

UN NUEVO ACTO DEL «GRAN TEATRO» DE LA REFORMA LABORAL 2010: UNA REFORMA «PARA REFORMAR» O DE LA «GALERÍA DE LOS DISPARATES»

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

Con la aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, tramitada en el Parlamento con una extremada precipitación, lejos de llegar a ningún punto en el cambio del modelo de relaciones laborales y en la promoción de un nuevo modelo productivo, ambos útiles para generar empleo y de más calidad, se abre un horizonte incierto. La Ley introduce una reforma que, además de incoherente en muchos puntos, se neutraliza a sí misma al quedar condicionada a una infinidad de reformas de desarrollo, reglamentarias sí, pero también legislativas. Por lo tanto, el riesgo de ineficacia y, lo que es peor, de parálisis, al tiempo que de incremento de la conflictividad, que la versión parlamentaria de la reforma genera, se multiplica respecto de la versión gubernamental de la misma.

Con todo, la visión dicotómica, radicalmente enfrentada, que hace una lectura puramente ideológica de la reforma, bien por sus excesos de liberalización –crítica de los juristas y economistas «progresistas»– bien por su insuficiencia flexibilizadora y de reducción de costes –crítica de los economistas liberales y de los sectores financieros–, no responde a la estricta realidad de la Ley. En ella hay más diversidad de la que nos cuentan o nos quieren hacer ver. De ahí la necesidad de análisis más ponderados.

Con este estudio el autor no trata de tranquilizar, más bien al contrario. Pero sí de evitar una comprensión reductora de una reforma que, ineficaz para conseguir sus objetivos básicos –la creación de empleo de calidad–, sí abre nuevas posibilidades para avanzar en cambios significativos, incluso de mejora de los derechos sociales, como los relativos a la formación profesional, a la recolocación, a la empleabilidad, a la igualdad. No obstante, también promueve grandes tormentas en instituciones clave de las relaciones laborales, como el despido objetivo por absentismo, o en las diversas formas de despidos económicos. Por eso, en este estudio se trata de dar una visión de conjunto, pero articulada, de las principales novedades, adscribiéndolas a un motivo u otro de política del derecho, de modo que se pueda entender mejor el sentido global de la reforma y también el de cada uno de los cambios parlamentarios. A partir de ahí será más fácil encontrar las soluciones aplicativas, cuando las haya claro.

Palabras clave: despido, políticas de empleo, flexibilidad laboral y mercado de trabajo.

A NEW ACT OF «GREAT THEATRE» ON LABOR REFORM 2010: A REFORM «TO RENOVATE» OR THE «GALLERY OF STUPID THINGS»

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Abstract:

WITH the approval of Law 35/2010, of 17 September, on urgent measures to reform the labor market, dealt in the Parliament with extreme precipitation, far from reaching any point in changing the industrial relations model in promoting a new production model, both useful for generating jobs and better quality, opening an uncertain future. The Law introduces a reform that, in addition to inconsistent on many points, so it is neutralized by being conditioned to a host of development reforms, regulations yes, but also legislative. Therefore, the risk of inefficiency and worse, paralysis, while increase in conflict that the parliamentary version of the reform generates, multiply on the government's version of it.

However, the dichotomous view, radically confronted, which makes a purely ideological reading of the reform, either by his own excesses of liberalization –critical of lawyers and economists «progressive»– by its failure to reduce more flexible and cost-critical liberal economists and financial sectors, does not meet the strict reality of the law. In this law there is more diversity of which we have or want us to see. Hence the need for weighted analysis.

In this study the author tries to reassure, rather the opposite. But to avoid a reductive understanding of a reform ineffective in achieving its basic objectives, the creation of quality jobs, it opens new possibilities to further significant changes, including improvement of social rights, such as those relating to vocational training, outplacement, employability, equal. However, it also promotes big storms in key institutions of industrial relations as objective dismissal for absenteeism, or the various forms of economic dismissals. Therefore, this study tries to give an overview, but articulated, major developments, ascribing to one reason or another policy of law, so that they can better understand the overall meaning of reform and also of each parliamentary changes. Starting from there it will be easier to find application solutions, if any course.

Keywords: dismissal, labor policies, labor flexibility and job market.

Sumario

1. Introducción: «estrés legislativo, diálogo de sordos».
2. Mapa para orientarse: una guía de comprensión ordenada para una ley de estructura caótica.
3. En busca de seguridad: medidas de «mejora de derechos» en sede parlamentaria de la versión gubernamental.
4. En busca de eficiencia: medidas para «flexibilizar» más la versión gubernamental de la reforma.
5. En busca de algo de racionalidad jurídica: nuevas reglas de coherencia ordinamental.
6. En busca de más responsabilidad individual de los «sujetos protegidos»: medidas de incremento del control social de desempleados y beneficiarios de la Seguridad Social.
7. En busca de fiabilidad de las reglas o de eficacia social: novedades relativas a la transparencia de las reglas.
8. Reflexión final: el vértigo de una reforma hecha según la técnica de las «muñecas rusas».

«... Ya ves que se nos han impuesto nuevas leyes, y esas nuevas leyes del que reina pueden originar en los que lo servimos nuevos sentimientos y nuevos acuerdos de consecuencias imprevisibles. Pero no considero prudente ser más explícito en este lugar. Reúne a los jefes de todas nuestras numerosas tropas y diles que, ordenados y antes de que la oscura noche haya corrido su denso velo, con todos cuantos militan bajo mis banderas, debemos diligentemente tender nuestro vuelo hacia el lugar donde están nuestros cuarteles del norte a fin de hacer los preparativos necesarios para la recepción de nuestro rey, el gran Mesías, y recibir sus nuevos mandatos. Su intención es visitar prontamente en triunfo todas las jerarquías y dictarles sus leyes.

(...)

Sin embargo, el ojo de Dios, que desde lo alto de su santa montaña y entre miles de lámparas de oro que arden de noche en su presencia descubre los más secretos pensamientos, vio, sin necesidad de su luz, la naciente rebelión; vio quiénes en ella tomaban parte, cómo se difundía entre los hijos del día y cuál era la multitud que se conjuraba para oponerse a su augusto decreto».

Satán convoca a sus huestes, John MILTON

1. INTRODUCCIÓN: «ESTRÉS LEGISLATIVO, DIÁLOGO DE SORDOS»

Pocas leyes sociolaborales en época reciente han movilizadoto tanto y tan agriamente a la Academia, en el plano económico y en el plano jurídico-social, y a los actores del mundo del trabajo, como lo ha hecho la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, relativa a las medidas urgentes para la «reforma del mercado de trabajo», aprobada el sábado 18 y en vigor en domingo, quizás no por casualidad. Una movilización, convertida en la concepción de los actores sindicales en una fuerte contestación, que se ha producido ya antes de conocer el contenido de la Ley, pues dijera lo que dijera, y salvo vuelcos imprevisibles, ya estaba condenada de antemano, por recoger la herencia del criticado y criticable Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio (RDL), del que aquélla trae causa. El debate prometía ser vivo e interesante, tanto por la convicción de todos los actores de la necesidad de cambios significativos en nuestras instituciones jurídico-laborales, cuanto por la trascendencia y amplitud de las medidas adoptadas, pero ha devenido en meramente interesado, derivando en una lucha ideológica y de poder, entre los que creen –creemos– que la respuesta a la crisis y a la necesidad de cambio

—con o sin crisis— debe ser económica y socialmente sostenible, y los que creen que la repuesta debía ser básicamente económica y de un cierto tipo, neoliberal.

Así planteado, queda claro que, fracasado ya el modelo de reforma pactada, no restaba espacio para la recuperación del Diálogo entre actores sociolaborales y, lo que llama más la atención, entre los analistas, científicos y profesionales. O se está a favor de la misma, y el enfoque responde y se etiqueta de un modo, o se está en contra, y se etiqueta de otro, radicalmente contrario. Por eso, primero fueron los economistas y luego fuimos los juristas los que asumimos que el espacio para el análisis, y exegetas profesionales «o comerciales» al margen, tenía que ser el de la visión épica, forjada a base de lucha entre el «bando» por la abrogación de la reforma legislativa, por ser injusta, y el «bando» por su defensa e, incluso, radicalización para que fuese todavía más eficiente y liberalizadora. A tal fin, han venido proliferando la firma de los «manifiestos», conforme a una técnica de manifestación y reivindicación que creíamos era de otra época. En suma, daba igual «el día en que naciera» la reforma legal y, ante la posición radical de unos y otros, tengo para mí que daba igual también lo que dijese, porque, viera la luz cuando la viera, y contuviera lo que contuviera, «reinará el planeta» que reinará, una «mala estrella» la iba a guiar, haciendo de su vida un «calvario», lleno de caídas, «cruces» y tinieblas. El trágala del Gobierno con la tramitación como Ley, el embrollo de su tramitación, disparatado, y el juego de mayorías, que hacía prevaler la razón económica sobre la social, confirmarán estos malos augurios.

Para colmo, nadie cree en esta reforma. Para todos es, antes que nada, inútil. Al menos para los objetivos básicos que dice perseguir, el incremento del empleo, y de calidad a ser posible, y la mejora de la productividad. Ni sus promotores dan crédito a estos objetivos, pues entienden que sólo funcionará cuando recuperemos la senda del crecimiento económico. Pero si así es para ese viaje no necesitábamos alforjas, pues cuando tuvimos crecimiento económico se incrementó el empleo por encima de la media europea, aunque es cierto que nunca alcanzamos una tasa de paro razonable ni mucho menos una tasa de temporalidad sostenible social y económicamente. No pretendo hacer apenas hincapié en esta idea porque ya se desarrolló en el comentario que hicimos del RDL y, como se sabe, la Ley mantiene en lo sustancial, y a menudo casi inmodificado, el texto de aquél. Lo nuevo que tiene la Ley, que es lo que va a centrar este segundo —y, muy a mi pesar, no último comentario— análisis, en modo alguno hace pensar que las cosas vayan a ser diferentes, pues ciertas nuevas reglas, con ser algunas muy significativas, no tienen capacidad para cambiar o novar este juicio, pues no aferran con la intensidad, integridad y coherencia necesarias el cambio necesario para promover ese ansiado nuevo modelo productivo, esa nueva estrategia competitiva empresarial basada en la calidad —también del empleo— y ese nuevo sistema de relaciones laborales acorde con aquel modelo productivo de calidad.

Quizás, los más optimistas, pudieran pensar que al menos ya ha pasado el fragor de la contienda. Una vez aprobada por el Parlamento, por tanto hecha suya y no sólo del Gobierno, con lo que tendría el respaldo del principio democrático —que en cierto modo le niegan, indebidamente, los sindicatos—, e imposibilitada la rectificación por los enormes condicionantes externos —los célebres y dictatoriales «mercados», más bien, «poderes» financieros y nuestros «socios comunitarios»—, ahora sería el momento de su aplicación y, por tanto, abandonaríamos escenarios más candentes y combativos,

e interesados, para proyectarse en otros más reflexivos, racionales, profesionales –la gestión diaria, la negociación colectiva, la aplicación judicial...–. Pero cualquiera que haya leído, incluso por encima, la Ley 35/2010, sabe que aún no se ha escrito la última palabra normativa –legislativa y reglamentaria– de esta reforma, porque, al contrario, se ha definido por el Legislador como una obra abierta, de modo que si se lee con más detenimiento contiene más de una docena de remisiones a otras reformas de gran calado, en el plano reglamentario –política de desarrollo–, pero también, y más de lo que se cree, en el plano legal. El incubo –o el súcubo, por tener género femenino la Ley– de la reforma, por tanto, no ha terminado sus efectos, y todavía seguirá dándonos que hablar, pues sin esas reformas, y sin otros compromisos de aplicación por el entero sistema de fuentes sociolaborales, la reforma legal quedará inmovilizada.

Lo sabe bien el Presidente del Gobierno, que consciente –y urgido– de la más que imperiosa necesidad de recuperar el camino del Diálogo Social, ya ha recordado, a su estilo y talante claro, aquélla fuerte convicción sobre el protagonismo regulador en la práctica de los Reglamentos que tenía el Conde de Romanones –«haced vosotros las leyes, dejadme a mí los reglamentos»–. Por eso, recordó a los sindicatos que ahora es el tiempo de los Reglamentos, obviando que es también el de las Leyes que también ha comprometido esta reforma y de alcance no menor –Fondo de Capitalización, la regulación de las políticas de protección por desempleo para hacerlas más activas, el ET, de nuevo, ahora en la regulación de la negociación colectiva...–. En suma, lejos de escribir el último acto, para bien o para mal, de este «Gran Teatro» en que se ha convertido, por los actores y escenarios, la «reforma laboral 2010», la reforma para la nueva década que ahora se abre, el espectáculo, la representación, no ha hecho más que comenzar. «Drama» quizás, o quien sabe si, en realidad, «tragedia», por su tremendo impacto en millones de personas en situación de desempleo o de «pobreza laboral» (empleo sin trabajo decente), o incluso una «tragicomedia», por combinar esos elementos trágicos con cambios a menudo de «pandereta». El disparatado proceso de tramitación legislativa y la extremadamente caótica ordenación de la Ley 35/2010, que incluso llega a «abortar» la vigencia de ciertas reglas antes de su entrada en vigor –por ejemplo la reforma de la non nata Ley 32/2010, sobre protección por «desempleo» de los trabajadores autónomos–, ya evidencian claramente este infortunio regulador.

Pero pese a lo que pudiera parecer con esta introducción al sentido y alcance de la Ley 35/2010, que me parece nada alejada del juicio ponderado que merece en el más estricto plano de la técnica jurídica y de la política del derecho, no voy a seguir ese camino fácil de alinearme con los críticos radicales, bien por defecto bien por exceso, militando en la legión de acólitos de uno u otro sector. El papel del jurista debe ser el de ofrecer un análisis no sesgado de una norma compleja como la que se comenta, y en todo caso, sin pretender la imposible neutralidad –excluida para mí por función y por vocación–, ofrecer un marco de comprensión rico, fundamentado y ponderado, que dé cuenta de sus virtudes y sus deficiencias. En otras palabras, el debate creado en relación a esta reforma está demasiado contaminado por los enfoques ideológicos y a día de hoy adolece de estudios jurídicos equilibrados. Sin duda en el juicio de la Ley ha de pesar más los aspectos negativos, que creo dominan sobre los demás, pues el eje básico de la reforma es la flexibilización y la reducción de costes de la mano de obra. Pero creo que hay que hacer un esfuerzo por no ignorar, más bien por valorar, que ofrece elementos positivos –corrige ciertas deficiencias de coherencia del RDL y contempla alguna «mejora de derechos» respecto de éste–.

2. MAPA PARA ORIENTARSE: UNA GUÍA DE COMPRENSIÓN ORDENADA PARA UNA LEY DE ESTRUCTURA CAÓTICA

El enfoque de este estudio va a centrarse básicamente en intentar dar a conocer las principales «novedades» del segundo acto –o «fascículo», según se mire– de esta *reforma laboral normativamente abierta*, proporcionando al operador jurídico una vía de comprensión que le permita ordenar las nuevas reglas según la línea de política del Derecho que persigue cada una de ellas, esto es, según la finalidad o el motivo principal que la inspira. La utilidad de este planteamiento es, o me parece, múltiple. Primero, proporciona un esquema relativamente sencillo de lectura conjunta de una Ley que esta pésimamente organizada, pues una misma institución ve cómo se dispersa su régimen a lo largo y ancho de todo el texto –tanto en el cuerpo legislativo como en la parte extravagante de la Ley, esto es, las desmedidas o las descontroladas disposiciones adicionales, finales...–. Segundo, facilita una visión más equilibrada, e incluso más precisa, de la misma, en cuanto que nos permite verificar que la versión parlamentaria de la reforma no responde a un objetivo único, ampliar la flexibilidad de la gestión de la mano de obra, sino que podemos encontrar una pluralidad de razones, incluida la de introducir ciertas mejoras en la posición de los trabajadores, sobre todo en situaciones de crisis, aunque esta afirmación pueda parecer sorprendente después de las críticas descarnadas e incondicionales que está recibiendo desde los sectores más acreditados de la llamada «doctrina progresista».

A mi juicio, y sin perder de vista, se insiste, el anticipado juicio crítico negativo de la reforma, más que nada por su incapacidad de cumplir con lo que dice buscar –más empleo, de más calidad y un modelo de gestión más productivo–, el resultado final de la reforma no puede verse únicamente como el intento de reducir los costes del despido, a través de diversas vías –generalización del contrato de fomento de empleo con indemnización reducida de 33 días; asunción de 8 días por el FOGASA, intento de liberalización de las causas justificativas de los despidos económicos para convertir en regla general la indemnización de 20 días (realmente 12 para el empleador, pues los otros 8 son para el FOGASA)–. Por supuesto, esta estrategia competitiva empresarial basada en la reducción de los costes laborales, que ha venido siendo la dominante en nuestro país desde la instauración misma del modelo democrático de relaciones de trabajo allá por 1980 y que hace ya tiempo se ha revelado obsoleta y disfuncional, pues los países más competitivos apuestan por una estrategia basada tanto en la calidad como en la flexibilidad, pero interna, ha centrado el debate parlamentario de la reforma laboral, reforzando, incluso empeorando, la versión gubernamental.

Sin duda, un detenido estudio del disparatado, estresante e improvisado debate parlamentario evidencia cómo se ha producido una interesante dialéctica de política del Derecho entre el Congreso y el Senado, de modo que mientras el primero ha buscado una regulación que se inspirara en mayor transacción o equilibrio entre los intereses de los empresarios y los de los trabajadores, el Senado, dominado por la «pinza» creada entre el Partido Popular y Convergencia i Unió, se ha caracterizado por introducir una regulación asentada sea en una mayor flexibilidad en la gestión de la mano de obra por parte de las empresas sea en un mayor control disciplinario y social de los desempleados, y también de los beneficiarios de otras prestaciones sociales como los trabajadores en incapacidad temporal (IT), ambas cuestiones recurrentes en las últimas reformas que han vuelto a ocupar un espacio protagonista en esta ocasión y que ha supuesto la introducción de algunas novedades relevantes res-

pecto del RDL. Como era de esperar, el resultado ha sido el de una transacción entre las posiciones del Congreso y las del Senado, con lo que la versión proporcionada por este segundo, y no definitivo, acto normativo reformador, refuerza aspectos de flexibilidad contenidos en la versión gubernamental y amplía medidas que responsabilizan individualmente a los desempleados de su situación. Pero, como se decía, otras lógicas, otros fines, se han colado en la reforma, que pueden ofrecer aspectos más positivos de la misma, tanto en el plano de la mejora de posiciones de derecho e intereses laborales como de coherencia del ordenamiento, sin duda extremadamente golpeado en su racionalidad con reformas tan continuas y con tantos dislates como ésta.

A este respecto, conviene evidenciar cómo temas ignorados por el RDL, relativos por ejemplo a un reforzamiento de las competencias de gestión autonómica de las políticas de empleo aparecen en especial en la tramitación del Senado, una vez más sin duda por reflejo de las propias componendas de las mayorías en la Cámara Alta. Por lo tanto, la versión legislativa de la reforma hace mayores concesiones a ciertas reivindicaciones autonómicas y que se resumen, una vez más, en la apertura de nuevas posibilidades de financiación, hasta el punto de afectar a los recursos de la Seguridad Social para la protección de los desempleados. Asimismo, al coincidir esta tramitación parlamentaria con algunas situaciones laborales que han impactado de un modo alarmante en la población, se ha aprovechado para intentar darle una solución, como la llamada, impropia, claro, «huelga silenciosa» o «huelga encubierta» de los controladores aéreos –los que en otro análisis llamé «caballeros negros de la Torre de Control»–, consistente en promover las «bajas médicas individuales pero en masa» de éstos mediante su colocación en situación de IT, hasta afectar en un mismo día y en una misma torre de control a más del 40% en algunos casos.

Como siempre, suelen «pagar justos por pecadores», y se ha aprovechado esa coyuntura no ya sólo para dar una nueva vuelta de tuerca, no sé ya para qué lado, al régimen de gestión y control de la IT, sino que también se ha dado «gusto» a la reivindicación patronal de introducir medidas más severas de control del absentismo en las empresas, facilitando, de una manera hartamente peligrosa, el despido por causas objetivas basadas en el llamado «absentismo injustificado». Si en el primer caso se ha modificado la legislación de Seguridad Social tanto para ampliar el poder de control del INSS en estas situaciones, frente a los desacreditados servicios sanitarios, como para introducir elementos de eficiencia económica en la gestión de las Mutuas que puedan reducir los costes sociales de las empresas, en el segundo se ha dado una nueva razón para quienes ven en esta reforma una desmedida «cortina de humo» que oculta una política orientada netamente a favorecer los despidos. Sea como fuere, lo cierto es que una atenta mirada a la Ley 35/2010 pone de manifiesto un cúmulo de finalidades y motivaciones que bien merecen en un análisis más detenido, mucho más articulado del que proporciona la pobre lectura mediática, socio-sindical y, lo que es peor, político-doctrinal actualmente dominante.

La extensión, complejidad y heterogeneidad de las instituciones sociolaborales afectadas por la reforma, así como su carácter abierto, aconsejan una lectura mucho más sosegada de la misma y, por tanto, un análisis más pausado. Por eso, y también por las limitaciones que aconsejan este espacio, la pretensión aquí no es volver sobre los puntos que ya se conocen de la reforma, por reiterar los contenidos del RDL ya comentados en el número de julio de esta revista. En este espacio, como se decía, pretendo limitarme a evidenciar de forma ordenada, comprensible, las principales novedades de la Ley 35/2010, y que por la disparatada estructura de ésta no es posible obtener en una primera

lectura. Para ello, y como también anunciaba, he intentado clasificarlas, agruparlas, atendiendo al objetivo dominante de política jurídica o del derecho que persigue, aunque a menudo puedan responder a diversos objetivos de este tipo. A partir de esta ordenación creo que el lector, el operador jurídico, estará en mejores condiciones para alcanzar su propio juicio, articulado básicamente sobre razones jurídicas –no sólo técnicas, sino de política del derecho–, y no sobre opiniones meramente ideológicas, legítimas pero desviadas si de comprender y aplicar normas se trata.

Desde esta perspectiva, a mi juicio, las novedades de este segundo acto del «gran teatro de la reforma laboral» se podrían ordenar en 5 grupos, lo que de por sí ya deja en evidencia que no conviene hacer una lectura extremadamente simplificada de la misma:

1. Las que podríamos llamar, provocadoramente incluso con lo que se dice de la Ley, «reformas para la **mejora de las garantías**» de la posición de los trabajadores.

En ese grupo, ciertamente no el más numeroso, hallamos novedades en la Ley respecto del RDL que o bien mejoran las garantías de los trabajadores ante ciertas decisiones de los empleadores, o bien tratan de introducir una mejora de la seguridad jurídica. Quizás pueda considerarse poco relevante este aspecto de una reforma orientada básicamente, en esto no cabe engañarse, a flexibilizar la posición de los trabajadores en aras de una mayor capacidad de decisión por parte de los empleadores y a reducir sus costes socio-laborales. Pero, como ya he dicho, sería un grave error ignorar las oportunidades que abre para la consecución de nuevos derechos sociales y también para reforzar garantías en orden a su efectividad, en particular el que denomino nuevo «derecho sociolaboral a la recolocación en situaciones de crisis» ex artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), o incluso un cierto «derecho a oportunidades serias de empleabilidad», así como el «derecho social a la formación profesional» para el empleo y la promoción ex artículo 4.2 del ET. Otra cosa es que su reconocimiento y garantía disten de ser los más adecuados técnicamente. Pero no por ello cabría infravalorar lo que pueden representar para el futuro inmediato, máxime ante las remisiones a reformas para ese futuro próximo que se establecen en la Ley.

2. **Las novedades que se orientan hacia, o buscan, el reforzamiento de la flexibilidad**, tanto interna como externa –despido objetivo por absentismo, por ejemplo–, a fin de facilitar tanto una regulación como una gestión competitiva –en realidad más rentable para los empresarios– de la mano de obra.

