

JORNADAS SOBRE LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

Por CARMEN CARRERO Y HENAR MERINO *

Los pasados 27 y 28 de abril se celebraron en la Universidad Carlos III de Madrid las I Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo. Debido a las reformas laborales que en estos momentos se están produciendo en nuestra normativa, se eligió como tema central de las mismas el de la «La Reforma del Mercado de Trabajo» por la trascendencia que va a tener en las relaciones individuales y colectivas del trabajo.

El acto de apertura de las Jornadas estuvo a cargo del Excmo. Sr. Rector D. Gregorio Peces-Barba. Seguidamente, tomó la palabra el Sr. Marcos Peña, actual Secretario de Estado para el Empleo, quien en el inicio de su intervención explicó la filosofía inspiradora de la reforma, así como las razones aducidas por el Gobierno en justificación de la misma.

Así, el representante del Gobierno señaló que la razón de la reforma es el tema del paro, circunstancia ésta que pone en peligro la identidad social, sobre todo si el problema más acuciante es el desempleo de jóvenes de edades comprendidas entre los 16 y 25 años. Entiende el legislador que el objetivo primordial es que trabajen mayor número de ciudadanos, con mejor formación y en las condiciones más favorables posibles. Se afirma que para lograr dicho objetivo se debe actuar en dos frentes: en el momento de la colocación y en el de la ocupación. Con respecto al primero se opta por acabar con el monopolio del INEM por no ser un organismo eficaz y, por otro lado, se potencia el abaratamiento de los costes laborales que el empresario debe asumir, sobre todo, mediante subvenciones del Estado para que el empleador contrate a más trabajadores incluidos en los colectivos problemáticos dentro del mercado de trabajo.

En opinión del Secretario de Estado las relaciones laborales deben ceder ante el objetivo de la creación de empleo, y la tutela no debe centrarse tanto en el trabajador sino en el trabajo. Así mismo, entiende que esto puede conseguirse de forma eficaz mediante la flexibilización de las relaciones laborales; la entrada de las Agencias de colocación no lucrativas (si bien las retribuidas no deberían descartarse puesto que no vulneran la legislación internacional vigente); las Empresas de Trabajo Temporal y un claro reforzamiento de la negociación colectiva.

Finalizada la intervención del Sr. Marcos Peña, se dió paso seguidamente a la exposición de las distintas ponencias dirigidas a analizar, debatir y valorar la reforma. Con el fin de abordar las modificaciones legislativas, las intervenciones se realizaron por bloques temáticos que plasmaron la diversidad de posiciones y valoraciones doctrinales.

* Profesoras de Derecho del Trabajo de la Universidad Carlos III de Madrid.

El primer bloque temático, a cargo de los profesores M^a Emilia Casas Baamonde y Antonio Baylos Grau, se centró en las reformas producidas en materia de ingreso al trabajo y colocación (ponencia realizada por la Prof. Casas) y a las nuevas modalidades contractuales (ponencia del Prof. Baylos). Un segundo bloque de análisis fue el realizado por los profesores Tomás Sala y Manuel Ramón Alarcón dedicado a las condiciones de trabajo y su modificación. El tercer bloque se dedicó a la reforma del régimen jurídico del despido, estudio llevado a cabo por los profesores Montoya Melgar y Luis Enrique de la Villa. Una vez analizadas todas las reformas relativas a las relaciones individuales de trabajo se pasó al análisis de las modificaciones en el ámbito de las relaciones colectivas. Los profesores González Ortega y Valdés Dal-Re se encargaron del estudio de las modificaciones en materia de negociación colectiva.

Finalizadas las diversas ponencias se celebró una mesa redonda donde se debatieron los problemas aplicativos de la reforma laboral. En ella participaron tanto representantes de las Organizaciones Sindicales más importantes, Enrique Lillo y Rafael Nogales, (CCOO y UGT respectivamente), como un representante del Ministerio de Trabajo (González de Lena), y por último un representante de la CEOE (Manzano Sanz). Las Jornadas fueron clausuradas por el Excmo. Sr. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente del Tribunal Constitucional.

Una vez relatados de manera cronológica todos los actos y personas que participaron en la Jornadas se pasará a exponer los puntos más importantes y conflictivos que en cada una de las ponencias se destacaron.

La primera ponencia, realizada por la prof. Casas, se inició con el estudio de las reformas más significativas que afectan al proceso de colocación. Así, se destaca como modificación más importante la ruptura del monopolio público de colocación hasta estos momentos en manos del INEM, como consecuencia de la legalización de otros agentes intermediarios (regulados en el Real Decreto-Ley 18/93 de 3 de diciembre).

Así, se constata que dicho Decreto en su art. 1 posibilita la entrada de las Agencias de Colocación que no persigan ánimo de lucro, aunque como apuntó la ponente, ratificando lo que el Sr. Marcos Peña ya había anunciado en su intervención de apertura, no habría problema en la futura legalización de las Agencias de colocación lucrativas. Sin embargo, el problema que surgiría es si legalizadas este tipo de Agencias, España estaría incumpliendo los Convenios 96 y 34 de la OIT. No parece ser esta la opinión de la profesora Casas para quien el Convenio 96 sólo exige una reglamentación más severa con respecto a las Agencias lucrativas. Y en cualquier caso, si se pensara que el Convenio 96 prohíbe dichas agencias entonces debería denunciarse, como así lo han hecho otros países de nuestro entorno, vgr. Alemania.

