexorable tensión entre la «Europa de los ciudadanos» y la «Europa de los mercaderes» se convierta en la transición desde el «tiempo de la Europa tierra prometida de los derechos» a la «Europa de los sin derechos»⁷⁰.

Frente al fracaso extremo de la pura economía, la pura ideología –los credos de fe, en un sentido u otro– la recurrente ética, es el tiempo más que «de los derechos», que también, «del Derecho»

Recordando a BOBBIO empezamos, y recordando a KANT terminaremos:

«El progreso humano no era para Kant necesario. Era solamente posible. El reprochaba a los "políticos" no tener confianza en la virtud y en la fuerza del impulso moral, y repetir: "El mundo ha estado siempre como ha estado ahora". Estos, comentaba, con esta actitud, hacen que el objeto de sus previsiones, es decir, la inmovilidad y la monótona repetitividad de la historia, se confirme. De tal modo, relegan a arte los medios que podían asegurar el progreso hacia mejor.

Respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad estamos ya demasiado retrasados. Busquemos no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos mucho tiempo que perder»⁷¹.

⁶⁹ Vid. BOBBIO, N.: «Introducción», en *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991, pág. 22.

⁷⁰ Vid. BERTOZZI, L.: «Uomini senza diritti», *Rinascita*, I, núm. 27, 1990, págs. 72-74.

⁷¹ Vid. BOBBIO, N.: *El tiempo...*, op. cit., págs. 111-112. La referencia a Kant se halla en su escrito «Si el género humano se halla en constante progreso hacia mejor», KANT, I. *Filosofía de la Historia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1981.