Ni que decir tiene que éste es el núcleo duro de la reforma 2010. Estaba en el centro de los cambios introducidos en el RDL y lo está, incluso con una especial intensidad, a veces virulencia, en el texto del Parlamento, particularmente en las novedades que han sido propuestas por el Senado.

3. Las novedades que llamo *de «búsqueda de coherencia reguladora»*, cuya finalidad básica sería la de armonizar las nuevas reglas sustantivas con el ordenamiento laboral en su conjunto, ajustando las normas adjetivas –administrativas y procesales– y corrigiendo algunas deficiencias técnicas del RDL –lagunas, contradicciones o antinomias–.

4. Medidas en busca de reforzar el **control disciplinario** de los parados –y de los beneficiarios de las prestaciones de IT–.

Un número significativo de las medidas introducidas en la tramitación de la reforma en el Parlamento pueden «colgarse», obedecen, a este objetivo de intensificar el control de las personas que reciben una protección pública, tanto las que se encuentran en una situación legal de desempleo como los trabajadores en situación de IT. De este modo, si las medidas de flexibilidad presuponen una posición de favor hacia los intereses de los empresarios atribuyéndoles un poder de decisión en gran medida exorbitante por considerarlos responsables principales –fuentes básicas– del crecimiento económico y, por tanto, de la creación de empleo, las medidas que llamo de control disciplinario presuponen una posición de responsabilidad individual de los sujetos beneficiarios de protección pública –incluso contributiva, por tanto desde el enfoque de derechos plenos– en su situación. De ahí, la introducción de nuevas medidas, o a veces la intensificación de las ya existentes, incluso de forma reiterativa y, por tanto, en gran medida inútil, orientadas a reducir los tiempos en que se hallan en esa situación, so pena de verse privados de los derechos. Si algunas de estas medidas son coherentes, como la reducción del periodo de inmunidad que tiene el desempleado para aceptar cursos de formación –no así de ofertas adecuadas, a lo que se obliga desde el primer día–, pasando de 100 a 30 días, otras no lo son, como la reducción a la mitad del porcentaje de absentismo para poder sufrir un despido por causas objetivas, o la asfixiante reiteración de la necesidad de cumplir con el célebre, pero impracticado e impracticable en las actuales condiciones de intermediación y atención al desempleado, «compromiso de actividad».

5. Las que denomino «**reformas en busca de mejora de la transparencia**» en la gestión de las reglas introducidas por la Ley para intentar operar los cambios.

En este bloque incluyo todas aquellas reglas orientadas a proporcionar un mejor conocimiento de la eficacia de las nuevas medidas. Así sucedería, a título sólo de ejemplo, con la necesidad de certificaciones respecto de la adquisición de la condición de fijeza una vez superados los límites de contratación temporal, o de establecer indicadores que permitan conocer realmente el funcionamiento de los nuevos agentes de la intermediación, como las Agencias de Colocación lucrativas, o las reglas de evaluación de políticas como las de bonificación por contratación, a fin de saber si realmente aprovechan o no al fin que persiguen, cuando todos sospechamos que no.

Como puede fácilmente comprobarse, no sólo son diferentes las finalidades perseguidas –otra cosa diferente será que esté en condiciones realmente de lograrlas o alcanzarlas– por la reforma, sino que también se verifica que no todas tienen el signo «maligno» de dirigirse a desestabilizar o arruinar la posición fatigosa y legítimamente conseguida –por concesión y por conquista– por los trabajadores, sino que algunas podrían militar en el Haber de la misma –las de mejora, aunque poco y pocas; las de coherencia reguladora y las de transparencia–. En el Debe estaría, pues, tanto las que se orientan hacia una mayor flexibilidad, pero no porque ésta sea negativa en sí misma, que a mi juicio no lo es, sino porque no está bien articulada y expresa más la continuidad con el modelo precedente –el favor hacia la flexibilidad de salida: despido– que el cambio hacia un nuevo modelo –el favor hacia la flexibilidad

de gestión: la reorganización de las condiciones de trabajo, conforme al célebre «modelo alemán»–, cuanto las que vuelven a insistir en la responsabilidad individual de quienes se hallan en situaciones de responsabilidad más social que individual –el desempleo–, o de quienes ejercen sus derechos –a la baja por IT cuando están enfermos y a una recuperación razonablemente tranquila, y no bajo la intimidación y la presión constante de esos «perros de presa» en que quiere convertirse a las Mutuas–.

Veamos ahora, de modo sucinto, las principales novedades que obedecen a estas lógicas. No sin insistir en que a menudo podemos encontrar medidas que obedecen a diferentes finalidades, si bien se ha preferido, para no reiterar, adscribirlas a la que entiendo más determinante.

3. EN BUSCA DE SEGURIDAD: MEDIDAS DE «MEJORA DE DERECHOS» EN SEDE PARLAMENTARIA DE LA VERSIÓN GUBERNAMENTAL

3.1. De la «empleabilidad» a la «recolocación» ¿Ha nacido un nuevo derecho sociolaboral?

Voy a comenzar la exposición por las que he llamado **reformas de garantías**, esto es, en las que prevalece una cierta intención, más bien el programa, de mejorar, de presente o, por lo general, de futuro, la posición jurídico-laboral de los trabajadores respecto de las decisiones empresariales de gestión. No dudo que a muchos, o a parte, de los lectores les puede parecer más que una ironía un «sarcasmo» el evidenciar que hay reformas de mejora en esta reforma, criticada por todos, incluso por sus autores. Y, aun más, comenzar el recorrido por ellas cuando sin duda son las menos atendidas, en el plano cuantitativo, y también las que expresan una mayor vaguedad en su formulación, por lo general y sin perjuicio de algunas excepciones.

Pero honestamente he de decir que sí aparecen textos en los que ese calificativo puede aplicarse. Aunque no sean ni muchos ni de gran alcance, existen. En última instancia, como toda «ley sociolaboral» que es fruto de un pacto –en este caso no social, ante el fracaso del Diálogo Social, sino parlamentario, político, pues– tiene que presentar alguna dimensión transaccional, sin que, al menos a mi juicio, quepa «demonizarla» o criminalizarla en su integridad. Al menos, suponen ciertas mejoras respecto de la versión del Gobierno en relación a diferentes instituciones de carácter sociolaboral afectadas por la reforma.

No existe, en mi opinión, ninguna norma de este género o tipo en el ámbito de la contratación temporal y su régimen de limitaciones, pues las novedades destacadas en este ámbito obedecen o bien a razones de flexibilidad –exclusión de ciertos contratos del cómputo, en especial en el ámbito de las Administraciones Públicas– o de transparencia –derechos de certificación de la condición de fijo o de sus contratos temporales por parte del servicio público de empleo–¹. Sí existen, en cambio,

¹ En el ámbito de los contratos formativos sí pueden recogerse en este grupo las reformas, a mi juicio de relativa novedad reguladora, que consideran como periodos que interrumpen el cómputo de su duración, las siguientes situaciones: IT, riesgo durante el embarazo o el periodo de lactancia, maternidad o paternidad, adopción o acogimiento –arts. 11.1 b) y 11.2 c) ET–. De este modo, se introduce la misma regla que para los demás contratos temporales. Por lo que la mejora también podría entenderse como una reforma de coherencia reguladora, a fin de que no se perpetuaran diferencias injustificables. Asimismo, y en relación a las bonificaciones de la contratación indefinida, es de destacar las mejoras de segu-

en relación a la materia o institución probablemente más afectada por la reforma, aunque parezca perseguir todo lo contrario –en esta crítica de incoherencia llevan toda la razón los críticos radicales–, la relativa al despido económico. Ciertamente, esto es especialmente reseñable porque es aquí donde encontramos los mayores torpedos a la línea de flotación de los tradicionales equilibrios de la regulación laboral. ¿Cómo se concilia esta observación?

A mi juicio no hay contradicción. Salvo pequeñas mejoras en orden a eliminar aspectos de gran incertidumbre, como el significado de la expresión «mínima razonabilidad», que ahora se elimina, quedando el deber de acreditar la «razonabilidad del despido», realmente lo más destacado de la reforma en orden a una mejora de la posición ocupacional de los trabajadores es la preocupación por ofrecer oportunidades de recolocación. Esto es, el Legislador ha aceptado plenamente que el despido es ya una técnica de gestión ordinaria para el empresario en situaciones de crisis, y no la última razón, como cree la posición académica y jurisprudencial ortodoxa. Y frente a eso poco se puede hacer, salvo mantener una indemnización razonable, y siempre a la baja, al tiempo que cada vez más socializada –FOGASA, Fondos de Capitalización–.

Donde hay que concentrar los esfuerzos, entiende el Legislador, es en la gestión posterior, en la búsqueda de una gestión dinámica, que no convierta a los afectados por la medida en «parados de larga duración», sino en sujetos con oportunidades de nuevo empleo. De ahí que, a mi juicio, quepa articular lo que llamo el nuevo «derecho a una oportunidad razonable de recolocación» o el derecho a acciones de mejora de empleabilidad. Esto es lo que subyace, a mi entender, en el inciso que introduce la Ley 35/2010, en el artículo 51.4 del ET, al orientar el proceso de consultas a fijar «medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad».

Una orientación que vuelve a ratificarse en la previsión de una inmediata reforma de la normativa reglamentaria que regula esta materia –y que ubicamos dentro de las que llamamos reformas de coherencia reguladora– y cuya principal razón de ser es concretar el contenido del Plan Social, en especial respecto de estas medidas de recolocación. Recuérdese asimismo que también se hace referencia más explícita en la Ley 35/2010, a diferencia de lo que sucedía en el RDL, al instrumento de mercado que deberá servir, con la financiación pública y empresarial, de garantía de efectividad de este derecho: las empresas de recolocación –art. 21 bis. 1 Ley de Empleo (LE)–.

Cierto, se podrá discutir que no se trata de «derechos de seguridad» sino de «derechos de mera oportunidad razonable», y que no contiene medidas concretas sino genéricas, y que se fía a mecanismos de mercado y no a los servicios públicos de empleo. Tampoco ignoro, creo, que a veces algunas de estas reformas bien pueden presentarse como tales pero podrían ocultar medidas realmente «restrictivas», de modo que expresarían más una técnica o medida de «control social» del desempleado, como el nuevo apartado 4 del artículo 47 del ET que incluye como condición en los procesos de regulación temporal de empleo que durante el tiempo de suspensión, o de reducción de la jornada, se promuevan acciones de empleabilidad. Pero ¿acaso no es una previsión de coherencia, reguladora y social, esta

ridad jurídica que supone eliminar las referencias a desarrollos reglamentarios y que regulan de modo directo las situaciones creadas (art. 10.6, párrafos 3.º y 4.º Ley 35/2010).

exigencia? Asimismo, también soy consciente de que también aparecen estas medidas como auténticas «cortinas de humo», de modo que se presenta como una mejora reguladora algo que realmente no es sino una concesión de salón a las cuestiones de nuestro tiempo moderno. Un claro ejemplo es la novedad del nuevo apartado 2 bis del artículo 1 de la Ley 27/2009, que entre las acciones para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores incluye ahora «las medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional».

¿De verdad alguien cree que este tema va a estar en el centro de estas medidas, en el caso en que realmente seamos capaces de desplazar el favor por la flexibilidad externa por el de la flexibilidad interna? Creo que la pregunta se contesta por sí misma y deviene puramente retórica por lo que no perdemos el tiempo en ello.

Ahora bien, siendo conscientes de estas limitaciones, entiendo que no menos verdad es que aparece por doquier la inquietud por dotar de un contenido social a la gestión empresarial de la crisis, partiendo eso sí del despido como fisiológico en los momentos de crisis. Por tanto, responde a un modelo de gestión más dinámico y, en los términos de la Comisión Europa, «socialmente inteligente» de las crisis. En consecuencia, sin perjuicio de los puntos críticos que presenta no debería desdeñarse, debiéndose centrar los esfuerzos al respecto, más que en resistir numantamente a la decisión empresarial, en favorecer una negociación colectiva y una política de ayudas públicas a estos procesos condicionados por estas exigencias de recolocación. En suma, pese a la vaguedad inicial del reconocimiento del derecho y la incertidumbre de sus garantías, no debería quedarse en la idea de un puro «brindis al sol».

Precisamente, confirmando la centralidad de este enfoque, pero con una previsión más genérica o incierta, hay que hacer referencia a las normas que, en un plano sectorial y de futuro, formulan la promesa o expectativa —ésta es su verdadera naturaleza «jurídica»— de «*planes específicos de recolocación*». Es el caso de la nueva disposición adicional séptima de la Ley, que manda al Gobierno impulsar un plan de este tipo, eso sí, en colaboración con las Comunidades Autónomas (CCAA), para la «recolocación de los parados procedentes del sector de la construcción». Para ello se prevé el diseño y puesta en práctica de una extensa serie de «programas específicos de formación y de seguimiento» que les permita ser contratados en sectores demandantes de mano de obra como por ejemplo, según indica, de un modo sólo orientador —la Ley refiere a ellos como unos sectores de actividad «entre otros»— la propia norma legal, los de rehabilitación («reconstrucción» de lo ya existente), instalación energética (energías renovables), seguridad, turismo, dependencia (servicios a las personas). Sin duda, no es el único sector que debería acogerse a estos planes, pues muchos otros están en esta situación, como evidencia, por referir a una cuestión hoy de máxima actualidad, la insostenible situación del cada vez más residual sector minero del Norte de España, cuya solución cada vez pasa menos por el sostenimiento artificial de este empleo a través de costosas ayudas, aunque estén amparadas, de momento, por el Derecho Comunitario, y más por un plan de reestructuración social y económicamente duradero.

3.2. Crecen las «cortinas de humo» de la reforma: la inquietud por avanzar en la equiparación de regímenes de diferentes tipos de trabajadores

Uno de los graves problemas de nuestro mercado de trabajo, tanto cuantitativo como cualitativo, es la extrema dualización o segmentación del mismo, de modo que se generan diferencias extre-

mas de regulación y protección entre unos colectivos y otros de trabajadores. Aunque la reforma, ya desde la versión originaria gubernamental, se ha preocupado de reducir esta brecha, lo cierto es que más que dirigirse en pro de esa línea loable consigue todo lo contrario al multiplicar las diferencias, por ejemplo, entre los trabajadores protegidos con la indemnización «plena» de los 45 días y los que lo están con la indemnización «reducida» de los 33 días. Si bien la tendencia a medio plazo –para el 2015– es evidente, y no resulta otra que la de equiparar por abajo: que el empresario tenga que pagar tan sólo 12 días de indemnización, ya se trate de despidos, si es por causas económicas –20 en total, 12 a su cargo y 8 al FOGASA o al Fondo de Capitalización que en su día se cree–, ya se trate de extinciones de contratos de tipo temporal.

No obstante, sí que podemos encontrar esa línea de política del derecho en otros ámbitos como el relativo a la protección de la igualdad entre mujeres y hombres o la equiparación mayor entre los regímenes profesionales de los contratados directamente por las empresas usuarias y los que emplean a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT). Sin embargo, también se advirtió al comentar el tratamiento de este tema en la versión gubernamental de la reforma que tales reformas respondían más bien, a mi juicio, a «cortinas de humo» introducidas para diluir el carácter restrictivo y de recorte que inspira de modo general la reforma. Pues bien, esta inquietud de mejora en tal sentido ambiguo o ambivalente también está presente, siquiera parcial, incluso testimonialmente, en la versión parlamentaria de la reforma. Así, cabe destacar muy diferentes grupos de situaciones:

- a) La lucha contra las discriminaciones de todo tipo en el empleo y en el trabajo entre mujeres y hombres.

La tramitación parlamentaria tampoco ha podido vencer la tentación de hacer un guiño a otra cuestión hoy nodal en el ámbito de las relaciones laborales, y en general de la cuestión social de nuestro tiempo, como es la igualdad de sexos en las relaciones de trabajo. Pero de nuevo la debilidad de los dispositivos o de las medidas dedicados a este tema no está a la altura ni del principio-derecho al que dice garantizar ni tiene las garantías suficientes para conseguir el fin.

Por lo tanto, la debilidad de las técnicas de regulación de los nuevos deberes sigue siendo la tónica dominante. Pues buen, el Parlamento ha añadido dos nuevos mandatos en tal sentido. A saber:

- Una nueva redacción del texto del artículo 17.1 del ET que pretende reforzar la prohibición de discriminaciones de todo tipo en el empleo –acceso, creación y desarrollo del vínculo ocupacional– y en el trabajo –condiciones de ejercicio–.

En realidad se trata más bien, a mi juicio, de cambios de redacción textual y, por tanto, tiene más un significado gramatical –de forma– que semántico –de contenido–. No obstante, es evidente que el hecho de prohibir no sólo las decisiones que «contengan» en sí mismas situaciones de discriminación desfavorables por razón de la edad o discapacidad, y discriminaciones por el resto de las circunstancias consideradas discriminatorias – sexo, origen racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a, o relacio-

nadas con, la empresa y lengua dentro del Estado español– sino también las que «den lugar» a tales efectos supone atender más de cerca los resultados o efectos que la propia formulación. Asimismo, el hecho de eliminar la referencia a los efectos de este tipo que puedan resultar «favorables» en este último caso también evidencia, en mi opinión, la voluntad de dejar un mayor margen para las acciones positivas e incluso para las llamadas, de modo inadecuado a mi entender, «discriminaciones positivas». Aunque su eliminación tanto del calificativo o apelativo de «favorables» o «desfavorables» en el segundo grupo puede evidenciar la voluntad de prohibir todo tipo de «discriminación», concepto que no puede confundirse en modo alguno con el de «acción positiva». Lo primero está prohibido, cualquiera que sea su fórmula en el «Derecho Constitucional» y en el «Derecho Comunitario», lo segundo no sólo está permitido sino que viene promovido por una comprensión material del principio de igualdad que es el que anima la Constitución Social del Trabajo.

- También se da una nueva redacción al artículo 22.4 del ET, de modo que ahora se dispone que la definición de las categorías y grupos profesionales se ajusten a criterios y sistemas «que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres».

En cambio, en la anterior redacción se decía que tales criterios debían ser acomodados a «reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo» en la empresa. Más allá de las polémicas nominalistas tan al gusto en este ámbito, y también del favor hacia la política de gestos y símbolos, es difícil ver la mejora del nuevo texto respecto del anterior. Cierto que ahora se evidencia una concepción de esos criterios no ya sólo como «respetuosos» con las exigencias de no discriminación, sino que han de perseguir de modo expreso, finalista, ese objetivo. La redacción ahora derogada tenía el inconveniente de que establecía la necesidad de fijar reglas comunes, cuando lo que está prohibido no es la diferencia o diversidad de criterios sino la discriminación de éstos, por lo que podría pensarse que es más correcto el nuevo texto. Sin embargo, el nuevo texto adolece también de un claro reduccionismo, pues es evidente que el fin u objetivo no debería ser garantizar la ausencia de discriminación, que va de suyo, sino garantizar la igualdad real entre las mujeres y hombres, que es algo, bastante, más que la ausencia de discriminación.

Por eso, esta segunda regla me parece más una reforma de coherencia que de mejora realmente, porque el ordenamiento nada, o muy poco, avanza con el nuevo texto. Un nuevo texto que, como es sabido, coincide ahora en su literalidad, o casi, con el previsto en el nuevo artículo 23.2 del ET, que fue introducido por la versión gubernamental de la reforma. Los caprichos del Legislador son más que evidentes, pues en una fórmula utiliza el verbo «ajustar» y en otra el verbo «acomodar», siendo éste el utilizado en la vieja fórmula del artículo 22.4 del ET y ahora eliminado y sustituido por aquél. Como es evidente el cambio es léxico, pero sí nos da idea del dislate técnico que ha sido la tramitación de esta reforma. En consecuencia, sigue el mismo modelo vacío de la versión del Gobierno. El derecho a un tratamiento garante de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito de los sistemas de clasificación profesional, sobre todo eliminando las formas de

discriminación indirecta que todavía persisten de una manera extendida, bien merece una reforma de otro tipo.

- b) Las relativas a la equiparación, a las demás empresas, de los trabajadores autónomos y sociedades laborales o cooperativas, respecto del beneficio de las bonificaciones a la contratación indefinida, o bien a la creación de «vínculos societarios indefinidos» en estos casos –nuevo apartado 4 art. 10 Ley 35/2010–.

Así sucedería:

- En la contratación indefinida o incorporación de trabajadores como socios trabajadores o de trabajo.
- En transformación de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación en contratos o vínculos societarios indefinidos.

De todos modos, esta voluntad de equiparación no resulta muy creíble. Porque de inmediato veremos cómo esta Ley ha aprovechado la oportunidad para recortar derechos de protección a los trabajadores autónomos incluso antes de nacer –«abortado» en sentido estricto–, como sucede en materia de protección por desempleo.

- c) Ampliación del principio de progresiva paridad de regímenes jurídico-laborales entre los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria y los empleados a través del contrato con la ETT *a la formación* (nuevo art. 17.4 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal –LETT–).

En coherencia con la importancia que la versión parlamentaria da a la formación como una vía para mejorar la empleabilidad, el nuevo texto repara en esta cuestión a fin de dar una mayor dimensión al referido principio de equiparación en este conflictivo ámbito de relaciones sociolaborales. Así, ahora se prevé, atribuyendo una nueva competencia o tarea, que por su sobrecarga comienza ya a ser una «fuente de misiones imposibles», a la negociación colectiva, que a través de ella se adopten «las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos... a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias». La previsión, una vez más, puede ser loable, e incluso aconsejable, pero la fórmula que se ha elegido para su plasmación técnica no puede ser más meliflua. Ni realmente se configura como un deber de negociar, ni como un contenido obligatorio, ni hay un derecho atribuido al trabajador. Todo lo cual hace poco creíble o fiable esta previsión. Otra cosa es la oportunidad, otra más, abierta a la interpretación para construir un nuevo derecho donde ahora sólo hay una expectativa o buenos deseos. Hubiera sido mucho más consecuente de establecer la Ley el derecho a la formación como incluido dentro de las «condiciones esenciales de empleo», y remitir a la negociación colectiva la concreta formalización de los términos del mismo. Una vez más el contentar a unos y a otros le lleva a diluir el mandato jurídico quedándose en terreno de nadie –ni de los agentes sociales ni de los jueces ni de los propios trabajadores que tendrán difícil articular una acción en justicia reivindicando el derecho a falta de previsión convencional, como ya ha sucedido en otros ámbitos–.

También en relación a las ETT hay que destacar la ampliación de los plazos para que la negociación colectiva, a través de los Acuerdos Interprofesionales o Acuerdos Marco ex artículo 83 del ET, pueda establecer limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición en ciertas actividades, si se cumplen los requisitos que prevé la disposición adicional segunda de la LETT. Así, la fecha de 31 de diciembre de 2010 pasa a la de 31 de marzo de 2011, lo que apenas representará ninguna mejora por las dificultades para llegar a un acuerdo de este tipo en estos momentos. Al mismo tiempo se retrasa también tres meses la entrada en vigor de la nueva habilitación para realizar contratos de puesta a disposición en ese ámbito de actividades, y sin perjuicio de lo que en cada caso haya podido establecer la negociación colectiva –que será probablemente poco o nada–, con respeto igualmente a las condiciones legalmente establecidas. En suma, para este caso, es más que relativa. En realidad deviene prácticamente nula y, por tanto, se mantiene nuestra crítica a la versión anterior, en la medida en que el principio de flexibilización de su régimen resulta más reforzado que el de equiparación.

No son las únicas novedades que aparecen en esta materia, pero entiendo que las otras responden más a exigencias de coherencia normativa que de mejora, aunque sea tan sutil o lábil como las comentadas. De ahí que las ubiquemos en ese grupo, según se verá en su momento.

Asimismo podríamos ordenar en este grupo, dándole algún sentido, previsiones que quedan aisladas y que responden a preocupaciones sociolaborales muy específicas. Me refiero ahora, de un lado, y en relación a la protección por desempleo, al caso particular que representa el colectivo de *trabajadores transfronterizos de Andorra* y que recoge la disposición adicional decimoctava. Esta norma extravagante mejora la protección por desempleo del colectivo –entre 2.000 y 2.500 trabajadores–, pues en el Convenio que actualmente rige esta cuestión no aparece tal protección. La solución lograda es doble, de presente y de futuro. Para el futuro se promueve una modificación del Convenio de la Seguridad Social entre España y Andorra para incluir de un modo expreso tal cobertura. Para el presente, y en tanto se modifica el Convenio, se prevé que accedan a la prestación los españoles residentes en España que trabajen en Andorra, cuando queden en desempleo y siempre y cuando acrediten periodos suficientes de cotización previa en España y cumplan el resto de los requisitos legales. Ni que decir tiene que esta estrambótica previsión en el marco de la reforma laboral obedece a las reivindicaciones que en tal sentido hicieron tanto Convergència i Unió como el Gobierno catalán al Ministerio de Trabajo e Inmigración para que resolviese en el menor tiempo posible tal desprotección.

Y en el ámbito de las relaciones laborales especiales, y en particular el *relativo a las empleadas de hogar* –dada la masiva presencia del sexo femenino en este sector entiendo de justicia no silenciarlo o hacer invisible esta realidad con el lenguaje–, se ha previsto también una pequeña mejora en su régimen retributivo. La disposición adicional vigésima tercera, intitulada «limitaciones a las prestaciones salariales en especie», modifica el artículo 26.1 del ET, a fin de convertir en regla general, sin ninguna excepción, el límite del 30%. De este modo, la regulación especial que permitía en el caso de las empleadas de hogar que tal límite subiera al 45% ahora queda derogado. La aplicación de esta medida se aplica en los contratos de trabajo ya vigentes a la fecha de entrada en vigor de la Ley,

pero únicamente tendrá efectos concretos a partir de esta fecha. En cualquier caso, de nuevo la improvisación evidencia la mala técnica legislativa empleada por el Legislador para realizar esta reforma, por cuanto hubiera sido conveniente derogar expresamente el artículo 6.2 in fine del Real Decreto 1424/1985, que permite elevar ese límite en el porcentaje indicado. La derogación ha de entenderse a través de la cláusula tácita de incompatibilidad de la disposición derogatoria única, apartado 2 de la Ley 35/2010.

d) La confianza en un futuro más feliz: Las promesas legales de mejora.

En este marco destacan las que podemos considerar como «promesas de mejora», esto es, el catálogo de compromisos, a veces *ad calendas graecas* y a menudo como «brindis al sol» que suelen incorporar estas Leyes en la parte «extravagante», y cada vez también menos comprometida, que es el de las disposiciones adicionales. El ejemplo más reciente de este dispendio de textos sin realización concreta es la Ley 27/2009. Ahora aparecen en la Ley de reforma cuestiones «programáticas» tales como:

El «pretendido» derecho «subjetivo» a la formación profesional como garantía principal de la «empleabilidad personal».

Junto a la recolocación, y en estrecha conexión con ella, no cabe duda que es la «formación profesional» el otro ámbito que pretende impulsarse por la reforma en aras de mejorar tanto la situación individual de las personas que quieren trabajar como de la propia economía nacional. No sorprende, por tanto, que el Parlamento, quizás, como recordó el Grupo Parlamentario Socialista, haya querido aprovechar esta ocasión para dar salida a compromisos de renovación normativa, institucional y financiera que llevan tiempo en diseño respecto de la formación profesional. Aunque no todas las medidas, que han tenido una especial atención sobre todo en el Senado, han sido acogidas, sí lo han sido muchas de ellas. Entre las más destacadas están:

- La reforma del texto del artículo 4.2 c) del ET, relativo al derecho a la formación y promoción profesional en el trabajo.

Los trabajadores tienen como derecho básico en la relación laboral, con el contenido y alcance que fije o disponga su normativa específica, no sólo, conforme al texto legal anterior, la formación y la promoción profesional en el trabajo, sino que deben tener asimismo derecho «al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad». Aunque el Grupo Parlamentario, que propuso esta redacción, ha evidenciado su compromiso con los derechos de los trabajadores sosteniendo sobre este texto un auténtico derecho subjetivo a la formación profesional para el empleo de todos los trabajadores, es evidente la debilidad de esta «garantía de efectividad» de tal derecho. Aunque el sujeto obligado es el empleador, pues se trata de un derecho en el seno de la relación laboral, sin perjuicio de la multiplicación de líneas de financiación, incluidas las bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social –según ya se ha visto en relación a otras disposiciones innovadoras de reforma–, es evidente que no se concreta de ningún modo el contenido ni se formula un derecho a exigir tales acciones, por lo que una vez más queda en la más absoluta indeterminación. Por lo que la situación real cambia bien poco,

por no decir nada, al depender de los mismos dispositivos que existían antes –financiación, acción convencional, decisiones empresariales...–.

- Planes de formación profesional específicos para jóvenes y personas desempleadas (disp. adic. cuarta Ley 35/2010).

Como complemento de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas articulados en la Ley se «ordena» elaborar «planes específicos» en materia de formación profesional para ellos. Si para la recolocación ya se vio cómo al reconocimiento general de garantías a tal fin se acompañaban otras para sectores específicos, también para la formación encontramos estos dispositivos más concretos. Ahora bien, el problema es que la regulación de la medida es del todo inocua para lograr este fin. Ni se fija un plazo concreto para ello, ni se precisa quién debe hacerlo, ni cómo, ni con qué financiación.

- Implantación del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional (disp. adic. quinta Ley 35/2010).

En el mismo eje de la renovada inquietud por mejorar la formación profesional, que sin duda sigue siendo una asignatura pendiente de nuestro sistema educativo pese a los crecientes recursos financieros invertidos en ella, la Ley de reforma ordena al Gobierno que culmine el desarrollo de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. A tal fin no sólo fija un plazo concreto, aquí sí, seis meses, y expresa cómo ha de regularlo, a través de un Real Decreto, sino que incluso marca una guía genérica que debe orientar toda la regulación y precisa algún instrumento: adecuar las ofertas formativas a los requerimientos de la producción y del empleo, a través de acciones formativas evaluables y certificables. Puede pensarse en gran medida que nuestro sistema se encamina también hacia el llamado «modelo alemán» de formación profesional específica, y a diferencia del modelo francés basado en formaciones más genéricas, con sus virtudes y sus inconvenientes.

Revisión de las políticas de empleo para las personas con discapacidad.

En este modelo completamente agotado de políticas de empleo una clave fundamental es el sector de las medidas destinadas a las personas con discapacidad. De nuevo el Legislador se detiene a evidenciar su fracaso parcial y a proponer la necesidad de cambios, pero se ve claramente desbordado, de ahí que se limite o bien a prorrogar situaciones –como los enclaves laborales– o a promover una reforma en un tiempo de futuro próximo. Así, la disposición adicional vigésima cuarta obliga al Gobierno:

- A proceder, en el plazo de doce meses –se supone que desde la entrada en vigor de la Ley–, a la revisión de la normativa reguladora de la relación laboral especial de las personas con discapacidad contratados en centros especiales de empleo, así como regular las cuestiones relacionadas con la sucesión empresarial en este ámbito.
- De otro, y también en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, a promover una política de empleabilidad más

eficaz para las personas con capacidad intelectual límite que no alcance un grado de discapacidad mínimo del 33%.

Finalmente, la disposición transitoria undécima reconoce la posibilidad de ampliar, de manera excepcional, y hasta el 31 de diciembre de 2012, la duración máxima de seis años a que se refiere el artículo 5.2, último párrafo, del Real Decreto 290/2004, de 20 febrero, relativo a los «enclaves laborales».

- e) La enésima llamada a la modernización de, y dotación de recursos a, las instituciones de prestación de servicios públicos sociolaborales.

En el plano de lo que podemos llamar mejoras organizativas e institucionales de nuevo nos encontramos con algunas disposiciones programáticas recurrentes, lo que sin duda reduce en extremo su valor práctico, aunque no por ello las anula. De un lado, la previsión, programática, a la ampliación de la plantilla de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) –disp. adic. decimosexta–, por enésima vez podría decirse, pues es recurrente ese planteamiento, lo que pone de relieve que las evidentes mejoras al respecto en estos años, ya desde la misma reforma de 2006, no ha dado todos los frutos esperados. De otro, encontramos también machacona y reiterativa remisión al reforzamiento del Sistema Nacional de Empleo, en particular de los recursos disponibles por los Servicios Públicos de Empleo, tanto estatal como autonómicos –disp. adic. decimoséptima–.

4. EN BUSCA DE EFICIENCIA: MEDIDAS PARA «FLEXIBILIZAR» MÁS LA VERSIÓN GUBERNAMENTAL DE LA REFORMA

4.1. «Donde dije digo, digo Diego»: la creación de excepciones en el régimen de limitaciones a la contratación temporal

Ni que decir tiene que, pese a los empeños del Gobierno, y ahora de la mayoría, cierto que muy ajustada, parlamentaria, las reformas orientadas a buscar –otra cosa será lo de conseguir, insisto– mayor flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales y, en cierto modo, también una «mejor flexibilidad», representan el núcleo duro y básico, en lo cuantitativo y cualitativo, de la reforma. Podría decirse entonces que en la lógica de ese modelo de regulación-gestión del empleo y del trabajo que se llama ahora por doquier «flexi-seguridad», y que realmente no es sino un eufemismo, o una fórmula mágica, para justificar la liberalización de la gestión del personal y la socialización de sus costes, la reforma opta muy claramente por la vertiente más favorable al interés empresarial –socializar los costes sin condicionar las decisiones, más bien abriéndolas a la lógica de la eficiencia económica determinada o concretada por el empresario–. En este ámbito encontramos novedades de muy diverso tipo en todas las instituciones que se vieron afectadas por la reforma en la versión gubernamental, en particular las que refieren a la contratación temporal y, por encima de todas, al despido, inicialmente a las dos modalidades de despido económico –objetivo y colectivo–, y ahora también al despido objetivo por razón de absentismo.

Por lo que hace a la *contratación temporal* y sus límites, una línea de reforma perfectamente perceptible de la versión parlamentaria es el reforzamiento y la creación de nuevos regímenes de excepción a las limitaciones para la contratación temporal, con lo que en buena medida se desdice de uno de sus ejes básicos: la reducción de este tipo de contratación por su efecto de segmentación o dualización reguladora—quiebra de la igualdad de trato— y por su disfunciones económicas—desincentiva la inversión en «capital humano» y, por tanto, las políticas de retención de los empleados en la empresa—. En efecto, si ya el RDL contenía excepciones como las relativas a ciertos sectores de contratación, como el de la construcción y en relación al «contrato fijo de obra»—que como veremos se mantiene y se reordena formalmente—, ahora la Ley introduce otras y en sectores donde la contratación temporal ha crecido más, como es el de las Administraciones Públicas, según ahora prevé la disposición adicional decimoquinta del ET. Por tanto, de nuevo se crea un espacio de gestión contractual privilegiada ajena a las reglas laborales de estabilidad en el empleo con lo que en vez de crear una cultura de estabilidad se perpetúa la cultura de la temporalidad, a menudo irracional en estos ámbitos, que luego lleva a prácticas contrarias también arbitrarias como es la estabilización mediante acuerdos colectivos de buena parte de estos contratos sin garantías de respeto al principio de mérito y capacidad.

Así, entre las novedades más relevantes, está, de un lado, la inaplicación del límite del artículo 15.1 a) del ET—la previsión de un máximo de tres años para el contrato de obra o servicio determinado, o de cuatro si así lo prevé la negociación colectiva— a un muy amplio catálogo de contratos temporales en las Administraciones Públicas, con lo que termina convirtiéndose en excepcional, o residual, una regla que parecía formularse con carácter general. En este sentido, el apartado 1 de la citada disposición adicional decimoquinta, nos hace creer—pura apariencia— que tanto el límite del artículo 15.1 a) del ET—tope de tres, o cuatro, años del contrato de obra—, como el del artículo 15.5 del ET al encadenamiento de contratos—24 meses en 30 meses—, son de aplicación a las Administraciones Públicas y, novedad de la Ley 35/2010, a sus «organismos públicos vinculados o dependientes», sin perjuicio, conforme a la tradicional letanía en estos casos, del respeto a los principios de igualdad, mérito, y tal y tal... Conforme a esta misma regulación, la aplicación en línea de principio del régimen de protección laboral no impediría la obligación de proceder a la cobertura del puesto de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, conforme a la normativa de aplicación de carácter administrativo. En cumplimiento de tal previsión, añade ahora la reforma legislativa a diferencia del silencio que guardaba el RDL, el trabajador continuará en el puesto hasta que se produzca la provisión.

Aunque este último inciso puede parecer una novedad legal, en todo caso no lo es jurídica. Como se sabe, no lo es porque lo que hace realmente es plasmar en palabra de Ley lo que hasta ahora era «palabra de jurisprudencia», aquella que engendrara ese incubo, por su artificiosidad y evanescencia, que es la «relación indefinida pero no fija» o el «contrato indefinido temporal», o el «contrato de interinidad indefinida», nacido allá por 1996, y que ha seguido, con variantes de diversa guisa, hasta hoy (por todas SSTs, 4.^a, 7 octubre 1996, 20 de enero 1998, 27 de mayo 2002, 14 diciembre 2009). En este ámbito, conviene igualmente recordar la STJCE, de 4 de julio de 2006, Asunto Adeneler, conforme a la cual:

«El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el

sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a "necesidades permanentes y duraderas" del empleador y deben considerarse abusivos».

Esta doctrina pareció perfectamente asumida por el RDL. Sin embargo, ahora, la Ley abre importantes brechas a la misma, a través de la concesión, casi como potestad de gracia, y en todo caso a menudo como privilegio de difícil, si no imposible justificación en ciertos casos, de un gran margen de excepción. De un lado, el apartado 2 de la citada disposición adicional decimoquinta, no considera aplicable el límite de la duración máxima del contrato de obra ex artículo 15.1 a) del ET:

- En los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes.
- A las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades.
- A las modalidades de contratos de trabajo reguladas en cualquier norma de rango legal –por ejemplo, la llamada «Ley de la Ciencia» (Ley 13/1986), ahora objeto de reforma en el Parlamento– que se vinculen a Proyectos específicos, ya sea de investigación ya de inversión –por lo tanto la indeterminación del objeto está a la orden del día– de duración superior a tres años.

Las Universidades, y los restantes centros de Investigación, pues, se convierten en un bastión para la continuidad de la contratación temporal, sin que haya realmente razones que justifiquen este espacio de excepción reguladora. Se trata, pues, de un espacio que se abre a usos abusivos y sin que sea suficiente razón atender a una suerte de principio de «autonomía universitaria» que, a mi juicio, lejos de ir en la dirección de mejorar su «modelo de gestión» perpetúa un estado continuado de irracionalidad contractual, tanto organizativa y jurídica como económica.

De otro, respecto de la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5 del ET –24 meses en un periodo de 30 meses–, se establece:

- Una regla que matiza, esto es, modula en sentido restrictivo, su aplicación a las Administraciones Públicas, pues sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de «cada una» de las Administraciones Públicas. Además, se precisa que en este concepto no entran, sólo a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad propia vinculadas o dependientes de aquéllas.

Una regla que excluye su aplicación a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, o en cualesquiera otras nor-

mas con rango de Ley. En el primer caso la novedad no lo es tal, pues nunca se había entendido aplicable tal límite a esta regulación especial, dadas las singularidades de tales modalidades contractuales, por lo que en este caso no era un privilegio, como sí entiendo la excepción más arriba comentada. En cambio, es mucho más difícil de entender que no se aplique los límites en otros casos, pues la especialidad queda mucho más diluida y se abre a todo juego de abusos.

4.2. La normalización legal de las anomalías jurídicas: generalización del contrato indefinido con indemnización reducida y «amnistía» para los abusos de la contratación temporal anterior

Ya se ha dicho y escrito hasta la saciedad que en España no es caro despedir, como se hace creer desde una posición tan extendida como interesada. Lo que puede ser caro, aunque en todo caso es discutible, es despedir sin causa, en la medida en que eleva notablemente el coste del despido, pasando de 20 días a 45, aunque este incremento no es sino el «precio de la arbitrariedad» del empleador. Por lo tanto, es la solución económica que la Ley da a una anomalía jurídica, pues es evidente que para la racionalidad jurídica es una incoherencia, una antinomia, con claro quebranto tanto del derecho social al trabajo como del derecho a la tutela judicial efectiva.

Lejos de reconducir esta situación en términos de racionalidad jurídica, el Legislador ha caminado, con la plena tolerancia de los Tribunales –tanto ordinarios como del TCO–, en la senda de la racionalidad económica, que sacrifica la lógica de la garantía a la lógica del coste, para lo que da cada día más facilidades al despido que eufemísticamente llamamos «improcedente». Tanto que en su momento esta situación se convirtió, junto con las bonificaciones, en el principal reclamo para una modalidad de contratación indefinida cuya singularidad se agotaba en tener una indemnización por despido improcedente, eso sí sólo por causas económicas, de 33 días –y como límite máximo 24 mensualidades–, en vez de los 45 días ordinarios –y límite de 42 mensualidades–. El RDL acogió esta fórmula como una vía para generalizar este contrato con indemnización reducida, pese al relativo fracaso de esta modalidad contractual en relación a la contratación indefinida ordinaria –lo que una vez más da indicio de que el coste del despido no es realmente un problema serio en nuestro país, más allá del discurso oficialista empresarial que busca reducir a toda costa las garantías laborales como estrategia de debilitamiento de la posición de sus contrapartes–, para lo que fundamentalmente actualizó las bonificaciones para ciertos colectivos que se acogieran a estos contratos –también para la modalidad ordinaria– y, sobre todo, amplió los colectivos que podían beneficiarse del mismo, incluyendo tanto a grupos de desempleados con especiales dificultades de inserción como aquellos considerados «atrapados en la temporalidad», esto es, los que hubieran estado antes contratados temporalmente.

Pues bien, esta misma visión positiva es la que ha presidido el procedimiento de tramitación parlamentaria. Pero el Legislador, sobre todo en sede del Senado, ha ido bastante más allá en la búsqueda de medidas que realmente incentiven el recurso a esta modalidad de contratación, con lo que se reduciría el coste del despido no ya a 33 días, sino realmente a 25, por cuanto 8 van a cargo, como se sabe, tras el RDL, del FOGASA, al menos en tanto no se ponga en marcha el Fondo de Capitalización. A tal fin no ha dudado en poner a prueba tanto la jurisprudencia del TJCE como la propia

resistencia o eficacia del modelo constitucional de protección del trabajo, en particular respecto a la tutela judicial efectiva.

De una parte, ha ampliado notablemente los colectivos beneficiarios hasta llegar a generalizar casi de forma plena esta modalidad. Esta extensión se ve en el desglose que hace de los colectivos de mujeres beneficiarias de esta modalidad, que no son ya sólo para ocupaciones con menor índice de empleo femenino, sino también:

- Mujeres que se encuentren en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o el acogimiento de menores.
- Que se reincorporen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años, y
- Víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos.

Pero donde realmente se ve esta voluntad de generalización plena, o casi, es en el desbordamiento absoluto del concepto de «parado de larga duración», que queda por completo diluido. En efecto, como es conocido, por «parado de larga duración» se tiene a aquéllos que permanecen durante un prolongado tiempo inscritos en los servicios públicos como demandantes de empleo sin haber tenido una oportunidad real o efectiva de empleo. Tradicionalmente ese periodo se situó en un año, progresivamente reducido, pasando de seis meses hasta los tres que exigía el RDL. Pues bien, la Ley sitúa ahora ese plazo en tan sólo un mes, con lo que es evidente que prácticamente cualquier trabajador inscrito puede acogerse a esta modalidad.

Para poder corregir el exceso de temporalidad precedente, la regulación ha venido favoreciendo la transformación de los contratos temporales en esta modalidad de contratos indefinidos «especial», de fomento de empleo. Así lo hizo en su día la Ley 43/2006, así lo ha hecho el RDL, y así lo ha considerado la Ley 35/2010, de modo que también podrán acogerse al contrato indefinido de fomento:

- a) Los trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración temporal, incluidos los formativos, *celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010*, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.
- b) Los trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración temporal, incluidos los formativos, *celebrados a partir del 18 de junio de 2010*, siempre y cuando se transformen antes de 31 de diciembre de 2011 y la duración de tales contratos no haya excedido de 6 meses, salvo contratos formativos a los que no se aplica este límite.

Hasta aquí ningún problema. La cuestión surge con el último párrafo del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, reguladora de esta modalidad contractual. Todos sabíamos, o al menos intuíamos, que el Gobierno pretendió, con esta previsión, animar a los empresarios a esta conversión, en la confianza de que con ello «sanarían» eventuales abusos anteriores. Pero no se atrevió a formularlo así.

El Legislador, recogiendo una Enmienda del Senado, sí, y en principio sin tapujos. Conforme al referido nuevo párrafo:

«Se entenderán válidas las transformaciones en los contratos de fomento de la contratación indefinida de los contratos de duración determinada o temporales en los supuestos a que se refieren las letras b) y c) (los indicados en el texto), una vez transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación».

En una primera lectura de la norma legal podría pensarse que ningún problema de coherencia jurídica suscita, en la medida en que respondería a la jurisprudencia del TS que considera que no existe cadena de contratos fraudulenta cuando entre ellos hay un plazo o lapso de tiempo superior a veinte días hábiles, plazo de caducidad de la acción de despido ex artículo 59.3 del ET (SSTS, 4.ª, 20 febrero 1997 y 5 mayo 1997). Este periodo emergía, pues, como depurador para el empresario de eventuales vicios o defectos en la contratación, por entender, erróneamente por supuesto, que al dejar pasar el tiempo de impugnación el trabajador ha consentido tácitamente la situación. Ahora bien, un detenido estudio de la jurisprudencia española en esta materia ya nos pone sobre alerta en torno a una previsión legal tan contundente, pues el TS admitió la existencia de circunstancias, en principio excepcionales sí, que permitían extender la duración del vínculo desde el contrato irregular o en fraude de ley (SSTS, 4.ª, 10 abril 1995, 29 mayo 1997, 10 diciembre 1999, 8 marzo 2007, entre otras muchas).

Sin embargo, como también se puso de relieve al final del análisis del apartado anterior en relación al régimen de excepción aplicativa de los límites de la contratación temporal en las Administraciones Públicas, este régimen de inmunidad o, incluso, de «amnistía» por el simple hecho del transcurso del tiempo para accionar, debe enfrentar el reparo realizado por la STJCE de 4 de julio 2006, Caso Konstatinos Adeneler. Esta sentencia entendió incompatible con el Acuerdo Marco/Directiva Comunitaria 1999/77 el Decreto griego 81/2003, que establecía el plazo interruptor de 20 días –que luego fue ampliado a 45 días por Decreto 180/2004–. La STJCE fijó la doctrina siguiente:

«La cláusula 5 del Acuerdo marco (relativa a las «Medidas de prevención contra los abusos) sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, que considera que únicamente deben calificarse de «sucesivos» a efectos de dicha cláusula los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte días laborales».

El propio TS español, a la vista de esta sentencia, y si bien en relación a diferentes aspectos derivados del carácter temporal o indefinido de la relación, como el tema de los complementos o pluses de antigüedad, ha conducido una revisión de su doctrina. Así entiende que incluso cuando los intervalos entre contratos superan los veinte días es posible establecer una conexión entre ellos con efectos prácticos para el trabajador en sentido protector (SSTS, 4.ª, 15 de marzo y 3 de abril 2007). En consecuencia, y si bien es cierto que no estamos estrictamente ante la situación de encajamiento o sucesión de contratos, parece claro que el recurso legislativo a una regla basada sólo

en el transcurso de un periodo concreto de tiempo, máxime si es perentorio, no puede, por imperativo del Derecho Comunitario del Trabajo, excluir ninguna protección. De ahí que en caso de conversión de contratos temporales en indefinidos, y no obstante su finalidad social, la condición de trabajador fijo de la empresa no puede depender sólo de ese dato fáctico ni, de concurrir una situación fraudulenta en la contratación temporal anterior, computar la condición de estable sólo a partir de la conversión.

En todo caso, la voluntad del Legislador es clara, y, por tanto, los Tribunales han de reflexionar también sobre ello, en la medida en que el explicitar este efecto no quiere tan sólo recordar la clásica doctrina del TS sino evidenciar que la conversión tiene un efecto de saneamiento, depurando los vicios anteriores e inmunizando al empleador en relación a ese tiempo si pasa un determinado periodo de tiempo. Buena prueba de esa voluntad legislativa que, por lo comentado, puede suscitar muchas dudas sobre su legitimidad y exigir una interpretación correctora, la encontramos en otra novedad de la Ley 35/2010 que va en la misma dirección de reducir, o al menos dificultar, el control judicial y facilitar comportamientos elusivos del empleador, como medida para incentivar esa conversión en indefinidos, aunque sea con el precio de la amnistía, al igual que se produce en el terreno fiscal con ciertos «grandes defraudadores». Ahora me refiero al segundo párrafo del apartado 4 de la disposición adicional primera que aquí se comenta, y según el cual:

«Cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento del despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba...».

Esta novedad legal, que procede del texto aprobado por el Senado y que, a lo que se ve, es aceptado por el Congreso y, por tanto, convertido en palabra de ley, genera perplejidad, más incluso que en el terreno jurídico en el sociológico y en el axiológico. La razón reside en que el Legislador se pone una «venda antes de la herida», o mejor, reconoce la difusión de una nueva anomalía jurídica pero no para corregirla, sino para poner obstáculos a su sanción adecuada, de nuevo en aras del cálculo económico.

En efecto, todos sabemos que desde la introducción en nuestro derecho, con la Ley 45/2002, del llamado «despido exprés», y ya antes con la eliminación, primero por el TS y luego por la Ley (reforma de 1994), de la figura del despido nulo en fraude de Ley, una buena porción de despidos que obedecen a una concreta causa, se hacen pasar por otra, en función de las facilidades para su realización. Por eso, queda claro que la generalización de los contratos indefinidos de fomento de empleo va a permitir que despidos disciplinarios se hagan pasar, ante la falta de control de la causa, por despidos objetivos o económicos, por cuanto la indemnización es menor. El trabajador lo sabe, y lo sabe el Legislador. Pero si el primero tan sólo puede defenderse a través de la acción judicial, por tanto emprendiendo un cierto calvario procesal –aunque sea más ligero en el ámbito social–, el segundo está en condiciones de proveerle de útiles o instrumentos adecuados para su protección, incluso disuasoria. En cambio, lo que hace es tratar de blindar al empleador dificultando, más bien disuadiendo, la acción en justicia del trabajador, porque establece realmente una presunción de legitimidad de la decisión empresarial, ciertamente no *iuris et de iure*, que sería inconstitucional por contraria a la tutela judicial efectiva, pero sí *iuris tantum*.

En todo caso, y para ser honestos y ponderados, que son características que nos hemos propuesto en este estudio para no dejarnos llevar, como está sucediendo, por la «pasión ideológica» –que tampoco viene mal, pero en otros ámbitos–, conviene poner de relieve que en términos jurídicos la norma, si bien entendida, no resulta nada novedosa. Como se sabe por un elemental conocimiento jurídico, el fraude nunca se puede presumir, en consecuencia, quien lo alega debe probarlo, como sucede en el ámbito de la prueba del carácter fraudulento de la contratación, por lo que en el más estricto plano jurídico realmente no hay novedad jurídica respecto de la situación actual. Al empleador incumbe, cierto, probar la causa que alega, y si no lo hace será declarado improcedente, pero si el trabajador entiende que es fraudulenta, por irreal, será a él a quien incumba acreditar tal situación, siendo en todo caso, a día de hoy, la consecuencia la misma, la declaración de improcedencia. Por eso decía que la regla introducida por la reforma inquieta más en el plano sociológico de la norma que en el más estrictamente técnico, pues estamos ante la constatación legislativa de realidades elusivas de las obligaciones legales por parte de los empleadores que si no validadas en sentido estricto, sí son asumidas y en parte protegidas por la norma, dificultando, paradójicamente, la posición de defensa del trabajador, que ve erosionados derechos tan elementales como el derecho al trabajo, el derecho a la tutela judicial efectiva, e incluso la propia dignidad profesional, derecho-valor cuya conexión con aquellos derechos han sido expresamente establecida por el TCO, aunque no pacíficamente.

Pero una vez más, el mensaje se dirige más bien a los Jueces. Y éste es claro. Se quiere hacerles ver que se ha producido un cierto cambio del equilibrio de posiciones entre el empleador y el trabajador en estas situaciones, de modo que es el empleador el que goza de una posición de ventaja, concretada en una presunción de legitimidad de sus decisiones formalmente amparadas en razones de empresa, y no el trabajador, que ya no tendría esa posición de ventaja que le da su estatuto laboral para paliar o compensar su desigualdad contractual y socio-económica. Está por ver, como resulta natural, que los Jueces de lo Social acepten este nítido, aunque conflictivo, mensaje, o bien si siguen, como opción de política judicial del derecho mayoritaria, resistiéndose a perder esa imagen clásica del estatuto jurídico-laboral, que es lo que parece reprocharles el Legislador. En última instancia, el Derecho no se confunde con la Ley, y nuestro ordenamiento conoce otros instrumentos que permiten corregir una lectura excesivamente sesgada de las reformas legales, tratando de mantener en todo tiempo el equilibrio efectivo de posiciones que marca el modelo constitucional de protección del trabajo.

La cuestión, una vez más, no es ni fácil ni se presenta aislada. Al contrario, es la expresión clara de un modelo de desarme o «de-construcción»² del modelo clásico de ordenación de las relaciones jurídico-laborales, que desplaza los equilibrios más elementales hasta ahora forjados en torno al paradigma del «contratante débil». Éste hacía de la norma laboral la «ley del más débil», sin embargo, las sucesivas reformas, no sólo la de 2010, promueve una imagen de la norma laboral como la «ley del más fuerte». De ahí que veamos de inmediato aquella misma línea de política del derecho en relación a otras instituciones, en particular en la más intensamente afectada por la reforma en este ámbito, el intento de revisión del control causal de los despidos por causas económicas.

² *Vid.* para esta idea, en un plano sistemático, discutible sin duda pero con planteamientos sugerentes, OJEDA AVILÉS, A. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. La Ley. 2010.

4.3. «Aprobada la Ley, hecha la trampa»: la apertura de la Ley a prácticas elusivas del empleador de las limitaciones legales

Antes, conviene hacer referencia a otra tipología de nuevas reglas de flexibilidad que suponen abrir para el empresario, por parte del Legislador, opciones para no cumplir con la regla legal sin temor a ser sancionado. Veremos diversos ejemplos de ello para comprender su alcance y significado. Y empezamos con la apenas referida contratación indefinida para el fomento del empleo.

Me refiero al régimen previsto para esta modalidad especial de contratación indefinida y que introduce la Ley 35/2010 como inciso final del apartado 5 de la disposición adicional primera referida. En este caso se trata de la introducción de una interpretación restrictiva que impone para la limitación de acceso a esta contratación indefinida por parte de las empresas que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato hubieran llevado a cabo despidos objetivos declarados o reconocidos como improcedentes o bien colectivos. En ambos casos, la limitación afectará, matiza ahora la Ley,

«... únicamente a la cobertura del mismo puesto de trabajo afectado por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo».

De este modo, el Legislador abre la vía al empleador para buscar las llamadas «economías de opción», permitiéndole buscar las formas más rentables de gestión para reducir sus costes, o incluso prácticas elusivas del límite legal, pues tiene un poder de organización, reconocido con carácter general en el artículo 20 del ET, para reestructurar puestos y ubicaciones, orillando las limitaciones legales. En suma, una vez más la situación es conocida y se expresa en términos vulgares, pero clarísimos, en ese saber popular que desde los tiempos inmemoriales conoce que «hecha la Ley, hecha la trampa». Si en relación a la limitación establecida en el artículo 15.5 del ET la reforma gubernamental quiso reducir estas «trampas legales» para ese ámbito de control preventivo del fraude, ahora la reforma parlamentaria hace todo lo contrario en relación a este otro ámbito de control del fraude en la contratación. Lo que evidencia el carácter más permisivo de esta versión respecto incluso de la original.

Un carácter liberalizador que se ve confirmado en otras novedades que podemos integrar en este mismo grupo. No estamos, pues, ante una pura especulación o un análisis sesgado, sino que refleja una línea de regulación claramente favorable al reconocimiento al empleador de los beneficios legales aún aceptando rebajar los propios estándares establecidos por la norma legal limitativa del beneficio con carácter general. Así, en esta línea de regulación flexibilizadora de la gestión empresarial está también la *reducción a la mitad del compromiso de estabilidad del empresario* que se exige cuando es beneficiario de las bonificaciones previstas en caso de adopción de medidas de flexibilidad de carácter interno. Conforme al nuevo párrafo segundo del apartado 2 bis del artículo 1 de la Ley 27/2009, la bonificación mejorada si media acuerdo está condicionada al compromiso de mantenimiento del empleo durante un periodo sólo de seis meses, y no ya de un año como se prevé con carácter general. De nuevo estamos ante una norma de favor hacia la decisión gestora, aún irracional.

Esta regla de excepción que trata de fomentar el acuerdo en los procedimientos de regulación de empleo carece de sentido, a mi juicio, máxime si se quiere beneficiar la estabilidad. Reducir con

carácter general a sólo 6 meses de contratación la garantía de estabilidad del trabajador quiebra el concepto mismo de seguridad en el empleo y hace difícilmente justificable la ayuda pública. Certo, en este caso, la decisión que se ve beneficiada económicamente no procede sólo del empresario, sino de un acuerdo colectivo. Pero esta mediación colectiva no asegura la coherencia de la medida, pues entra en contradicción con otros objetivos que se dicen perseguir en orden a favorecer el empleo de calidad.

Claramente favorecedora de una gestión flexible de las decisiones de empresa es también la regla legal que dobla el periodo de tiempo del que dispone el empresario para cubrir la vacante generada por extinciones de contratos indefinidos, ya se trate de los que han dado lugar a la bonificación y siempre que, como es obvio, no suponga la pérdida de la misma, ya de otros no bonificados. De modo que, conforme al nuevo tenor del artículo 10.6, párrafo tercero, de la Ley 35/2010, en el supuesto de producirse extinciones de contratos indefinidos por otras causas distintas a las que no se consideran incumplimiento de la obligación de mantener el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación –o transformación– bonificada, con la consiguiente reducción de éste, las empresas están obligadas a cubrir dichas vacantes «en los dos meses –en la regulación anterior era de sólo un mes– siguientes a que se produzcan mediante la contratación de nuevos trabajadores con contratación indefinida».

En suma, de nuevo la lógica o racionalidad jurídica, que no es ya sólo del favor hacia la idea de garantía, sino de la ponderación y el equilibrio, se ve difuminada por el dominio avasallador de la lógica económica del cálculo de costes y de la ansiedad por crear empleo a toda costa ³.

4.4. «El nombre de la rosa»: reformas limitadoras del control judicial de las decisiones empresariales de gestión, modificativa o extintiva

Cuenta Humberto Eco, respecto de su genial novela «El nombre de la rosa», en su *Apostillas*: «Así escribí de inmediato la introducción, situando mi narración en un cuarto nivel de inclusión, en el seno de otras tres narraciones: yo digo que Vallet decía que Mabillon había dicho que Adso de Melk dijo...». Esta reflexión ayuda también a entender el título, con el que quiso explicar los excesos de nominalismo existente en la comprensión de las cosas, dando demasiados sentidos acumulados a ciertas palabras que se consideran mágicas: el título «debe confundir las ideas, no regimentarlas».

Es difícil sustraerse al recuerdo de esta novela y buena parte de su significado profundo, más allá de la historia de misterio que narra como excusa y como escenario, cuando analizamos los debates

³ Una idea que está igualmente presente en modificaciones introducidas por el RDL y que lógicamente la Ley no ha variado. Por ejemplo, el cambio relativo a la modificación de la calificación del despido económico en el caso de incumplimiento por el empleador de los elementos formales. Como ya comentamos en el estudio de la norma gubernamental, hasta ahora ese incumplimiento determinaba la nulidad del despido. Sin embargo, el RDL viene a modificar el artículo 53.4 del ET, de tal manera que si el empleador no adecua su decisión extintiva a las previsiones del apartado 1 del mismo artículo, el despido deberá ser declarado improcedente. En idénticos términos se modifica el artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral.

tan intensos como estériles por encontrar la fórmula mágica que garantice lo que el Legislador quiere: que sea más fácil despedir por la vía de los despidos económicos de modo procedente, para que el coste de tales decisiones racionales sea el menor posible para el empleador –12 días⁴–. Si difícil, si no imposible, me pareció el tratamiento dado por el RDL a este tema, no hay razones para pensar que la afanosa labor realizada por el Parlamento en orden a dar luz, o clarificar esta cuestión, tanto en el Congreso como en el Senado, nos lleve a unos resultados más halagüeños, por cuanto el error es de método: se quiere aferrar en una fórmula jurídica conceptos que no son sino económicos, atribuyendo un control de oportunidad al Juez, que no sólo no está preparado para hacerlo, sino que ni tan siquiera le puede corresponder en una economía de mercado. A partir de ahí, todo lo que viene supone un extraordinario esfuerzo que deviene, como acredita casi década y media –desde 1997– de reformas en la misma dirección, en gran medida vano.

Como ya se conoce, la principal novedad en esta regulación se ha centrado en la ansiada búsqueda de una fórmula que clarifique y facilite el despido por causas económicas, de modo que los empresarios adquieran confianza sobre las posibilidades de hallar reconocimiento judicial a sus planteamientos, declarándose procedente el despido cuando existan razones elementales que lo justifiquen por interés empresarial. El fallido intento de la versión gubernamental, que incluso introdujo elementos de mayor perplejidad, como el estándar de «mínima razonabilidad», se ha querido enmendar por la versión parlamentaria, aportando elementos de concreción.

Partiendo de la distinción entre las diferentes causas, económicas, técnicas, organizativas y productivas, la Ley ahora, a diferencia del RDL, concreta, en relación a las causas económicas, qué ha de entenderse por «situación económica negativa», que es el presupuesto que habilitaría, junto con el funcional, la extinción. No obstante, la delimitación no es concreta sino abierta, de modo que los indicadores que se utilizan lo son entre otros, con carácter orientador. Así, se entiende que concurre la causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales, introduce ahora la Ley,

«como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a la viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo».

Según puede verse, la Ley, siguiendo las pautas generales aquí analizadas de apertura a decisiones de oportunidad y de interés estrictamente empresarial, permite que la situación económica negativa no sólo sea «actual», sino «estimada» –«pérdidas previstas»–. Ahora bien, en todo caso, sigue requiriendo un elemento funcional, y es que tales pérdidas sean susceptibles de afectar al volumen de empleo de la empresa, en el marco, claro está, de su viabilidad económica. De ahí que se complemente la exigencia legislativa con la necesidad de justificar, por parte del empresario, que de esa situación económica negativa se deduzca «la razonabilidad de la decisión extintiva para pre-

⁴ De este modo, como ya se advirtió, se introduce, de una manera sibilina o difuminada, oculta, cierto, esa propuesta de los economistas más ortodoxos liberales que aspiran a que toda la contratación se resuma en un único contrato, la célebre propuesta del «contrato único» (*vid.* Manifiesto firmado por los «100 economistas»). Si en 2015 la extinción del contrato temporal costará 12 días y para esa fecha se ha podido provocar un cambio en las dinámicas de gestión de los despidos económicos, tanto en sede empresarial como judicial, parece claro que el coste de unos contratos y otros a efectos extintivos se equiparará.

servar o favorecer su posición competitiva en el mercado». En suma, pese al esfuerzo de clarificación, la decisión sigue amparándose en estándares jurídicos de carácter indeterminado, como es la «razonabilidad», y en presupuestos económicos de difícil acreditación al margen de un significativo esfuerzo probatorio, documental y en gran medida pericial, de carácter económico-financiero, lo que seguirá siendo visto como mucho más costoso e inseguro para el empleador que acudir directamente al reconocimiento del carácter improcedente, ahora con la posibilidad extendida de que sean tan sólo 25 días –33 días, de acogerse a la modalidad especial de contratación indefinida, menos 8 a cargo, en todo caso, del FOGASA–.

Lo mismo puede decirse del resto de causas legalmente previstas –técnicas, productivas, organizativas–. El que ahora el texto legal refuerza la dimensión no actual sino preventiva, más estimada que constatada pues, y de mejora de la posición competitiva de la empresa y no sólo reactiva a una actual –mirada de presente– o potencial –evaluación de futuro próximo– situación negativa de la empresa, no cambia la dificultad para precisar cuándo las extinciones propuestas contribuyen a:

«... una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» –art. 51.1, párrafo tercero ET⁵–.

En suma, si se buscaba una mayor certeza tanto para los empresarios como para los trabajadores y para los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial, la tarea no puede resultar más inútil. El juicio de funcionalidad, que es el más difícil para el juez, porque lo sitúa en una posición que no le corresponde, la de empresario, pues supone decidir si la medida va a ser útil para conseguir objetivos económicos, no se llega a sustituir enteramente, como se debía, por el juicio de razonabilidad que, en última instancia, es un juicio de exclusión de la arbitrariedad de la decisión. Además, las concreciones legales no van más allá de lo establecido en ciertas sentencias del TS –ejemplo STS UD 6 abril 2000–, por lo que, en general, la situación no cambiará respecto del estado actual, nada convincente para los empresarios⁶ ni tampoco acorde con las exigencias

⁵ Este mismo enfoque preventivo lo encontramos en la nueva redacción dada por la Ley, conforme al texto del Congreso, a las causas habilitadoras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, de modo que: Se entenderá que concurren las causas... cuando la adopción de las medidas propuestas *contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa* o a mejorar la situación y *perspectivas de la misma* a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» –art. 41.1, segundo párrafo ET–. Las novedades textuales y de enfoque aparecen en los subrayados con cursiva. Puede comprobarse fácilmente cómo hay una clara continuidad en la concepción del modelo de definición y puesta en práctica de las diferentes decisiones de gestión empresarial, tanto de las que aspiran a favorecer la flexibilidad interna –decisiones modificativas o de reorganización de las condiciones de trabajo y de empleo–, cuanto la flexibilidad externa –las decisiones de regulación de empleo sobre la base de despidos de carácter individual o colectivo–.

⁶ Aunque no hay datos pacíficos y suficientemente reveladores en relación a los porcentajes de declaración de procedencia o improcedencia de los despidos económicos, sí parece comprobarse, a partir de los repertorios de jurisprudencia, una cierta evolución a favor de la mayor comprensión judicial de las razones económicas de los empresarios. Así, conforme a un estudio judicial hecho sobre la base de datos de Aranzadi, en el periodo 1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 2000, se han hallado un total de 579 sentencias de los máximos órganos jurisdiccionales de lo social en cada Comunidad Autónoma. De ellas la procedencia se ha declarado en 1 el 55,6% de las sentencias. En el periodo que va entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2005 (904 pronunciamientos) se dictó la procedencia en un 57,1% de los casos. Y desde el 1 de enero de 2006 hasta la fecha –en relación a 872 sentencias–, dicha calificación asciende al 63,5%. Esta última etapa coincide tanto con la crisis como con el periodo de unificación doctrinal del TS. *Vid.* FALGUERA BARÓ, M.

de seguridad jurídica que un tema tan relevante como éste precisa. Y tampoco se ha «juridificado» esta cuestión como se pretendía, reduciendo conceptos y términos económicos, sino que más bien se han ampliado éstos. Qué duda cabe que no se trata, porque es imposible técnicamente y también desaconsejable, de asegurar al empresario una respuesta acorde a sus pretensiones en todo caso, sino de colocar al juez en la posición que le corresponde, y ésa no es la de hacer juicios económicos o de oportunidad empresarial, sino tan sólo el control de la inexistencia de abuso, fraude o arbitrariedad por parte del empresario ⁷.

En realidad, el Legislador de la reforma no ha sido consecuente con su finalidad y no se ha atrevido a plantear el cambio de modelo regulador que realmente exige lo que quiere y que, en breve, se concreta en una diferente distribución de competencias o tareas entre los diferentes sujetos implicados en este proceso. Aunque no es éste el lugar para hacer la reconstrucción de ese modelo, son cuatro los aspectos reguladores que deberían quedar bien precisados en el diseño legal. A saber:

- a) Afirmar la presunción de legitimidad de la decisión empresarial amparada en una mínima base documental que dé apariencia de racionalidad de la medida.
- b) Afirmar con claridad que el control judicial no es de oportunidad, por tanto no caben elementos de funcionalidad, sino de sólo mera legalidad, esto es, de garantía de decisiones no arbitrarias, sino razonables.
- c) El reforzamiento del control colectivo del equilibrio de intereses, dirigido a establecer un modelo de gestión dinámico y transaccional, en el que razones económicas se encuentren con razones sociales.
- d) Reforzamiento de las formas del control extrajudicial, mediante un sistema de conciliación o arbitraje que resuelva los conflictos que la gestión de las decisiones de este tipo puedan suscitar.

Algunos pasos se han dado, no obstante, en esta dirección en la reforma, aunque no hayan quedado ni clara ni suficientemente definidos en este momento. En esa dirección se mueve el reforzamiento de la posición decisoria del empresario –aunque con ello se debilite tanto la posición contractual del trabajador como el poder sindical– que aparece como un eje transversal de toda la reforma, así como el favor hacia una cada vez mayor «desjudicialización» de estos procedimientos y su desplazamiento por otros mecanismos de solución de conflictos más ágiles y asentados en la autocomposición de los conflictos, en la autonomía colectiva –mediación, conciliación, e incluso, si bien ya requiriendo la intervención de terceros, el arbitraje–. Así, lo encontramos igualmente, por lo que refiere al primer aspecto, en las novedades introducidas por la Ley en el régimen de las

«La nueva regulación del despido visto desde una –personal– perspectiva judicial». *Revista Jurisdicción Social*, Asociación Jueces para la Democracia, número 99.

<http://www.juecesdemocracia.es/revistas/revistajurisdiccionsocial.asp>

⁷ Ya hemos visto cómo en otros ámbitos sí se atreve a realizar estas acotaciones del control judicial, que en principio puede ser problemático socialmente pero no plantea dudas de constitucionalidad, al no impedir el control.

polémicas «cláusulas de descuelgue salarial». En este sentido, la comentada línea de política del derecho favorable a recurrir a técnicas de «presunción de legitimidad» de toda decisión o acuerdo favorable a los intereses puramente económicos de la empresa halla un nuevo ejemplo en el artículo 83.2 del ET.

La Ley ha introducido un nuevo cuarto párrafo conforme al cual se establece la presunción de legitimidad del acuerdo de descuelgue, de modo que «sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión». Por lo tanto, si bien es cierto que este reforzamiento del poder empresarial se condiciona a la concurrencia de acuerdo con las representaciones laborales de la empresa, por tanto existe una mediación colectiva del mismo, no menos verdad es que éso permite una limitación de las posibilidades de recurso por parte de los trabajadores –reducción del control judicial–, y un debilitamiento del poder sindical, por cuanto les sustrae de reglas colectivas firmadas en ámbitos sectoriales. Poco les va a contentar, entonces, la regla de transparencia que exige notificar el acuerdo a la Comisión Paritaria del Convenio descolgado.

4.5. La agilización del procedimiento de decisión: menos y más rápida intervención pública, «des-sindicalización» de la pequeña empresa

Pero la Ley no aspira sólo a reforzar el papel del empresario, facilitando cualquiera de sus decisiones de gestión económico-productiva, ya sea modificativa –flexibilidad interna– ya extintiva –flexibilidad externa–, individual o colectiva, sino que, en realidad, la versión parlamentaria de la reforma ha insemñado todo el sistema de un proceso de revisión del papel de los diferentes actores, de nuevo buscando un nuevo equilibrio, o mejor, un nuevo reparto de tareas y de protagonismos. La improvisación de la reforma, las debilidades de las mayorías parlamentarias y la necesidad de no encender mucho más los ánimos sindicales, habría impedido una mayor concreción y sobre todo una mayor coherencia, pero sus trazos están atravesando con claridad todo el entramado reformador y, sin duda, con el tiempo veremos cómo se consolida y profundiza. Pues esta revisión ni ha empezado con esta Ley ni termina con ella, desde luego, sino que tiene precedentes en las reformas anteriores y continuará en las que se avecinan.

Para concretar e ilustrar esta idea mencionaré, en primer lugar, la clara voluntad del Legislador de profundizar en la línea de agilización de los procedimientos de control administrativo –también del colectivo, al convertir los plazos de la consulta no en mínimos, como antes, sino en máximos (30 días naturales, o 15 en empresas de menos de 50 trabajadores)– ya presente en el RDL. En este sentido, si no se puede eliminar la intervención administrativa, al menos de momento, al menos que sea mucho más rápida. Sobre todo si existe acuerdo tras el periodo de consultas. Por eso si éste existe sólo tiene 7 días naturales –antes 15– para resolver –novedad del art. 51.5 ET en la nueva redacción dada por la Ley–.

Precisamente, esta constatación ilustraría de nuevo sobre una línea de regulación que hemos visto también presente a lo largo y ancho de la reforma, que está en la versión gubernamental de la

misma y que se refuerza, si bien con algunos matices de diferenciación importantes, en la versión parlamentaria. Se trata, claro es, del mayor papel que se otorga a la intervención colectiva, proliferando, aunque pueda parecer paradójico por la crítica sindical radical e incondicional a la reforma, reglas de incentivo de su intervención, como se ha señalado. Una clara expresión de este favor por la gestión colectiva de las decisiones de gestión flexible del personal la podemos ver, por hacer referencia a las novedades legales ahora sólo, en el último párrafo del artículo 51.2 del ET, introducido inicialmente por el texto aprobado por el Congreso y aceptado por el Senado, conforme al cual se quiere asegurar que son posibles las consultas en las pequeñas empresas, en las que por su tamaño no haya «representación legal» de los trabajadores. Según este nuevo párrafo, y siguiendo las previsiones que marcara el artículo 41.4 del ET, relativo a las decisiones de flexibilidad interna o modificativa de personal, en ausencia de representación legal de los trabajadores, éstos «podrán atribuir su representación para el periodo de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto...» en aquel precepto.

Hasta aquí podría pensarse que no «hay nada nuevo bajo el sol de la reforma gubernamental» y tan sólo se profundiza en una línea marcada en la versión originaria que favorece la presencia colectiva en los procesos de toma de decisión empresarial. Sin embargo, las cosas son bien diferentes. Una lectura atenta del artículo 41.4 del ET, aplicable en todos sus términos por la técnica de remisión formal utilizada, evidencia que el Parlamento ha querido «segar la hierba» de la «sindicalización» en las pequeñas empresas que promoviera, curiosamente, el Gobierno con su versión de la reforma y que la patronal ha criticado tanto. La razón estriba en que ahora, tras la Ley, ya no se contempla sólo, para cubrir esos vacíos de representación unitaria, una forma singular de representación sindical a tales fines, si no que se abre a un órgano representativo elegido directamente por los trabajadores «democráticamente». Así, conforme a la nueva regulación parlamentaria, en ausencia de representación legal, los trabajadores:

«... **podrán optar** por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, **a su elección**, a **una comisión** de un máximo de tres miembros integrados por trabajadores de la propia empresa y **elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos** más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma».

A fin de mantener en cierta medida el principio de simetría representativa, el precepto precisa más abajo, conforme a la nueva redacción dada por la Ley, que en el caso de optar por la comisión sindical el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado. Estas organizaciones podrán ser, ésta es la novedad legal, «las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de (que) la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial». Como puede verse, de nuevo se atiende a las reivindicaciones realizadas en el Senado por los grupos nacionalistas y se procura una forma flexible para dar mayor opción a la decisión empresarial de representación.

En todo caso, es evidente que la cuestión más importante se centra en la dualidad de vías representativas acogidas ahora por la Ley para suplir la falta de representación «formal» en la empresa

—sea unitaria sea sindical—. Si el RDL pretendía fomentar la sindicalización en los procesos de toma de decisión empresarial allí donde habitualmente no están presentes los sindicatos, las PYMES, la Ley ha frenado esta vía, y si no la ha «abortado» propiamente, por cuanto la mantiene, es evidente que ha creado una nueva fuente de conflictos «internos» para las organizaciones sindicales, en la medida en que no siempre será pacífica esa decisión. Asimismo, y de un modo un tanto sibilino, el Legislador parece haber querido lanzar un dardo a la representación sindical, por cuanto contrapone «comisión democráticamente» elegida a la «comisión sindical», cuando es evidente, entiendo, que también es democrático el atribuir a una comisión sindical, que es integrada mediante la designación entre sindicatos con más representatividad, la función de consulta.

No obstante, y sin perjuicio de reconocer la importancia de este reconocimiento de nuevas formas de representación en las empresas distintas a las unitarias y a las sindicales, con la consiguiente incidencia en el replanteamiento de algunas doctrinas consolidadas en jurisprudencia en torno a la legitimidad de formas de representación directa o «democrática» para acordar con el empresario diferentes temas relativos a la gestión de condiciones de trabajo, parece claro que la reforma no quiere alterar de un modo sustancial el entramado formal o institucional de la organización colectiva de los intereses de los trabajadores. De ahí que, como otra novedad, aunque coherente con la versión gubernamental, las posibilidades de desplazar los «periodos de consultas» legalmente establecidos como fase previa para la toma de decisiones de gestión del personal, modificativas o extintivas, tengan como referencia básica los instrumentos de la autonomía colectiva organizada o formalizada institucionalmente: la negociación colectiva y los sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

Así, de un lado, el citado artículo 41.4 del ET abre la vía a la sustitución de los procedimientos de consultas por «los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva» y, de otro, y en coherencia con lo ya previsto para las decisiones de flexibilidad interna o modificativas, también se prevé respecto de las decisiones de flexibilidad externa que, empresario y representación laboral —sea esta la que sea de las previstas legalmente (unitaria, sindical, «democrática»)–, puedan «acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo» —nuevo último párrafo del artículo 51.4 del ET; texto que coincide con el previsto en el artículo 41.4 para la modificación sustancial—.

De este modo, y como conclusión, puede verse con toda nitidez la voluntad del Legislador por promover estructuras, formas y procedimientos alternativos para la toma de las decisiones empresariales necesarias desde un enfoque de gestión productiva. El objetivo es, pues, la agilidad, el dinamismo, la apertura de los procesos y el rechazo a las resistencias, a los bloqueos, a las «barreras» institucionales, sean administrativas sean colectivas. De ahí que se refuercen estos sistemas alternativos, como evidencia tanto el reforzamiento de los procedimientos autónomos de solución de conflictos — nuevo tenor, más preciso y comprometido, del artículo 85.3 del ET, que incluye como contenido mínimo del convenio los procedimientos para solventar discrepancias en la toma de decisiones de flexibilidad interna, y artículo 41.6, en la misma línea— y la búsqueda de formas de representación diversificada. El tiempo aplicativo dirá si esto facilita realmente o complica más la situación

actual, urgida, sin duda, de cambios, de modo que las decisiones se simplifiquen y agilicen notablemente, pero sin incurrir en un exceso mercantilista.

4.6. Ahorrar «a toda costa», «dar gusto» a los empresarios: reducción del absentismo, más control de la IT, «aborto» de derechos

El comentado favor por la estrategia de introducir mayor flexibilidad en la gestión de las relaciones de trabajo se orienta, como ya anticipé, no sólo a conseguir mayor rendimiento de la «mano de obra», sino también a reducir el coste de su gestión. En este sentido, la flexibilidad pretende servir al objetivo final de introducir más eficiencia en nuestro sistema, abaratando costes empresariales sí, pero también costes públicos que no se dirijan directamente a favorecer la competitividad de nuestro sistema. De ahí que la versión parlamentaria haya introducido diversas novedades con este objetivo.

En esta dirección, la Ley incluye diversas materias relacionadas, de un modo u otro, con el «control del absentismo injustificado», que es un tema de máxima inquietud o preocupación para los empresarios, por lo que se le ha dado claramente «gusto» al acoger esta cuestión, que no estaba en la versión gubernamental. El absentismo laboral es considerado por la patronal como factor explicativo de una parte importante de la pérdida de productividad de las empresas españolas, de ahí que hayan abierto un frente, en la Mesa de Diálogo Social, dirigido a atajar esa situación, respecto de la cual los sindicatos tienen una visión muy diferente. Pues bien, no sólo se ha dado entrada a una preocupación importante desde el lado empresarial, sino que en cierto modo las soluciones adoptadas se han diseñado «a su gusto», como decía, a la medida de sus intereses.

Cierto que a ello ha contribuido una cuestión en principio ajena al debate de la reforma laboral. Me refiero al uso y, sin ningún género de duda, abuso, por parte de los ya célebres «controladores aéreos» –esos enigmáticos y conflictivos «caballeros» o «aristócratas obreros» enroscados en el poder de su Torre de Control–, de las bajas por enfermedad. Los controladores, a través de la acumulación de las mismas en diferentes centros lograban el mismo, o parecido efecto, que una huelga: presionar a la patronal para revisar sus condiciones de trabajo al alza, contestando la reforma restrictiva legal. Una presión que, por cierto, ha tenido éxito, al provocar un acuerdo ventajoso para ellos.

En ese contexto, y podríamos decir que «aprovechando, entonces, que el Pisuerga pasa por Valladolid», el Legislador ha dado unas cuantas «vueltas de tuerca» a la legislación reguladora de los diferentes aspectos, laborales y de Seguridad Social, de este tema que, también en buena medida, termina generando la sensación de que van a pagar «justos por pecadores». De entrada, y por lo que refiere al ámbito laboral, el Legislador «ha tenido a bien» nada menos que flexibilizar hasta el extremo la posibilidad de acudir al despido objetivo en situaciones de «absentismo injustificado». Para ello ha reformado, de forma inquietante a mi juicio, el artículo 52 letra d) del ET, reduciendo un 50% el porcentaje de absentismo necesario para poder llevar a cabo un despido objetivo. Así, el empresario podrá ahora despedir al trabajador:

«d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo *supere el 2,5%* en los mismos periodos de tiempo».

Trazando un cierto puente entre esta cuestión relativa a reducir el absentismo laboral y la, conexas pero más amplia cuestión, de ahorrar costes en la prestación de IT, que como es sabido resulta hoy de las más costosas y cuyo gasto es compartido en una parte por el empresario –de los días 4 al 15– y en otra por la Seguridad Social –aunque gestionada principalmente en este punto por entidades privadas como las Mutuas–, el Legislador ha introducido diversas reformas en materia de Seguridad Social. Con ellas pretende mejorar los resultados en ambos aspectos, la reducción del absentismo y la mejora en la gestión de la IT, materia que una vez más aparece modificada, sumándose ya a las enésimas veces en que hemos asistido a un cambio de esta materia y que pone de relieve la incapacidad del Legislador de alcanzar el punto óptimo de regulación y gestión.

A vueltas, pues, con el *control de la IT y la pretendida mejora de su gestión* –disp. adic. decimonovena de la Ley 35/2010–. De un lado, se introduce un nuevo apartado 4 al artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), regulador del espinoso o vidrioso tema de los excedentes de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. El texto permite a éstas «destinar una parte de los excedentes obtenidos en la gestión de las contingencias», sean profesionales sean comunes, «al establecimiento de sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas».

No obstante, esta posibilidad, que nuevamente apunta en la dirección de reducir los costes de las empresas y, por tanto, se enmarca en la línea de reformas que aquí hemos denominado de flexibilidad –y de eficiencia–, exige que concurren ciertos requisitos. El primero es que precisa, por enésima vez, de un desarrollo reglamentario, fuente a la que se atribuye la competencia para fijar los términos concretos del sistema, con lo que la Ley sigue aplazando a un segundo momento regulador la concreción de sus objetivos, generando la correspondiente inseguridad jurídica y la duda en torno a la claridad del modelo que se persigue. El segundo, es que las Mutuas *hayan reducido los costes de la IT*, bien por debajo de los límites establecidos, en cuyo caso no se precisa más condición, bien que sea una reducción significativa «como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores» –vemos, pues, un nuevo gesto de favor a la implicación colectiva–, esto es, de lo que podríamos denominar «acuerdos colectivos de gestión flexible» del personal. El contenido de estos acuerdos debe ser o modificativo de las condiciones de trabajo, de flexibilización de los cambios de puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común y de *mejora del control del absentismo injustificado*.

En tercer lugar, y finalmente, se establece un estándar de reducción máxima de las cotizaciones. A este respecto, se prevé que las reducciones de cuotas patronales «serán proporcionales a los ahorros de costes generados al sistema a través de estos procesos de colaboración». De nuevo, pues, encontramos una expresión del nuevo modelo de gestión que quiere implantar la reforma y que expresa la llamada de los poderes públicos a los sujetos privados, promoviendo para unos la cooperación

o la colaboración «público-privado», como sucede en el ámbito de la intermediación, por ejemplo, y para otros desembocando realmente en una nueva privatización del sistema, reforzando una vez más el papel de las Mutuas.

En suma, se trata de una regla que fomenta la eficiencia en la gestión a través de acuerdos colectivos de empresa en orden al control, más bien para la reducción, del absentismo laboral, aunque una vez más, recurriendo a fórmulas en parte eufemísticas y en parte travestidas de transacción con los intereses laborales, se de entrada a aspectos «sociales», como la ergonomía de los puestos de trabajo para quienes están en situación de IT por enfermedad común, pues es evidente que si lo fuese por contingencias profesionales nos hallaríamos ante un deber de adaptación. En última instancia, se trata de una norma eminentemente económica, de incentivo para gestionar más eficientemente, con reducción de costes tanto para la empresa como para las propias arcas de la Seguridad Social.

Se da entrada a un concepto y a una preocupación netamente patronal, si bien hay que reconocer que se deja un amplio campo de actuación a la representación de los trabajadores, pero no sindical sino de empresa. También de este modo hallamos un dispositivo de flexibilidad reguladora, en la medida en que se prima el nivel empresarial de acción colectiva respecto del nivel sectorial. Al tiempo que entronca con otro de los ejes de la reforma y que de inmediato analizaremos con más detalle, como es *la intensificación del control social, pero también «disciplinario», de quienes son beneficiarios de una prestación pública –desempleados, trabajadores en IT...–*.

En este mismo ámbito, debe tenerse en cuenta la nueva disposición adicional quincuagésima primera, relativa a los *gastos de anticipación de la readaptación de los trabajadores en IT por contingencias comunes*. La disposición atribuye a las Mutuas la asunción del coste originado por la realización de las pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional *dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral* por contingencias comunes de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

A tal efecto la norma legal incluye dos precisiones. De un lado, el que tales pruebas deriven de los acuerdos o convenios previstos en los artículos 12.4 y 83 del Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social⁸ –RD 1993/1995–. De otro, que tal anticipación no impide que la entidad pueda pedir el resarcimiento por tal coste a los Servicios de Salud o la Entidad Gestora de la Seguridad Social.

Pero si la reforma llama a la cooperación entre los sujetos implicados para la mejora de la gestión, haciendo más diligente el proceso de gestión y también más eficiente, reduciendo sus costes, o al menos intentando que se alcancen ambos objetivos, tampoco renuncia a que la Seguridad Social controle más firmemente la situación, de modo que «quien paga, controla», y se fía poco de quien gestiona desde otra Administración Pública. Por eso, la Ley añade una nueva disposición adicional

⁸ Conforme al artículo 12.4 del Real Decreto 1993/1995, las Mutuas podrán concertar la utilización de sus instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores por parte de otras Mutuas y de las administraciones públicas sanitarias, así como por las entidades gestoras de la Seguridad Social, con arreglo a lo dispuesto, en cuanto sea de aplicación, a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El artículo 83 delimita el contenido de los acuerdos de cooperación y colaboración a tales fines.

quincuagésima segunda, relativa a las competencias sobre los procesos de IT, conforme a la cual se vuelve a reforzar el poder del INSS en el control de estas situaciones, que es una línea de política jurídica seguida en los últimos años y a través de múltiples reformas, a cual más caótica, corrigiendo una la anterior.

Así, se prevé que hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de IT, el INSS –o el Instituto Social de la Marina (ISM) para el régimen del mar– pueda ejercer «las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos». Cuando el alta médica haya sido expedida por el INSS –o por el ISM–, sólo estos serán competentes, a través de sus médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de IT si aquélla se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología. No obstante, y una vez más como viene siendo habitual estos últimos años para la reforma de esta materia, se reserva a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del INSS, y mediante resolución publicada en el BOE, la determinación de la fecha a partir de la cual se asumirá esa doble función. Por lo tanto, una vez más se flexibiliza la previsión legislativa y se deja en manos del órgano ejecutor el tiempo de desarrollo del modelo, con lo que se provoca la clásica incertidumbre jurídica y la diversidad de situaciones territoriales.

En coherencia con esta reforma que refuerza el control del INSS hallamos dos novedades más. De un lado, se adiciona un párrafo tercero a la disposición adicional cuadragésima de la LGSS conforme a la cual, la inspección médica de los servicios públicos de salud podrán solicitar la remisión de los datos médicos, necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las entidades gestoras de la Seguridad Social. De otro, se deroga el párrafo tercero del artículo 131. bis de la LGSS, pues el alta ya no lo es sólo a los efectos económicos, sino a todos los efectos –por tanto también médicos–.

El «plan de ahorro» de gastos públicos, parte del cual se prevé en reconducir, por las formas indicadas, a las empresas, siguiendo ese célebre paradigma de la «flexiguridad» –o lo que es lo mismo: privatización de los beneficios, socialización de los gastos– no para aquí. La Ley 35/2010 ha aprovechado la coyuntura para «abortar» el nacimiento de ciertos derechos de protección social que, paradójicamente, todavía no habían nacido a la vida del Derecho, por no estar vigentes, aunque sí estaban ya reconocidos. Me refiero en este momento a las modificaciones del sistema de tutela o de protección específico por cese de actividad –por desempleo autónomo– previsto para los trabajadores por cuenta propia que, de este modo, también se ven golpeados por la reforma laboral, como ya anticipé. Lo curioso es, como comento, que el sistema acaba de aprobarse, a través de la Ley 32/2010, y no ha entrado en vigor –lo hace el 6 de noviembre–, por lo que las razones que llevaron a incluir en la norma tales medidas deberían tener la misma vigencia que cuando se aprobó hace unos meses de forma unánime. El Legislador parece, sin embargo, haber cambiado de opinión. Por lo que no sólo rectifica el Gobierno, también el Parlamento.

Estamos, en consecuencia, claramente ante una reforma de recorte de derechos para los trabajadores autónomos de su non nato sistema específico de protección por «desempleo», esto es, por cese de su actividad económica y/o profesional. Dos son los cambios realizados en este sistema, que

de momento sólo concede «derechos de papel», y como vemos, fáciles de rescribir o borrar, sobre todo para la protección no contributiva. De un lado, en la versión originaria aprobada en agosto se establecía un periodo de espera de 12 meses entre el agotamiento de un derecho y, de darse los requisitos legales, el reconocimiento de uno nuevo, la norma legal fija ahora un periodo de espera de 18 meses, elevando considerablemente –un 50% más– esta limitación. De otro, se deroga la disposición adicional decimotercera, que es la que recogía la modalidad no contributiva de protección –425 euros durante seis meses–.

4.7. Del «reglamentismo» a la pérdida de «soberanía legal»: la des-legalización de la edad máxima para el contrato en formación

En el contexto de lo que podríamos denominar flexibilidad reguladora, una marcada línea general de la reforma, tanto en su versión gubernamental como en la parlamentaria, si bien radicalizada en ésta a mi juicio, nos encontramos con un redescubrimiento del gusto por los «desarrollos reglamentarios», como ya comenté en la introducción de este trabajo. Es evidente que eso deja un mayor margen de acción al Gobierno para la gestión de las situaciones en cada momento, pues es mucho más fácil cambiar un Reglamento que una Ley, aunque no menos verdad es que siempre queda el recurso al «Decreto Ley», tan abusado en estos tiempos de crisis, y ya antes. Según se ha podido ver, son infinidad las materias que se remiten a desarrollos reglamentarios y para temas de enorme significado, hasta el punto de condicionar en gran medida la efectividad de las reformas legales.

Ahora bien, en la versión parlamentaria de la reforma se dan pasos más allá de este favor por el «reglamentismo» de las situaciones sociolaborales, que como vemos es compatible con el paralelo fomento de la intervención colectiva. Así, no faltan incluso ejemplos de «des-legalización» de ciertas regulaciones que deberían estar fijadas por Ley, con lo que se incurre, por enésima vez, en regulaciones inciertas, que dejan muy abierta la ordenación y hacen disponible para el poder político el poder legislativo. Es el caso, de la previsión del artículo 11.2 a) del ET, relativo a los contratos formativos, y que recoge una reforma introducida por el Senado, conforme a la cual:

«Cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación, tales como los de escuelas taller, casas de oficios, talleres de empleo u otros que se puedan aprobar, *el límite máximo de edad será el establecido en las disposiciones que regulen el contenido de los citados programas*. En el supuesto de desempleados que cursen un ciclo formativo de formación profesional de grado medio, el límite máximo de edad será de veinticuatro años».

Se hace disponible, no ya para el Gobierno, sino también para el Ministerio de Trabajo, tanto el tipo de programas que permiten esta posibilidad, siempre que sean de este género de empleo-formación, como el límite de edad, a lo que dispongan las normas reguladoras, que a menudo son de rango ínfimo. Por lo tanto, es difícilmente comprensible para la seguridad jurídica esta reforma y genera un riesgo excesivo de arbitrariedad de los poderes públicos.

El texto del Congreso parecía más respetuoso con la soberanía legal a la hora de fijar el límite. Si bien aparecía muy confuso, incluso contradictorio, pues parecía decir una cosa y la contraria ⁹.

4.8. Y ahora ¡«a por la negociación colectiva»!: la consolidación de la reforma como amenaza o forma de presión al Diálogo Social

Pero si de flexibilidad reguladora hablamos, es evidente que el gran caballo de batalla del entero sistema si sitúa en la posibilidad de «meterle mano» a la fuente hoy más potente de regulación sociolaboral, la negociación colectiva. Este sistema se viene resistiendo desde el año 2001 a ser alterado sustancialmente, pese a estar en el ojo del huracán, por señalarla, desde muchos sectores, económicos y empresariales, como un factor explicativo tanto del carácter inflacionario de nuestro modelo como del retraso, o las pérdidas, de productividad. Aunque ni hay estudios económicos que puedan acreditar tales planteamientos, ni la realidad parece ser ésa, sino más bien la contraria, lo cierto es que la búsqueda de una reforma que modifique el sistema en aras de una mayor descentralización de la estructura, favoreciendo el nivel negociador empresarial, y una más firme instrumentación de la negociación al servicio directo de la competitividad, se ha convertido en una de las grandes aspiraciones de la fiebre o de la vorágine de reformas que ahora mismo sacuden nuestro país.

Pues bien, la Ley 35/2010, obliga al Gobierno a promover un proceso de reforma que en absoluto había contemplado al margen de la voluntad de los interlocutores sociales. Aunque para ser honestos, tampoco esta reforma laboral se concebía por el Presidente al margen de ese acuerdo. Y ya hemos visto lo que ha sucedido. Por tanto, la negociación colectiva ya no podrá librarse de la flexibilización, por lo que está destinado a caer este último «feudo cerrado» de los interlocutores sociales, aunque el optimismo legislativo, y el pesimismo sindical, no encontrarán fácil salida. Como acabo de evidenciar, esta reforma es una vieja aspiración de los Gobiernos que se han sucedido desde el año 2000, a fin de adaptar el sistema convencional a las nuevas realidades socio-económicas, y que no significa más que la voluntad de hacer de este instrumento regulador también un útil de gestión flexible para el empleador. Hasta el momento parecía haberse «escapado» de la «quema de las reformas».

Sin embargo, la disposición adicional vigésima primera es una seria, muy seria, amenaza de desmantelamiento del sistema forjado, fatigosamente, con errores sin duda, pero también con enormes aciertos, durante casi un cuarto de siglo. De un lado, conforme a esta previsión legislativa, el Gobierno recibe el mandato de promover una reforma legislativa acordada o pactada de la negociación colectiva. A tal fin, se trataría de dar refrendo legislativo formal al resultado del actual proceso

⁹ «El límite máximo de edad será de veinticuatro años cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación o cursen un ciclo formativo de formación profesional de grado medio.

El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación...»

de negociación bipartita que «actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010-2012» los interlocutores sociales.

Pero, como se recordará, este Acuerdo está plagado de buenos deseos de negociar esa reforma pero la situación actual dista mucho de crear un caldo de cultivo, un clima, adecuado o favorable para alcanzar dicho acuerdo. Y el Legislador lo sabe perfectamente. Por eso, y frente a la vieja y errónea –esto sólo eleva el precio del acuerdo y lo dificulta– convicción del presidente Zapatero de no hacer reforma alguna sin consenso, el propio Legislador ya tiene «Plan B», esto es, el modelo de reforma ante el fracaso, más que previsible, del proceso negociador. Así, en defecto de tal acuerdo, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, «adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos, y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva».

En suma, está en cuestión TODO el sistema de negociación colectiva. El Legislador, pues, en vez de dar pautas lo que hace es abrir todo el sistema a un cambio radical que, además, puede no sólo no contar con el respaldo de los actores principales de la negociación, sino incluso con su rechazo. En esta loca aventura de reformas que ha emprendido quien antes negaba la necesidad de cualquier reforma en este ámbito todo es posible y ya no parece haber «líneas rojas». A este respecto, está claro que es necesario reformar determinados aspectos estructurales y funcionales de la negociación colectiva para hacerlo un instrumento más dinámico de regulación y de gestión, para que sea vivido como útil no sólo por los trabajadores sino también por los empresarios.

Pero esto es una cosa, y otra que pueda partirse de cero. Ni todo puede estar en cuestión, y desde luego no al mismo tiempo. Por lo que mucho mejor sería centrar los concretos aspectos a tocar. No debe olvidarse que abierta la «Caja de Pandora», los «rayos y truenos» ya no tienen control ni racionalidad, y puede ser peor el remedio que la «enfermedad».

5. EN BUSCA DE ALGO DE RACIONALIDAD JURÍDICA: NUEVAS REGLAS DE COHERENCIA ORDINAMENTAL

5.1. Sin molestar a la negociación colectiva: salvaguarda del régimen convencional del contrato fijo de obra

Una reforma como ésta, hecha de forma improvisada, bajo presión, que afecta a una gran cantidad de instituciones y, por tanto, Leyes diferentes, tenía que contener, por necesidad, una multiplicidad de deficiencias de regulación técnica, como son lagunas, contradicciones, incoherencias... Por

eso, otro de los ejes de la Ley ha sido resolver algunas de esas deficiencias. Es evidente que no se le puede «pedir peras al olmo», y que una tramitación parlamentaria asentada en el caos, la inmediatez y el dislate no está en condiciones de resolver adecuadamente todos estos defectos, al tiempo que crea otros. Pero no se le puede regatear, a mi juicio, la virtud de buscar un poco de racionalidad en el ordenamiento sociolaboral, de modo que sus diferentes piezas encajen de un modo más preciso, o al menos más razonable y sostenible.

De ahí que dedique este apartado a dar cuenta de las novedades legales que, a mi entender, se sitúan en esta dirección de *reformas de coherencia reguladora*, por ejemplo, entre la norma sustancial y la norma adjetiva, integrando lagunas. O, también, entre las normas precedentes y las nuevas, como sucede al dejar de referir ciertas reglas a la «representación legal», utilizando tan sólo el sustantivo, porque se ha creado otras formas de representación voluntaria no sindical, esto es, diferente a las representaciones sindicales (ejemplo art. 41.4, párrafo 5 del ET).

Comenzando el repaso de este tipo o grupo de reformas por la primera institución laboral afectada por la reforma, la *contratación temporal directa*, si bien las novedades a las que hago referencia aparecen al final de la Ley, lo más destacable es el retoque que se da a la cláusula de salvaguarda de ciertos regímenes convencionales en esta materia. A mi juicio, y a diferencia de las novedades relativas a la creación del régimen excepcional en esta materia para las Administraciones Públicas, ya analizado, no se trata propiamente de salvar regulaciones excepcionales sino más bien regímenes de contratación temporal especiales, atendiendo tanto al sector de actividad en que se ubican, por ejemplo la construcción, como a la fuente que los ordena, la negociación colectiva.

Éste es el sentido que tiene la reordenación del texto de la disposición adicional primera de la Ley 35/2010, ya presente en el RDL del que trae causa, sobre negociación colectiva y modalidades contractuales. La nueva redacción dada a este precepto reformula sus dos apartados, de modo que se le da más claridad a las dos reglas especiales respecto de la norma general en orden a salvaguardar en todo caso la competencia convencional para ordenar los contratos de obra o servicio determinados en aras de adaptarlo a las formas que procuren una mayor estabilidad. A saber:

- Se salvaguarda en el primer apartado el régimen convencional sectorial, sin referencia ahora sólo a los convenios colectivos estatales, como hacía el RDL, que «actualmente» pudieran haber en cada ámbito sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio. Por tanto, esta norma evita que pueda afectar a la regulación convencional ya pactada y en vigor, si bien una vez que pierda vigencia deberá quedar afectado plenamente por el nuevo régimen legal.
- Igualmente se salvaguarda la cuestión que realmente preocupaba, y es la continuidad de la regulación especial del conocido «contrato fijo de obra», típico en el sector de la construcción y reflejada en la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, 18 octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. En este caso, sin duda mucho más problemático hoy, la salvaguarda no es sólo hacia el presente, sino también hacia el futuro, por cuanto la nueva redacción dada por la versión parlamentaria precisa que también afecta a la regulación que «pueda establecerse» sobre este contrato, «incluida su indemnidad».

zación por cese». En suma, esto quiere decir que las limitaciones al contrato por obra o servicio determinado, que es con diferencia el más usado en este ámbito económico, no resultan de aplicación al «contrato fijo de obra» regulado en este sector, cuyo régimen jurídico convencional se respeta, incluida la regulación de la cuestión indemnizatoria, por lo que no resulta aplicable tampoco la indemnización por cese de los contratos temporales del artículo 49.1 c) y la disposición transitoria decimotercera del ET –indemnización creciente a razón de un día por año hasta el 1 de enero de 2015–.

5.2. Reformas de ajuste técnico: contratos formativos, procedimientos de solución de discrepancias

También en el ámbito de la contratación temporal, pero ahora respecto de los *contratos para la formación*, encontramos diversas novedades, aunque no suponen, a mi juicio cambios de especial relieve. Así, de un lado, la reforma llevada a cabo en el artículo 11.2 de la Ley significa reconocer el derecho a los incentivos previstos para este contrato tanto respecto de las cuotas empresariales como de las laborales, cuando en la versión anterior sólo se hacía referencia a las empresariales.

De otro, se introducen cambios de este signo armonizador en el artículo 11.1 c), párrafo tercero, del ET al añadir dos novedades. Así, primero, destaca la inclusión expresa del título de Doctorado como diferenciado respecto de los títulos de grado y de Máster, lo que antes no sucedía. Expresa coherencia con la regulación educativa en la materia. Segundo, la precisión en orden a no considerar a ninguno de ellos como la misma titulación, que impediría la contratación en prácticas sucesiva, «salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas el trabajador estuviera ya en posesión del título superior de que se trate». Esta regla de excepción busca evitar que se puedan producir fraudes, pero es evidente que se trataba de una laguna de la anterior regulación que era de fácil integración por razones sistemáticas y teleológicas.

Asimismo, hay que destacar la reforma del artículo 11.2 letra e) del ET, relativa a la integración, en diferentes situaciones de fracaso escolar – que no haya finalizado la ESO, abandono escolar prematuro, realización de cursos de formación profesional– de las exigencias formativas por una vía distinta a la del contrato para la formación. De este modo se suple aquella tarea por la actividad educativa de la Administración.

También han de incluirse aquí las novedades introducidas en el artículo 11.3 del ET. Si de un lado la primera puede entenderse como de mejora y la segunda de flexibilidad, en realidad ambas representan una reforma de coherencia reguladora con el sistema jurídico vigente, en la medida en que:

- Decir ahora que «en la negociación colectiva se fijarán criterios...», cuando en el RDL se decía tan sólo que «se podrán fijar...», supone el paso desde una fórmula potestativa a la imperativa, pero sin aportar un verdadero elemento de concreción ni suponer un mandato concreto, pues no forma parte del contenido obligatorio de los convenios. Por tanto, la modificación es coherente con el valor sustancial que tiene este eje de la reforma, que no se

compadecía bien con un texto potestativo, pero realmente no habrá cambio relevante, pues siguen ausentes las garantías de efectividad de este mandato.

- La segunda, que supone la rebaja del estándar de exigencia de este mandato, pues donde antes se hablaba de criterios y procedimientos «tendientes a conseguir la paridad...» ahora se convierte sólo en buscar los instrumentos que consigan «una presencia equilibrada de hombres y mujeres», tampoco tiene el sentido de flexibilizar el mandato legal, sino que aspira a ser coherente con la exigencia más general de la regulación de origen, la normativa sobre igualdad, que no garantiza un principio de equidad sino de «presencia equilibrada».

En el ámbito de las «nuevas formas de representación» laboral que abre la Ley, en ausencia de las formales –unitaria y sindical–, hallamos novedades dirigidas a fijar una regulación uniforme. A tal fin se opta por una misma regulación, por lo que ciertos textos de desarrollo son sustituidos por la técnica de la remisión formal, con lo que el precepto se aligera en su texto, garantizando una solución idéntica en los diferentes supuestos –modificación, movilidad, consultas...–.

Un tipo de novedades de carácter más bien textual y armonizador que innovador que también encontramos en relación a los preceptos que buscan reforzar el que los interlocutores sociales, a través de la negociación colectiva, recojan *procedimientos para resolver extrajudicialmente las discrepancias entre los actores* respecto de las diferentes decisiones de gestión modificativa o de flexibilidad interna. Es el caso, del nuevo texto de la letra c) del apartado 3 del artículo 85 del ET, que incluye en esos procedimientos no sólo las cláusulas de descuelgue salarial sino todas las modificaciones, con lo que ahora es más completo y adecuado. Y también del artículo 41.6 del ET, párrafo segundo.

5.3. Novedades de ajuste normativo pertenecientes al «género inútil»: las prohibiciones de acuerdos discriminatorios y de horas extra

Algunas de este tipo de reformas de coherencia pertenecen a una submodalidad que, si se me permitiera la licencia, yo llamaría del «género tonto», esto es, que bien pueden entenderse o como completamente inútiles, o como puras «cortinas de humo», en el sentido que vengo exponiendo para esta expresión, pues quieren expresar en el plano de los fines –voluntad de garantía de derechos– algo que en absoluto pueden garantizar en el plano de las técnicas o de los instrumentos para lograrlos, y lo sabe el Legislador fehacientemente. A modo de ejemplo podría traer a colación el inciso nuevo que se incorpora en el artículo 82.3, párrafo quinto, in fine del ET, según el cual:

«El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género».

La voluntad legislativa es clara. Se quiere asegurar la soberanía de las cláusulas antidiscriminatorias frente al descuelgue. Pero ¿qué sentido tiene esta salvaguarda? La técnica legislativa no

puede ser más pésima y la desolación no ya para el jurista sino para el ciudadano ante la falta de sentido que tienen sus legisladores debería llamar a la reflexión de éstos. Todo el mundo sabe –incluidos los parlamentarios, espero– que los acuerdos discriminatorios son inconstitucionales y, por tanto, aunque la Ley calle, no hay posibilidad de dar «patente de corso» a los negociadores para alcanzar acuerdos discriminatorios, ni por razón de género ni por ningún otro motivo.

Hilaridad produce, además de perplejidad claro está, otra previsión de la misma guisa que la anterior, me refiero a la relativa al nuevo inciso incorporado al artículo 47.2 del ET según el cual: «*Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor*». ¡Qué decir de esto! creo que se comenta por sí sola la previsión, pues sólo faltaría que hiciésemos tanto «baile legal» para luego terminar autorizando que se hagan horas extraordinarias en el marco de Expedientes de Regulación Temporales de Empleo orientados a la reducción de la jornada ordinaria. Ahora que lo pienso con algo más de sosiego, si están «prohibidas las interpretaciones al absurdo» de las Leyes y el Legislador lo ha previsto, quizás signifique que en nuestro país tan nuestro no es tan descabellado que en la «fantasía elusiva» del empleador español esto se haga, o al menos se piense... Pero ya se ve, el Legislador «es más listo», ¡no «hay quien se la dé»! y todo lo tiene previsto... ¿o quizás no? Desolador...

5.4. Reformas orientadas a hacer un llamamiento a la mejora de la experiencia jurídica respecto de la aplicación de normas ya vigentes: especial referencia al ámbito de la intermediación

No mucho más afortunada en el plano del sentido técnico de la novedad legal, pero sí menos desoladora en el plano del «sentido común», es otro inciso introducido en el nuevo artículo 21 bis.1 de la LE, por tanto en relación a otro aspecto muy renovado de la reforma, la *intermediación en el mercado de trabajo* en general, y las Agencias Privadas de Empleo o de Colocación en particular. Desde luego se trata, en la voluntad del Legislador, de introducir una regla de aclaración y, por tanto, supone un objetivo de pura coherencia reguladora, aunque de nuevo se trata de una precisión innecesaria. A este respecto, la Ley 35/2010 añade un segundo párrafo a ese texto que ya resultaba implícito en la nueva concepción amplia de la intermediación que el RDL introducía y la Ley consolida, por lo que ahora no se nos hace sino explicitar que:

«Las empresas de recolocación son *agencias de colocación especializadas* en la actividad a que se refiere el artículo 20.2».

En una primera lectura la norma no puede ser más reiterativa, por cuanto dice algo obvio: si la recolocación es una actividad de intermediación –art. 20.2 LE–, y ésta actividad sólo pueden realizarla, en la forma de gestión no directa sino indirecta, las «agencias de colocación» autorizadas por los servicios públicos –art. 21. bis 1 en relación al art. 20.1 y 3 LE–, parecería evidente que quienes las ejercen se consideren «agencias de colocación especializadas». Ahora bien, el lector no debería en este caso «rasgarse las vestiduras» en extremo, porque en este caso sí ofrece una singularidad notable el precepto. Y es que refiere a este tipo especial de «Agencia» con el término «empresa». Como se sabe, hasta ahora, uno y otro concepto eran diferentes y tenían un régimen muy distinto.

En consecuencia, con el RDL sí quedaba una duda razonable de cuál iba a ser realmente la naturaleza jurídica de estas Agencias de Recolocación. Ahora la Ley nos aclara algo que no resulta nada novedoso pero que sí cierra la especulación posible al respecto. Y digo que no es novedoso porque realmente la reforma, como ya ocurriera en 1994 con las ETT respecto de las Agencias de Colocación, no legaliza a las «Empresas de Recolocación», sino que las «normaliza», esto es, no las crea, sino que las reconoce y ordena, recibiendo una experiencia de la realidad socio-económica pre-existente al reconocimiento legal explícito. Y la práctica nos enseña que el modo de actuar de estas entidades ha sido siempre, y seguirá, por lo tanto, siéndolo, el de una organización que presta un servicio de acción social bajo la fórmula de entidad mercantil. No obstante, es evidente que lo que no queda de modo alguno condicionado es la «forma jurídica» de estas «empresas», de modo que junto a las estrictamente «mercantiles» podría pensarse también en otros tipos, como las «empresas de economía social» –cooperativas, sociedades laborales...–.

Alguna mayor enjundia jurídica tienen otras novedades, también en el ámbito de las Agencias de Colocación, que siendo reformas de coherencia reguladora, por tanto sin aportar ningún cambio en el ordenamiento jurídico precedente, sí podrían servir para propiciar una experiencia jurídica –aplicación práctica de las normas formalmente vigentes– distinta, más acorde con ese ordenamiento. De este tipo son, a mi juicio, las previsiones del apartado 4 del referido nuevo artículo 21 bis de la LE. Tres serían las novedades:

- La referencia explícita al deber de «respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos».

Es evidente que estas obligaciones relativas al respeto de los derechos de dignidad e intimidad ya existían con anterioridad y nada aportan sustancialmente. Como también la relativa a las normas de protección de datos personales, si bien la clarificación aquí sí tiene mayor sentido en la medida en que es sabido que tiene un escaso predicamento en el ámbito laboral esta normativa general, que se concreta básicamente, para el ámbito interno y sin perjuicio del marco regulador e interpretativo de la normativa internacional, en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, desarrollada por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. El problema no es tanto el de su reconocimiento como el de su aplicación, porque no sólo la mayor parte de los actores de las relaciones laborales no ajustan su conducta a esta normativa, sino que la mayor parte de los Tribunales Laborales ignoran su uso.

En consecuencia, y al margen del debate sobre la necesidad o no de construir, a partir de estos principios y reglas generales, una regulación y un acervo propios y de carácter especial para el ámbito de las relaciones laborales ¹⁰, lo cierto es que el recurso a esta técnica de remisión formal a la normativa general abre nuevas vías de avance de protección frente al creciente poder de control de nuestras vidas que tienen las entidades cuya actividad se organiza en función de manejar una ingente cantidad de datos de carácter personal. El reconocimiento específico, por lo tanto, de este derecho a la protección de datos perso-

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*. Bomarzo. 2009, pág. 6.

nales de los trabajadores, incluso ya desde su condición precedente de «candidato a un empleo», abre nuevas perspectivas de tutela en el ámbito sociolaboral, por lo que la reforma no hace sino progresar en esa senda de «normalización» de las pautas de gestión empresarial respecto de las situaciones exigibles fuera de las empresas, en el sentido más amplio del término.

La coherencia de esta previsión hace que se reitere a lo largo de estos preceptos. Así, la misma precisión en orden al deber de cumplimiento de la normativa de protección de datos personales la encontramos en el segundo párrafo del artículo 22.1 de la LE, relativo a los principios básicos de la intermediación. Pero ahora fijando este deber para todos los agentes de empleo, esto es, para los Servicios Públicos de Empleo, Agencias y Entidades Colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo. Una cláusula de salvaguarda que de nuevo aparece en el segundo párrafo del artículo 16.2 del ET, cuya novedad es tan sólo de mejora técnica en la redacción de este texto, pues en la versión anterior se diluía el cumplimiento de la normativa específica sobre la tutela o la protección de datos personales en el respeto a los derechos básicos que le sirve de fundamento –las Agencias deberán respetar «la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos»–, pero sin mencionar expresamente tal normativa.

Como puede comprobarse fácilmente, el nuevo texto legal deja claro que no sólo basta con respetar la intimidad y la dignidad de los trabajadores, sino que ello ha de hacerse cumplimiento estrictamente con la «normativa aplicable en materia de protección de datos». De este modo, se convierte en «laboral», a través de la técnica de remisión formal íntegra, una norma que es básicamente civil, si bien con una vocación de aplicación general para regular esta materia, cubriendo en cierto modo un vacío y una deficiencia muy extendida en el ámbito laboral, como decía, y que tan sólo recientemente había iniciado una tímida inflexión en sede judicial.

- Menos enjundia jurídica tiene la novedad estrictamente de corrección técnica, y por tanto de coherencia reguladora, relativa a la sustitución en el comentado precepto del verbo «garantizar» por el de «cumplir», realizada en la letra e) del apartado 4 del artículo 21 bis de la LE. El nuevo enunciado es más correcto, en la medida en que las Agencias de Colocación no son las llamadas a «garantizar» la «normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social», pues garantes de tal normativa son propiamente las autoridades laborales –y las judiciales–, mientras que las Agencias son los sujetos destinatarios de las obligaciones, esto es, son sujetos obligados al «cumplimiento» de las mismas.
- La norma de concreción relativa al derecho de accesibilidad al empleo de las personas con discapacidad no ya sólo con carácter general sino estableciendo una particular referencia al deber de «velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad». La obligación de velar por que los empleos ofrecidos a las personas con discapacidad *sean accesibles en todas sus condiciones* –incluye también el entorno material que permita acudir al puesto de trabajo, que por supuesto deberá ajustarse a sus características psico-físicas y profesionales– no la crea *ex novo* la norma, sino que presupone todo un entramado muy complejo regulador de lo que hoy es un principio jurídico

general, el relativo a la accesibilidad de las personas con discapacidad a todas las esferas de la vida social, en especial del empleo ¹¹. De nuevo, pues, se trata más bien de recordar que existe esta normativa –aunque no se concreta por ninguna técnica de remisión formal precisa, como quizás hubiese sido deseable–, y que por tanto ha de velarse por que se respete, que de crear nuevas obligaciones. En todo caso, quien está obligado a cumplir con esa normativa es el empleador, de modo que a la Agencia, que no concreta, le incumbe cuidar, velar porque los puestos ofrecidos por los empleadores garanticen ese deber de adaptación.

También reforma de coherencia, pero volviendo de nuevo a las del «género tonto», o si se quiere ser más correcto «técnicamente», «del género superfluo», esto es, de las completamente innecesarias, de modo que precisar más bien indica de lo que se adolece más que lo que se quiere realmente hacer, es el inciso que se introduce al final del primer párrafo del artículo 22 bis, apartado 1 de la LE. Al final del primer párrafo se especifica que el deber de velar por que no se produzca discriminación alguna en el acceso al empleo hace referencia tanto a las «directas» como a las «indirectas». Es de sobra sabido que nuestra legislación y jurisprudencia prohíben toda forma de discriminación, sea del tipo y modalidad que sea, por lo que carece de sentido jurídico precisar las modalidades concretas, salvo por ese falso valor o interés de lo pedagógico o simbólico, en la medida en que las «indirectas» siempre son las más difíciles de localizar y, por tanto, parecería hacerse una llamada de atención a todos los Agentes de Empleo, públicos y privados, sobre la necesidad de que extremen su deber de vigilancia sobre esta materia, agudizando su ingenio, mostrando mucho más interés, audacia y eficacia en ese ámbito. No obstante, y aún conscientes, por tanto de su virtualidad práctica, esta vez creo que no debemos ser tan condescendientes con las precisiones legislativas y evidenciar que era innecesario.

5.5. Un esfuerzo a medio camino: en busca de una regulación especial de la contratación mediante ETT en la Administración Pública

En cambio, bastante mayor enjundia tienen las reformas de coherencia que la Ley ha introducido en un ámbito conexo pero diferente, el de las *Empresas de Trabajo Temporal*. En este ámbito las novedades se ligan, al margen de la ya comentada de mejora relativa a la proyección del principio de paridad de trato a la formación, al que entiendo principal novedad de la reforma, y que no es otra que la cláusula general de levantamiento de las prohibiciones y restricciones de contratar con ellas.

Por lo que el sentido de reforma de coherencia reguladora aquí se halla impregnado de un claro barniz de reforma liberalizadora. No obstante, la cuestión no está tan clara, en la medida en

¹¹ En el plano internacional destaca la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007, ya ratificado por España (Instrumento de Ratificación 21 abril 2008). En el ámbito interno destaca la Ley, tan ambiciosa como incumplida, 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Buena prueba de las deficiencias aplicativas de esta normativa, más bien de su completa ignorancia social, es que la norma de garantías por los incumplimientos no llegó hasta 4 años después, con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

que la Ley ha querido fijar una serie de precisiones respecto del juego de este levantamiento de la prohibición y de las restricciones en el ámbito público. A estos efectos cabe destacar tres novedades legislativas:

- Primera. La disposición adicional cuarta de la LETT, relativa a la «validez de limitaciones o prohibiciones» de recurrir a ellas, tiene ahora un segundo párrafo, conforme al cual se atribuye al Gobierno el deber de establecer, antes del 1 de abril de 2011 y «previa negociación colectiva en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas», los «criterios funcionales de aplicación» de aquella regla general de levantamiento también en este ámbito de la prohibición de contratación temporal indirecta mediante ETT.

No cabe duda que esta previsión, que en principio responde al establecimiento de un mandato coherente con las previsiones generales en este ámbito, genera luego, tanto en su redacción como en su aplicación múltiples interrogantes. De un lado, la opción textual seguida finalmente plantea más problemas que el texto tramitado en el Congreso inicialmente. La norma aprobada omite cualquier referencia tanto a la Mesa General a la que se atribuye la competencia para negociar estos criterios de forma previa con el Gobierno, pues sabido es que el artículo 36 del Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP) hace referencia a más de una Mesa General de Negociación –de ahí que el texto del Congreso hiciese referencia expresamente a la Mesa General del artículo 36.1–, cuanto al instrumento jurídico a través del cual ha de regularse esta cuestión por el Gobierno, a diferencia del texto del Congreso que expresamente remitía a un Reglamento el establecimiento de «los supuestos y requisitos de la aplicación» de aquella regla general permisiva. El texto vigente, pues, es mucho más ambiguo. En todo caso, la negociación es, pues, preceptiva pero no vinculante.

De otro lado, el enunciado de la norma pretendidamente de concreción de la regla legal general no sólo deja en la indeterminación el modo en que el Gobierno puede regular esta cuestión, aunque parece que lo más adecuado será un Real Decreto, sino que tampoco queda claro exactamente el contenido y alcance de esta regulación. La razón es que el texto del Congreso abría margen a la opción de establecer mayores limitaciones a la contratación a través de ETT, por lo que bien podría incluirse este cambio en la línea de las reformas de garantía de derechos y limitación de la flexibilidad para el empleo público. En cambio, la norma vigente parece querer restringir la capacidad del Gobierno de regulación en tal sentido, limitándolo a fijar «criterios funcionales» y no «supuestos aplicativos» o exclusivos.

- Segunda. La referida disposición adicional cuarta de la LETT cuenta con un tercer párrafo, a través del cual se establece la prohibición legal directa, por tanto no remitida ni al Gobierno ni a ningún Acuerdo colectivo, de realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición para la asunción de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos.

De nuevo estamos ante una apariencia de norma jurídica «novedosa», porque, por enésima vez, pertenece al género «de las reformas absurdas» –al comentado «género tonto»–. ¿Acaso el Legislador no sabe que si una tarea está reservada a funcionarios no lo pueden hacer

laborales, y si no se puede hacer bajo esta modalidad de contratación directa menos aún bajo la modalidad de contratación indirecta?

Una vez más habrá que «levantar un tupido velo» –el lector sabrá leer bien esta expresión en su uso más cotidiano– sobre la precipitación legislativa y no reparar en este nuevo «homenaje de disparates para la galería». Otra cosa es, cierto, que quede en la absoluta indeterminación con el nuevo EBEP esta cuestión de la reserva legal de puestos de trabajo a funcionarios, salvo la cláusula muy genérica del artículo 9.2 del EBEP, por lo que también por esta vía la norma legal reformadora es inútil. Nada nos dice, pues, de novedoso y ningún problema nos resuelve, si acaso nos deja inquietos sobre la sapiencia de nuestros legisladores en técnica jurídica y en conocimiento «del medio». En fin, un nuevo argumento para los detractores de este tipo de reformas por ser todo un «pastiche legislativo».

Tercera. La derogación, en una línea claramente confirmatoria del sentido liberalizador de la reforma en este punto, de la disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), relativa a los «límites a la contratación con empresas de trabajo temporal». Se trata de una regla claramente de coherencia, en la medida en que el levantamiento general de las prohibiciones obligaba a derogar esta disposición de la LCSP, lo que olvidó hacer el Gobierno en su versión de la reforma y ahora corrige el Parlamento. No obstante, fija una fecha concreta para esta derogación, difiriendo su eficacia a partir de 1 de abril de 2011 –disp. derog. única, 1, letra c)–, que es, como se ha dicho, el momento límite que tiene el Gobierno para, previa negociación con los sindicatos, fijar los citados «criterios funcionales», según la vista disposición adicional cuarta.

5.6. Ajustes entre las nuevas reglas y sus garantías de efectividad: reformas en las normas administrativas y en la LPL

Para finalizar este cuadro de repaso de las «novedades» de la reforma del tipo que aquí ordenamos como «de coherencia», es necesario hacer referencia al conjunto de aquellas que tiene por tarea **ajustar la normativa sustancial con la adjetiva**, esto es, la fijación de garantías de efectividad que estén acordes con las nuevas reglas de conducta y organizativas. En este bloque, de cierto alcance cuantitativo y también cualitativo, encontramos la mejor expresión de la precipitación técnica de que adolece la reforma y que sólo parcialmente ha podido –o sabido– corregir la Ley. Para estudiarlas con algún detalle pero, sobre todo, de forma ordenada, vamos a organizarlas, a su vez, en dos grupos. Las novedades que hallamos en *las relaciones administrativas de trabajo –intervención pública en la gestión laboral–*, tanto en el ámbito del «Derecho Administrativo del Trabajo» –disp. final tercera, punto 4– como del «Derecho Social Sancionador» –disp. adic. decimocuarta– cuanto de las *relaciones procesales de trabajo*, esto es, al «Derecho Procesal Laboral» –disp. adic. decimoquinta–.

En el primer ámbito regulador e institucional, el Derecho Administrativo Laboral, vamos a hacer referencia a dos grupos de reformas, relativos a sendos sectores referidos de esta parcela del Derecho Social del Trabajo. Por lo que concierne al grupo primero, tiene que ver con ineludible adap-

tación para un futuro muy próximo –con anterioridad al 31 de diciembre de 2010– de la actual normativa reglamentaria a la nueva regulación legislativa de los «procedimientos de regulación de empleo». A este respecto, la citada disposición final tercera, relativa a las facultades de desarrollo de la Ley, en su punto 4, manda al Gobierno que apruebe un Real Decreto de modificación del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos.

Pero la disposición legal no se limita a dar este mandato regulador, sino que establece algunas pautas que orienten el régimen reglamentario, tanto en relación al tiempo para la aprobación, el modo de elaboración y el contenido mínimo que debe tener. En relación a las condiciones temporales, ya se ha dicho que da un plazo corto, en la medida en que antes de finalizar el año 2010 debería estar aprobado. Por lo que hace al modo de elaboración se fija el doble deber de consulta del Gobierno, tanto con los agentes sociales como, dado que estamos ante una competencia de ejecución, con las CCAA.

Finalmente, y por lo que refiere al contenido, es interesante la atención especial a uno de los aspectos más importantes de esta regulación pero también más ignorados de la misma por el propio Legislador, el Plan Social. En efecto, la disposición reclama en la futura regulación reforzar el «plan de acompañamiento social» de los ERES. Y ello no ya con carácter general, sino también finalista-mente orientado básicamente a la definición y puesta en práctica de medidas que favorezcan la «recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad».

Una vez más, pues, la recolocación, aparece como un concepto potente en el seno de esta reforma, lo que le da cierta seriedad, ausente en otros ámbitos. Otra cosa serán las posibilidades reales para concretar este nuevo derecho sociolaboral a oportunidades razonablemente efectivas de reinserción. En consecuencia, se trata de una reforma claramente de coherencia normativa o reguladora. Con ella se quiere adecuar el ordenamiento a los nuevos principios y reglas de la reforma. Pero, a mi juicio, no sólo con un objetivo de modernización y de mayor dinamismo del procedimiento de gestión de la crisis, sino con un fin garante, por ser un instrumento al servicio –otro será las empresas de recolocación– del derecho del trabajador y no sólo del interés del empresario al ajuste.

El segundo grupo hace referencia a dos reformas de presente en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Aquí nos vamos a referir básicamente a las siguientes:

- Se añade un nuevo apartado 4 bis al artículo 6 de la LISOS, a fin de calificar como infracción leve la «falta de entrega al trabajador por parte del empresario del documento justificativo al que se refiere el artículo 15.9 del ET», esto es, el certificado de la condición de fijeza.
- El nuevo apartado 14 del artículo 2 de la LISOS, que considera también autores o «sujetos responsables de la infracción» sociolaboral a las fundaciones y asociaciones de utilidad pública beneficiarias de donaciones y acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción y de creación de empleo de personas con discapacidad, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de estas personas.

- Nuevo apartado 6 del artículo 16 de la LISOS, que considera como infracción muy grave en materia de empleo la aplicación indebida, o la no aplicación, a los fines previstos legal o reglamentariamente para las donaciones y acciones de patrocinio recibidas por aquellas fundaciones y asociaciones de utilidad pública de las empresas.

Conexa con esta reforma habría que situar, a mi juicio, la extravagante previsión que hace la disposición adicional decimosexta de la Ley respecto de la ITSS, conforme a la cual, de un lado, se evidencia la necesidad de adaptación del número y conformación de sus «efectivos» a las funciones legalmente encomendadas, así como a las recomendaciones internacionales y las pautas establecidas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo. De otro, se obliga a que incluya en su «Plan integrado de Actuación» diferentes «planes específicos», a modo de «objetivos de alcance general», y que son los siguientes, convergentes en gran medida con los fines de la reforma:

- Discriminación salarial entre mujeres y hombres.
- Control de los contratos temporales sin causa e impulso de su transformación en indefinidos.
- Control de la correcta utilización de los contratos formativos y de las prácticas no laborales en las empresas.
- Control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con autorización administrativa.

Es evidente que en este caso la reforma ha querido hacer un guiño a los sindicatos, en la medida en que este tipo de pretensiones son las acordadas en los últimos años en diversas Mesas de Diálogo Social. No obstante, la falta de criterios específicos, tanto en el primer ámbito como en el segundo, de nuevo deja esta cuestión completamente en las manos del Gobierno. Por otro lado, merece una crítica por exceso, en la medida en que se trata de una cuestión organizativa que debería quedar en un espacio bien interno bien de la dinámica de gestión de las CCAA, en el nuevo marco regulador de la ITSS tras los Estatutos de Autonomía, en especial tras el traspaso de la competencia a Cataluña y, se entiende que en breve, a Andalucía. En todo caso, es evidente que la ITSS queda de este modo abierta a un profundo proceso de transformación cuyo resultado final está todavía en el aire.

En el segundo plano, el *procesal laboral*, la disposición adicional decimoquinta anuncia, más bien manda, una nueva reforma laboral, ahora de la LPL, de modo que:

«En el plazo de seis meses el Gobierno aprobará un proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (...) que contemple la atribución al orden jurisdiccional, entre otras cuestiones, *de los recursos contra las resoluciones administrativas de la autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores*».

En esta fiebre reformadora que le ha entrado al Gobierno –y que ha contagiado al Parlamento– ninguna institución laboral, ningún sector de la rama social del Derecho queda inmune –relaciones individuales, relaciones colectivas, relaciones de empleo, relaciones de Seguridad Social, relaciones administrativas...–. Y ahora le ha tocado también a la LPL –la relación procesal del trabajo–. A tal fin, sabido es que se ha presentado ya un Anteproyecto por el Ministerio de Justicia para introducir una profunda reforma en el procedimiento social, a fin tanto de modernizarlo como de clarificar determinadas cuestiones que hoy entorpecen mucho su acción y que genera gran incertidumbre jurídica, como el llamado «peregrinar de jurisdicciones». Pues bien, en ese contexto, la reforma laboral no ha querido desaprovechar el tiempo de cambios y ha introducido una disposición en la que se recupera un mandato ya dado al Gobierno hace más de una década, pero que había quedado «durmiendo el sueño de los justos». A lo que se ve, el Legislador actual se cree con capacidad incluso para «resucitar» hasta «muertos normativos». En este sentido, se recordará que el artículo 3.3 de la LPL ya concede la habilitación legal al Gobierno para incorporar a la misma las modalidades y especialidades procesales correspondientes a pretensiones sobre impugnación de resoluciones administrativas, hoy atribuidas al orden contencioso.

Precisamente en el año 1998 el Legislador quiso abordar de forma global y racional la cuestión del reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales social y el contencioso-administrativo. Pero circunstancias posteriores de diferente signo evitaron el desarrollo previsto, con lo que las previsiones competenciales del orden social recogidas en el citado artículo no fueron objeto de desarrollo. A lo que se ve, ahora sí lo serán. No creo que merezca mucho más comentario esta disposición, que en realidad no nos dice nada para el momento presente, salvo evidenciar con toda nitidez la necesidad de resolver esa dualidad de intervenciones jurisdiccionales para enjuiciar decisiones que responden a una misma causa socio-económica, la gestión del empresario de las crisis que inciden en el empleo, y sólo nos lanza un guante, otro más, para el futuro, como ha hecho respecto de la negociación colectiva, por ejemplo. Pues ya lo recogeremos en su tiempo.

6. EN BUSCA DE MÁS RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS «SUJETOS PROTEGIDOS»: MEDIDAS DE INCREMENTO DEL CONTROL SOCIAL DE DESEMPLEADOS Y BENEFICIARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

6.1. Primero responsabilicemos a los «desempleados» de su situación: medidas en busca de su mayor «compromiso de actividad»

La dialéctica seguridad en el empleo versus flexibilidad de gestión no ha sido el único eje de la reforma laboral. Otro eje importante, conexo pero diferenciado, de la reforma parlamentaria, por tanto no imputable de modo inmediato al Gobierno sino a la representación mayoritaria de soberanía nacional, ha sido el volver en cierto modo la vista hacia los parados, pero no para reforzar su protección, sino para «señalarlos» una vez más como parcialmente responsables de su situación. Aunque es evidente que en el plano formal no es éste el enfoque, sino el de «preocuparse» por dotarles de mayor competencias para la búsqueda activa de empleo, realmente el objetivo perseguido se sitúa en

ese enfoque liberal del desempleo que pone en el ojo del huracán primero la pretendida falta de voluntad real del beneficiario de la protección pública de volver a trabajar, por entender que es mejor mantenerse en esa situación de «subsidiado». Pero, como ya se dijo y volveremos a evidenciar, no son los desempleados los únicos culpables de los problemas de viabilidad financiera del sistema, y también de la pérdida de productividad de las empresas, también lo serían los «enfermos», el gran número de trabajadores que parecen gustar de «darse de baja» y, por tanto, aumentar el absentismo de un modo injustificado e incrementar, de paso, el nutrido coste de esta prestación para los cada vez menos boyantes recursos de la Seguridad Social.

En el primer grupo de sujetos responsabilizados individualmente de sus problemas sociales y, por tanto, urgidos de un mayor control, estarían todas las novedades que se incorporan especialmente al célebre «*compromiso*» del *demandante de empleo con su propia inserción o reinserción laboral*. Los textos reformados del régimen regulador de esta materia tratan, una vez más, de intensificar o hacer más creíble un deber que, en sustancia, no puede ser efectivo nunca si no se ponen los instrumentos o recursos adecuados para ello, que sólo en parte pequeña está en ese compromiso del desempleado. Ciertamente que esta enésima mirada hacia la responsabilidad individual del desempleado, tratando de garantizarla mediante técnicas de control social de su compromiso, era mayor en el texto aprobado por el Senado y algo más diluida en el texto del Congreso. El resultado final en la Ley es una cierta transacción entre una posición y otra, con el resultado de una nueva reescritura de textos que por más que se les quiera expresar ya no dan más de sí, pues, como digo, el problema no está en las letras sino en los medios que se ponen para que esta letra adquiera vida. Y, en este sentido, es evidente que la reforma en sí misma no contiene ni un solo elemento que nos permita confiar en que la reforma de las políticas activas pueda producir este cambio debido.

Sin duda, estos cambios en la redacción de los textos o de sus enunciados –más que en las reglas que de ellos resultan en el proceso aplicativo– suelen «vestirse» de manera diferente e incluirse en alguna de las categorías aquí analizadas. Pero entiendo que bien merecen una referencia aparte por su importancia en el plano de la política jurídica. La misma ambigüedad de la «política del derecho social» que traduce explica también la ambivalencia de su ubicación, de modo que pueda hacerse pasar por una cosa diferente, incluso opuesta, a la que busca.

En este ámbito, se da nueva redacción, incluso nuevo título, al artículo 27 de la LE, que es el que establece el deber del demandante de empleo beneficiario de protección social de suscribir un «compromiso de actividad», a fin de garantizar que participa activamente y, claro está, con toda entrega y «entusiasmo» a la noble misión de recuperar un empleo. Como se sabe, esta exigencia no hace sino repetir la prevista en el artículo 231 de la LGSS, relativo a las «obligaciones» de los beneficiarios de la protección por desempleo, por tanto bien podría considerarse, siguiendo nuestra clasificación, como una novedad o reforma de «coherencia». Lo que ocurre es que resulta tan insulsa normativamente y nos pone de relieve tan claramente qué intención tiene que considero más oportuno incluirla en este bloque.

A mi juicio, detrás de esta novedad, nuevamente inútil jurídicamente, no late sino esa visión disciplinaria e individualista del problema del desempleo, cuando el problema está bien claro que

poco tiene que ver con esta dimensión y más con la capacidad del sistema económico para generar empleo suficiente y del sistema institucional de empleo para dar una oportunidad real de que la persona lo encuentre efectivamente. La regulación se convierte, en definitiva, en circular, pues el artículo 27 de la LE remite formal y materialmente al artículo 231 de la LGSS y éste –en su apartado 1, letra h)– remite formalmente a aquél.

Asimismo, se precisa que la inscripción como demandante de empleo en el servicio público autonómico correspondiente, que es obligatoria en todo caso, abre la vía para que los demandantes de empleo y beneficiarios de la protección social puedan requerir los servicios de las Agencias de Colocación. De este modo, se introduce la posibilidad de que sean los propios demandantes los que soliciten ser atendidos por las Agencias y no depender únicamente de la eventual derivación que hagan al respecto los servicios públicos de empleo. No obstante, asume un carácter potestativo sin que asegure el texto un derecho a ser servido o proveído en su derecho por la acción de la Agencia de Colocación. En todo caso, creo poder ver en esta regla una cierta desconfianza en la orientación de los empleados públicos de tales servicios, pues apunta a consolidar la iniciativa de requerimiento del desempleado más que a fijar pautas claras de derivación por parte de los servicios públicos a esos agentes de empleo privados. Deberán ser los acuerdos de colaboración los que precisen con una nitidez mayor estas cuestiones.

El resto de cambios en la letra del precepto es un cúmulo de machaconas referencias a lo mismo: el desempleado protegido socialmente se debe a su reinserción y, por tanto, debe cumplir (apartado 1) y cumplir (apartado 2) con las obligaciones del compromiso de actividad, y si le queda «algo de tiempo libre» debe igualmente cumplir, según se le recuerda una vez más, con las obligaciones del compromiso de actividad (apartado 4). Asimismo se llama igualmente al reforzamiento de la colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, como gestores de las políticas activas de empleo, y el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), que es el competente para sancionar por los incumplimientos en este ámbito, de modo que la comunicación de aquéllos a éste podrá realizarse de forma electrónica. No creo que haya que recrearse más en este precepto tan largo como ineficaz. Sin duda, cuanto más se alargue más evidencia da de su ineficacia, por lo que el Legislador está reconociendo la inoperatividad del deber que dice asegurar.

De las modificaciones del artículo 231.1 de la LGSS, también reformado ya desde la versión originaria tanto para actualizar como para intensificar este tedioso, abigarrado y reiterativo catálogo de obligaciones, la más destacada es la que reduce sustancialmente el tiempo que llamo de «inmunidad» del trabajador beneficiario de la protección por desempleo frente al eventual incumplimiento del deber de participar en las acciones de mejora de la empleabilidad propuestas. En efecto, en la versión del Gobierno la norma de reforma laboral no se atrevió a reducir ese periodo «gracia», la del Parlamento sí, de modo que los 100 días previstos pasan ahora a tan «sólo» 30 días. En este periodo tal participación deviene sólo voluntaria para los beneficiarios de la modalidad contributiva de protección, por lo que su falta de asunción «no conllevará efectos sancionadores». Aunque estamos ante el reforzamiento de un compromiso específico con su inserción y que tiene un valor adicional a las obligaciones genéricas del beneficiario, la norma aún permite que se acredite una genérica búsqueda activa de empleo durante este periodo.

Una de las cuestiones más problemáticas de esta regulación es el modo mediante el que se puede llegar a la determinación objetiva de que el beneficiario busca empleo de modo activo. El texto ha sido y sigue siendo redundante y oscuro, y lo único que sí queda claro es, como decía, la finalidad, ahora intensificada, de procurar el control más elevado posible de la voluntad del desempleado de querer trabajar. Pero este control puede ir desde la exigencia al beneficiario de la presentación, a requerimiento de la entidad gestora, de los justificantes acreditativos de haberse dirigido a las empresas en búsqueda de empleo –art. 231.1 letra g)–, o puede contentarse con la simple permanencia de su inscripción como demandante de empleo. A falta de mayor concreción legal, que deja en manos de los servicios públicos la aplicación de la norma, dándole una excesiva discrecionalidad, con la pérdida de seguridad jurídica que implica, o la generación de agravios comparativos en el tratamiento a diferentes trabajadores, según la práctica de cada provincia, o incluso Comunidad Autónoma, lo único claro es que esta búsqueda activa de empleo se acredita básicamente a través de la aceptación o no de las ofertas de colocación adecuada que se le presenten.

En consecuencia, más allá de la clarificación de la finalidad de la norma, que no es otra que la de reducir el tiempo de inmunidad y reforzar la potestad de control de la voluntad de querer trabajar, sigue sin estar bien definido el sentido de este precepto. Se trata de una excepción a una obligación legal extremadamente razonable, como es la participación en las acciones de mejora de sus oportunidades de empleo (derecho-deber de empleabilidad), que, por lo tanto, exige interpretación restrictiva.

Por lo tanto, y pese a lo que pudiera pensarse conforme a una interpretación literal del precepto, entiendo que el trabajador beneficiario de la prestación por desempleo no queda exonerado, en ningún momento, del «deber de aceptar» una «oferta adecuada de empleo», tan sólo del «deber de participar» en las acciones de mejora propuestas por los Agentes de Empleo –públicos o privados–. Una interpretación teleológica, sistemática y axiológica del precepto obliga a entender que el beneficiario de la prestación no tiene la potestad de aplazar durante un mes la aplicación ni de su compromiso de actividad ni su deber de aceptar una oferta adecuada.

6.2. ... Y si no fuese suficiente les daremos otra «vuelta de tuerca»: la enésima promesa de vincular políticas activas y pasivas de empleo

Pese a la intensidad de estas previsiones en orden a vincular la protección social a la búsqueda de empleo, el Legislador todavía no está satisfecho, lo que pone de relieve, de modo indirecto, su desconfianza respecto de sus propias reglas. Así, al igual que vimos en relación a las pretendidas mejoras de la regulación, respecto a las cuáles se dio cuenta de las «promesas de mejora» de las políticas y condiciones en materia sociolaboral, también en este ámbito encontramos «medidas-promesa», ahora de mayor control, aunque se utilice el eufemismo de políticas activas «vinculadas» a la prestación por desempleo. En efecto, la disposición adicional sexta compromete, eso sí, «en el momento en que el empleo inicie su recuperación», por lo tanto, en un tiempo incierto, la acción del Gobierno en pro de un más intensa conexión entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por des-

empleo. Una acción que concreta, cómo no, en una ¡nueva reforma laboral!, ahora de la protección por desempleo.

La ya referida voráGINE de reformas no para, pues, y a la apenas consumada, pero no culminada –faltan muchos desarrollos, reglamentarios pero también legislativos (versión española del modelo austriaco de indemnización por despido)–, reforma laboral, se le añade la «reforma de las pensiones» prometida, y no contentos con ello ya se anuncian legislativamente otras muchas, como hemos visto. Y también, claro que sí, la «reforma de la protección por desempleo». Por muchos eufemismos que se utilicen, siempre que se ha hablado de activar las políticas «pasivas» ha significado un reforzamiento de la referida responsabilidad individual de los desempleados en su situación, sin que se concreten convenientemente los dispositivos institucionales a su disposición –itinerarios de inserción profesional– a fin de poder hacerlo del modo más eficaz y eficiente posible. No hay ningún motivo para pensar que el futuro no se escribirá del mismo modo, para pensar que se escribirá peor quizás sí.

En suma, entiendo que sin llegar a proponer fórmulas tan incivilizadas como «retorcerles el brazo», el Legislador propone seguir dando vueltas de tuerca no a los financieros que gestionan pésimamente nuestros recursos sino a los desempleados que parecen beneficiarse indebidamente de la protección y que no parece tampoco se comprometan mucho con el nuevo lema de «trabajar más para ser más productivos, aunque sea ganando menos, o igual nada». Quizás pueda verse en este último análisis un exceso crítico «demagógico». Confío en que no. Sí expresa lo desenfocado de la lógica legislativa que busca siempre ser «fuerte» con el más «débil», convirtiendo sus otrora «leyes de protección» en «leyes de disciplina», en aras de un productivismo y de una eficiencia que, sin embargo, pasa por muchos aspectos de revisión, pero desde luego no por una mayor responsabilidad individual del problema, sino social.

6.3. Vayamos también por los «falsos enfermos», «pagando justos por pecadores»: a vueltas con el control de la IT

Pero no son los únicos sujetos perceptores de «subsidios» a los que se va a «atornillar» todavía más tras la reforma, sino que también lo serán los trabajadores «absentistas» y los beneficiarios de las prestaciones por IT. De ahí, la introducción en el trámite parlamentario, básicamente en el Senado, de todo un cúmulo de reformas orientadas a intensificar el control del absentismo en el ámbito de la empresa, con medidas de diferente signo, unas sancionadoras y otras de fomento o promocionales, y también a reforzar la reducción de tiempos en situación de IT. Ya se advirtió que la excusa u oportunidad para llevar a cabo una vigorización de esta política de control no se situó directamente ni originariamente en el debate de la reforma, sino en la referida búsqueda de vías que permitiera a los poderes públicos combatir situaciones de tanta presión e intimidación como la generada por los controladores aéreos con el recurso a las bajas «individuales pero en masa», esto es, a la acumulación en muy poco tiempo y en el mismo centro –Torre de Control– de un elevado número de bajas laborales que, por su cúmulo, imposibilitan la actividad de prestación del servicio. Por tanto, como ya advirtiera y condenara la Audiencia Nacional al enjuiciar el Decreto Ley que privaba a su convenio

de virtualidad en gran medida, de este modo elusivo se alcanzaban efectos análogos a los de la huelga, pero sin los inconvenientes de ésta, pues ni se avisaba ni se establecían servicios mínimos, ni cabe sustitución en tiempo...

Ahora bien, como es sabido, la nobleza de los fines y la justificación de ciertos casos, no da un «cheque en blanco» al Legislador para hacer lo que quiera. En última instancia, el riesgo es el de siempre, el de que «paguen justos por pecadores».

De cualquier modo, puesto que buena parte de esas medidas tienen una dimensión de flexibilización y de recorte las hemos incluido en ese ámbito, pero ya advertimos de que en gran medida tienen también una clara imbricación con las de este tipo. Para evitar duplicidades he preferido que su inclusión fuese en un mismo ámbito. Ahora bastará con recordar que todas ellas, sobre todo las que tienen un claro cariz disciplinario, como la facilitación del despido por causas objetivas, pero también las que tiene por objeto tanto animar a las Mutuas a presionar e intimidar a todos los beneficiarios a reducir el tiempo de duración de la prestación, cuanto a vigorizar la presencia del INSS en este ámbito, en detrimento de los Servicios Sanitarios, son cada vez más expresión de la incapacidad del Legislador de hallar el modelo de gestión y control más adecuado.

A este respecto, la noble razón del control del gasto, que lleva a someter a continuos cambios el régimen de las Mutuas, que deben dedicar cada vez más recursos a nuevas vueltas de tuerca, no justifica que se haga de la reforma de esta prestación una historia realmente interminable. Sin duda, aquí concurren dos intereses de reducción de costes, los de la patronal y los de los poderes públicos. De ahí que, la lógica dominante en este ámbito no sea sólo la de eficiencia económica sino también la de disciplina y control de los trabajadores y/o beneficiarios.

7. EN BUSCA DE FIABILIDAD DE LAS REGLAS O DE EFICACIA SOCIAL: NOVEDADES RELATIVAS A LA TRANSPARENCIA DE LAS REGLAS

Para terminar este repaso, bajo un criterio singular, a las novedades de la versión parlamentaria de la reforma, dándole un sentido más fácil de comprender que el que evidencia la loca ordenación de la misma y la oscuridad generada sobre ella por la intensidad del debate ideológico, hay un último grupo de cambios legislativos que bien pueden agruparse bajo este intitulado: *Reformas de mejora de la transparencia en la gestión de las nuevas reglas normativas* –legales y, en breve, reglamentarias–. En una apretada síntesis, entiendo por tales aquellas que persiguen básicamente facilitar el conocimiento de las nuevas reglas así como, sobre todo, la información sobre ellas, por parte de los diferentes actores del sistema, a fin de facilitar su eficacia social y, en su caso, las nuevas reformas a introducir si se concluyera de ese conocimiento que no se ajusta lo buscado o perseguido con lo logrado. Dado el carácter instrumental que se da a este tipo de reformas, a menudo encontraremos en ellas otros fines adicionales, como pueden ser el de mejora de situaciones jurídicas, el de refuerzo de la seguridad e incluso, en algunos casos, la consecución de objetivos de política autonómica.

De nuevo comenzando por la primera institución jurídico-laboral afectada por esta reforma, la contratación temporal directa, dentro de este grupo cabe incluir las que se dirigen a dar una mayor seguridad sobre los nuevos derechos atribuidos al trabajador, a través de la fijación a cargo del empleador, y de los servicios públicos, de *deberes documentales que acrediten fehacientemente las situaciones adquiridas*, en especial la de fijeza. En este sentido, el artículo 15.9 del ET atribuye al empleador, tanto en el caso del transcurso de los límites temporales previstos para el contrato por obra o servicio determinado –art. 15. 1 a) ET– cuanto en el de superación de los previstos para la situación de encadenamiento de contratos temporales – art. 15.5 ET–, el deber de dar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa. En relación a la formulación de este deber no hay novedad en el redactado dado por la Ley, manteniendo la previsión del RDL. No obstante, sí contiene novedad el texto, a través de la incorporación de un inciso final a este apartado y que ya tuve la oportunidad de referir.

Se trata del reconocimiento al trabajador del derecho a solicitar, por escrito, no del empleador sino de los Servicios Públicos de Empleo, un certificado de los contratos temporales celebrados, a los efectos de acreditar su condición de fijo. El Servicio Público de Empleo está obligado a expedirlo y a ponerlo en conocimiento al mismo tiempo de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios. En todo caso, es evidente que se trata de deberes documentales y de comunicación que redundan en la mejora de la transparencia de las situaciones contractuales existentes y, por tanto, refuerzan la seguridad jurídica, pero en ningún momento pueden determinar la consolidación del derecho del trabajador a la cualidad de fijo en la empresa.

Esta regla de salvaguarda de la condición de fijo al margen de la situación formal o documental quedaba mucho más clara en el texto propuesto en un primer momento por el Congreso, pues lo hacía constar expresamente. Además ese texto, que fue eliminado por la posición más liberal del Senado y que luego no se reintrodujo por el Congreso, reforzaba significativamente estos deberes de transparencia al exigir que el empleador diera traslado de la nueva situación de fijeza del trabajador tanto a los representantes legales, a través del envío de «una copia» para ellos, cuanto a los Servicios Públicos de Empleo, a través de una «comunicación» específica de la misma. Como puede verse, la nueva redacción ha aligerado significativamente las cargas de comunicación escrita para el empleador y la ha situado, si bien respecto de la «vida contractual temporal» precedente, a cargo de los Servicios Públicos de Empleo.

A partir de este momento, la Ley irá reforzando los deberes de comunicación puestos a cargo del empleador, respecto del trabajador y también respecto de las Administraciones Públicas con las que se relaciona en su gestión de decisiones con incidencia en el empleo. En esta dirección, destaca el *deber de comunicación empresarial a la autoridad laboral del resultado del proceso de consultas* con los representantes legales de los trabajadores, en especial, aquí está la novedad, «el contenido definitivo de las medidas o del plan social» –art. 51.4 ET–.

En este mismo bloque de novedades, y ahora respecto de una institución que ha sido objeto de importantes reformas y que bien exige una especial atención desde el plano de la transparencia de su funcionamiento, para evitar abusos y desviaciones, debemos situar un amplio elenco de cambios

relativos a las *Agencias de Colocación*. La primera destacable aparece en el artículo 21, bis, 2 de la LE, que ha pretendido clarificar la remisión reglamentaria, aclarando quién autoriza las Agencias de Colocación según el ámbito territorial de actuación.

Siguiendo en este ámbito de las Agencias de Colocación cabe situar también las precisiones contenidas en el apartado 3 del referido precepto. El nuevo tenor de éste, que por supuesto no cambia el contenido de la regulación anterior, contiene tres precisiones respecto a la regulación reglamentaria de un sistema integrado de información entre los agentes públicos sobre las agencias privadas de colocación. A saber:

- Lo será de un «sistema telemático común».
- Recíproca, esto es, no sólo aportada por los «Servicios» de las CCAA sino por el SPEE, pues en la anterior redacción sólo se mencionaba a aquéllas, no a ésta.
- Territorialidad, pues se concreta que ha de tratarse del conocimiento «en todo momento» de las Agencias que operan en su territorio.

De este mismo signo, es el nuevo inciso que hallamos en el también nuevo párrafo segundo del apartado 5 del artículo 21. bis de la LE. En este texto añadido por la Ley 35/2010 se concreta algo el contenido del convenio de colaboración, exigiendo que *regule los mecanismos de comunicación por parte de las agencias de colocación de los incumplimientos* de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo previstas en el artículo 231.1 de la LGSS. Como es natural, esta previsión no atribuye a las Agencias de Colocación ninguna potestad de intervención para corregir esos incumplimientos.

De ahí que se haya precisado que tal comunicación se realizará sólo «a los efectos de la adopción por parte de los servicios públicos de empleo de las medidas que, en su caso, procedan». En este sentido, cabe recordar que son ellos los que asumen la potestad de control, vigilancia y, en su caso, sanción de los eventuales incumplimientos (potestad de policía).

Cabe ubicar en este grupo la *exigencia de un catálogo de indicadores que den cuenta de la eficacia de las Agencias Privadas de Colocación*. En este sentido, conforme a lo previsto en la disposición final tercera, punto 3, párrafo segundo, al Gobierno incumbe la tarea, previa consulta con los interlocutores sociales y las CCAA, de fijar tales indicadores. Éstos deberán ser evaluados cada dos años a efectos de los convenios de colaboración entre Agencias y Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas. Es evidente que con esta exigencia se trata de evitar, o al menos corregir o paliar, la situación actualmente existente, en la que queda constatada la ineficacia de los servicios públicos para la intermediación, por cuanto no está presente más que en un muy pobre 15% de las actuaciones de este tipo en el mercado, y la ausencia de conocimiento preciso en torno a la eficacia a tales fines de las Agencias.

En este bloque de reformas que llamo de transparencia también hallo algunas de ellas que pertenecen al que antes calificué del «género inútil» –por superfluas o poco innovadoras–, si bien otras

pueden tener una carga muy importante en el plano de la política del derecho, sobre todo en el reforzamiento, *made in* Senado, del papel de las CCAA en las políticas de empleo. De este modo, pueden tener un efecto político e institucional en tal sentido relevante, con lo que enlazaría con una línea que acaba de tener su culminación con el acuerdo de transferencia de las políticas activas de empleo al País Vasco –única Comunidad que quedaba sin gestionarlas, por razones de índole política y no técnica–. Sin embargo, no todo lo que «suena» a esta música de favor autonómico supone realmente novedad alguna, como sucede con la adición de un nuevo apartado 3 al artículo 23 de la LE, conforme al cual se clarifica que:

«Los recursos económicos destinados a las políticas activas de empleo serán gestionados por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas para el cumplimiento de los objetivos fijados en el artículo 25, desarrollando para ello los programas y actuaciones que consideren necesarios.

Las medidas y ayudas contempladas en los programas y actuaciones podrán ser gestionados mediante la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa, suscripción de convenios, gestión directa o cualquier otra forma jurídica ajustada a Derecho».

Es evidente que con ello se busca, de un lado, reforzar los servicios públicos de empleo autonómicos, atribuyéndoles legalmente la competencia para gestionar los recursos de política activa de empleo, lo que asegura que sean estas estructuras y no otras las que lo hagan, de otro pretende abrir la vía a las formas de gestión. Ahora bien, en el primer caso no se hace sino reconocer lo que ya sucede en las CCAA que tienen estos servicios –todos ya–, si bien puede significar un reforzamiento de su autonomía de gestión respecto del resto de la Administración Autonómica en esta materia, y en el segundo no supone sino remitir al ordenamiento actualmente vigente, pues es evidente que no se abre ninguna vía nueva. Por lo que toda subvención, contratación o forma indirecta de gestión deberá ampararse en «Derecho». En fin, no creo que merezca mucho más comentario, pese al esfuerzo de los partidos nacionalistas por introducir cláusulas de este tipo que evidencien el radical protagonismo del Autogobierno en esta materia y en su pretensión de vaciar de toda actuación que no sea la de financiación a la Administración General del Estado y su SPEE.

En cambio, más contenido innovador tiene, en este marco de promoción, o incluso de aseguramiento, de un papel protagonista del autogobierno, la novedad del artículo 28.1 de la LE, cuyo segundo párrafo establece que en los Convenios de Colaboración entre el SPEE y los Servicios Autonómicos:

«... se podrán establecer las condiciones de utilización de las cantidades no ejecutadas en la financiación de gastos de las distintas prestaciones por desempleo, para financiar programas de fomento del empleo y de formación profesional para el empleo, siempre que la disminución de los gastos inicialmente previstos se deba al efectivo cumplimiento por las Administraciones Públicas competentes de las funciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo anterior».

Como puede verse, esto supone ampliar la financiación autonómica en esta materia, sin que por ello quiebre la célebre «Caja única» de la Seguridad Social. Ahora bien, es más que evidente que se rodea de condiciones significativas esta suerte de refinanciación:

- Tiene que haber una situación de balance positivo, lo que en el actual momento de crisis no sucede.
- Tiene que mejorar la eficacia de inserción de los servicios públicos, por lo que se establece un principio de competencia entre los Servicios. Así, quien amplíe su tasa de inserción ocupacional reducirá los gastos de protección social, por lo que este ahorro se reconducirá a financiar nuevos programas de empleo.

En esta línea, que refleja el difícil juego de poder político existente y que explica una parte de los cambios que se ha visto obligado a aceptar el Gobierno, ha de tenerse en cuenta también la nueva disposición adicional sexta de la LE, relativa a la «Distribución competencial en las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social». Las reglas establecidas en la misma, y que de nuevo van en la dirección de hacer partícipes a las CCAA de los recursos de Seguridad Social, tal y como ha sucedido con el Acuerdo de Transferencia con el País Vasco, son:

- a) A la Administración General del Estado compete, bien a través del SPEE, a su vez Entidad Gestora de la Seguridad Social, bien a través de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas *con convenio en esta materia*, realizar las «actividades de evaluación, seguimiento y control de las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que se aplican a las empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma». Naturalmente, esta competencia de evaluación de iniciativas «pluriterritoriales» se entiende diferenciada de la competencia de la que a los mismos fines pueden asumir los Servicios Autonómicos en los centros de trabajo en su ámbito territorial.
- b) Las CCAA realizarán dichas actividades de evaluación cuando la empresa tenga todos los centros de trabajo en el ámbito de la misma Comunidad, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado en cuanto al régimen económico de la Seguridad Social.
- c) El SPEE *ingresará a los servicios competentes de las CCAA el valor de las bonificaciones no aplicadas a causa de las sanciones* impuestas por infracciones en las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en concepto de formación de demanda, que se destinarán a las políticas activas de formación para el empleo.

Sin duda, como regla de mejora de la transparencia –y eficacia– del sistema ha de tenerse, pese a su escasa significación normativa y práctica, la disposición adicional novena. Esta disposición refiere a la necesidad de llevar a cabo un Informe Anual de Evaluación de las bonificaciones a la contratación.

Conforme a esta previsión se obliga al Gobierno a presentar al Congreso de los Diputados un Informe Anual de Evaluación y seguimiento económico de las bonificaciones a la contratación con el propósito de conocer la efectividad de la medida, a fin de poder disponer de la información necesaria para luego adaptar o ajustar en todo momento las políticas activas a la realidad del mercado de trabajo. Decimos que es poco significativa en lo normativo porque en realidad el deber o la obligación

ya existe, tanto en un plano general como en el plano concreto de la medida de incentivo basada en las bonificaciones. Así, la disposición adicional tercera de la Ley 27/2009, daba un mandato al Gobierno para elaborar un Informe y remitirlo al Congreso a fin de ofrecer datos sobre los resultados de las bonificaciones, lo que ya se llevó a cabo. Con carácter más general, la disposición adicional décima de esa misma Ley, relativa a la regulación de las políticas activas de empleo, daba el mandato al Gobierno de evaluar tales políticas y formular propuestas para «incrementar su eficiencia, promoviendo una mayor adecuación a las necesidades concretas de las Comunidades Autónomas y una mayor coordinación interadministrativa». Y confirmo que es también una previsión poco práctica, porque ha servido de bien poco hasta el momento, a tenor del sustancial inmovilismo que existe en esta materia, como ilustra la propia reforma de 2010.

En todo caso, se refuerza una línea de acción que tiene como eje transversal la búsqueda de transparencia de las medidas de política pública, y del funcionamiento de los mercados. Este objetivo ya estaba en la versión gubernamental de la reforma, que contempla la evaluación de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas –actual disposición adicional duodécima–, así como en relación a la siniestralidad de los trabajadores cedidos por las ETT –actual disp. adic. decimotercera, que, de nuevo confirmando el baile legislativo, era la anterior disposición final sexta–¹².

El problema es que tanta insistencia en esta necesidad quizás evidencie lo que no se hace y, en consecuencia, una vez más estemos en una clara contradicción que no me privo de resumir conforme a ese viejo refrán español: «dime de lo que presumes, y te diré de lo que careces».

8. REFLEXIÓN FINAL: EL VÉRTIGO DE UNA REFORMA HECHA SEGÚN LA TÉCNICA DE LAS «MUÑECAS RUSAS»

Suele decirse que tras la tormenta viene la calma. La reforma laboral ha generado una gran tormenta social, culminada con una Huelga General, de resultado tan incierto como la reforma misma. Sin embargo, cuando contemplo esta reforma laboral en su dimensión normativa no puedo dejar de acordarme de aquella canción «La Tormenta», del disco La Mandrágora –letra de G. Brasens y música de J. Sabina–, coetáneo a la aprobación del ET –nada tiene que ver una cosa con otra, salvo la cronológica, pero me parece sugerente evocarlos a ambos–, que concluía:

*«Ojalá mi canción llegue al Sahara aquél
a decirle que yo le seré siempre fiel
que la llevo dentro del alma
que aunque sople el Simún
con seca realidad un día nos va a reunir una gran tempestad
tras la que no vendrá la calma.»*

¹² La idea de la evaluación de las medidas a introducir aparece ya como una suerte de «cláusula de estilo» de todas las Leyes, hasta el punto de poner de manifiesto más una moda que una convicción real. Es el caso de la disposición final tercera de la Ley 27/2009, que obliga a una evaluación de todas las medidas establecidas en la Ley.

Si se sustituye el «sujeto querido» por el Derecho Social del Trabajo clásico y la tempestad por las reformas continuas creo que la reforma de 2010 no nos permitirá alcanzar la calma. Y no tanto porque, como dicen sus críticos más radicales, no sin alguna razón de peso, con ella se desarme o desmantele el modelo constitucional de protección del trabajo, que por otro lado ya viene siendo quebrado a lo largo y ancho de las reformas que en nuestro mercado de trabajo han sido desde 1984, sino porque nunca se produjo una reforma tan abierta, que contuviera en ella la remisión a un sin fin de otras y profundas reformas normativas. De la lectura de la Ley 35/2010, todavía más que del RDL, es imposible no evocar el «juego de las cajas chinas», de manera que cada una de las abiertas parece quedar vacía si no acudes a la siguiente, y así sucesivamente, para luego descubrir que no hay nada más que ese juego de escalas, de apertura de cajas y cajas, esto es, de remisiones de una reforma a otra, pero sin que al final encontremos el objetivo que buscamos ansiadamente: bastante más empleo, de mejor calidad y en el contexto de un modelo productivo competitivo.

O quizás pueda representarse mejor este juego de remisiones, tanto a desarrollos posteriores como a nuevas reformas, como un auténtico «juego de muñecas rusas», en el que cada reforma contiene otra en su interior, cada una repitiendo realmente, al menos en gran medida, los mismos patrones. En consecuencia, tanto la regulación como la aplicación de la reforma quedan completamente abiertas a la acción de otras reformas y del entero sistema de fuentes, sin una indicación suficientemente precisa, cuando la pretensión era, se decía, simplificar la ordenación e introducir confianza.

En suma, y al margen de la opinión de fondo que se tenga sobre su contenido, para cuya consecución en este estudio hemos pretendido dar argumentos que permitan salir de la imagen dicotómica y simplificada que hoy domina el escenario –la reforma es inútil e injusta, para unos; la reforma es útil y necesaria, para otros–, no hay ninguna duda de que se trata de una reforma extremadamente incierta porque, lejos de aportar claridad, confunde y deja la solución de los problemas a otras reformas, a otros sujetos. El problema más serio es, entonces, que ni estos otros sujetos están confiados en las bondades de lo que se les atribuye ni tampoco están muy por la labor de alcanzar los acuerdos que precisan. No obstante, es evidente que no cabe, tras el día después del 29-S, negociar. A unos y otros les interesa, les va su supervivencia en ello –también a la patronal–, si bien cada uno deja mostrar «sus poderes» a fin de elevar el precio de lo que van a pedir en la Mesa. Y es evidente que todo conduce a que, tranquilamente sentados aguardando que la presa se fatigue, luchen internamente y desfallezcan tras sus internos combates, la patronal irá ampliando su poder.

En tanto, el famoso «cambio de modelo productivo» espera a vientos bastante más favorables. Y, sin embargo, esta compleja cuestión debería ser el centro del análisis, tanto de economistas como de juristas, de poderes públicos y de interlocutores sociales. Dígase lo que se diga, toda reforma laboral que no apueste por la estrategia de la calidad y, en cambio, siga obsesivamente centrada en la de siempre, en la de reducción de costes «a toda costa», nunca podrá conseguir sus objetivos, ni los económicos ni mucho menos los sociales. El extremado «estrés legislativo»¹³, que ya amenaza no sólo con ser post-traumático sino crónico, que contiene esta reforma, bien exigiría una «evaluación

¹³ La expresión, muy feliz para mí, no es mía, sino de mi colega Pilar RIVAS VALLEJO, profesora titular de la Universidad de Barcelona, a la que agradezco que me la dejara prestada. No es frecuente en nuestra Comunidad «científica» tal generosidad, por lo que lo valoro doblemente.

de riesgos» mucho más seria y profunda, porque está en juego no sólo la estabilidad y el equilibrio de nuestro Ordenamiento Laboral, sino la misma «solvencia» de nuestros poderes políticos, tanto los sujetos públicos –Gobierno, Parlamento, Oposición–, como los sociales –interlocutores sociales–, para ofrecer las respuestas que nuestro mercado de trabajo, y nuestro sistema económico, y nuestra Sociedad en general, precisan. Seguro que hay margen todavía, teniendo en cuenta las muchas reformas prometidas para el futuro inmediato, de hacer la reflexión que se necesita y reorientar este rumbo, ahora claramente caótico.