A continuación, fueron puestos de relieve los cambios más trascendentes que el Real Decreto 18/93 va a producir. Así, entre otros, la supresión del monopolio público de colocación, tanto desde un punto de vista funcional como orgánico, al dejar entrar en el mercado de colocación a otros Entes intermediarios.

a través del INEM, y su sustitución por otra obligación alternativa cual es la de registrar o comunicar las contrataciones al Servicio público de empleo. Con dicha obligación se pretende que el Estado conozca el funcionamiento del mercado y pueda controlar el trabajo clandestino.

El análisis de la reforma prosiguió con el estudio de las Agencias de Colocación y las Empresas de Trabajo Temporal, difíciles de distinguir y que pueden plantear problemas, ya que éstas últimas, aunque no deberían desempeñar funciones de colocación, la realidad se presenta distinta. La colocación sigue siendo un interés público, pero ahora se tutela con una intervención de menor intensidad a través de la autorización previa para la creación y reconocimiento de la actividad de la Agencia de colocación y de la Empresa de Trabajo temporal. De este modo, el INEM se convierte en la llave del mercado de colocación porque será el Organismo a quien la Norma faculta para conceder dicha autorización. El cambio que con la legalización de las Agencias de colocación se persigue es que se de entrada a la iniciativa privada junto a la iniciativa pública descentralizada. Sin embargo, con respecto a las Empresas de Trabajo Temporal parece producirse el efecto contrario, ya que la iniciativa sólo puede ser privada y no se permite competir en la colocación o en la cesión de trabajadores a la Administración Pública.

En consecuencia con lo anterior, el INEM realiza un control formal, ya que no se ha suprimido la obligación de inscripción de la prórrogas de los contratos, si bien esto no queda claro ya que dicha obligación sólo se mantiene para los contratos formativos pero no para los de «a tiempo parcial». Aunque no hay obligación de contratar con el INEM se le debe comunicar la extinción de los contratos. Tampoco se ha suprimido la obligación del trabajador de inscribirse como desempleado en el Servicio Público de Empleo.

La profesora Casas destacó, también, la existencia de una doble técnica que parece utilizarse por el legislador en el art. 1.2 del Real Decreto 18/93. Por un lado, existe una técnica prohibitiva, las Agencias de Colocación lucrativas están prohibidas. Dicha prohibición con carácter absoluto, según el Convenio 96 de la OIT para ciertos colectivos, como el de los Trabajadores de Espectáculos y el de los Altos Directivos. Por otro lado, utiliza una técnica autorizatoria, las Agencias no lucrativas, transcribiendo el convenio internacional, necesitan de autorización previa para poder existir. Para la ponente la autorización es constitutiva, no hay Agencia de colocación ni actividad sin autorización. Además, el convenio tendrá que ser posterior a la autorización, ya que de lo contrario la Agencia no existiría sino que se debería celebrar con una empresa promotora que careciera de ánimo de lucro. Todo ello puede implicar una discrecionalidad y un intervencionismo público muy fuerte. En cualquier caso, se pretende garantizar el principio de igualdad en el acceso a la autorización y al empleo.

Sin embargo, señala la prof. Casas que el legislador no ha elegido la vía legal para desarrollar este tipo de entes intermediarios, como si lo hace con las Empresas de Trabajo Temporal. Así, se ha optado por la vía reglamentaria junto con la aplicación de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo.

legalizar la actividad de cesión, se deroga el 43 del ET y se prefiere la vía legal para su desarrollo. El único problema como ya se ha señalado y en espera de la aprobación de la ley, es su distinción con las Agencias de colocación.

Por último y en relación al fomento del empleo, indica la ponente, que cuando se manejan fondos públicos para políticas de fomento de empleo, éstas sólo pueden hacerse a través de servicios públicos mediante bonificaciones o subvenciones a la Seguridad Social. Sería positivo que los programas de fomento del empleo se realizaran a través del servicio público de empleo, ejerciendo esta competencia en régimen de monopolio. Para la profesora Casas la emmienda del Senado que establece el monopolio del INEM para las contrataciones de colectivos incentivados es modélica.

Una vez finalizado el análisis de las modificaciones en la colocación, se inició por parte del profesor Baylos el estudio de los aspectos más importantes de la reforma con respecto a «las modalidades de contratación».

El ponente manifestó que con esta reforma se altera todo el entramado institucional del Derecho del Trabajo. El proceso de reforma no ha tenido la legitimación social necesaria ni ha dado entrada a la política sindical. Si bien, como apuntó el prof. Baylos, parecía que la reforma iba encaminada a reforzar la contratación causal, sin embargo se continua avalando el contrato de fomento del empleo, es decir, la contratación sin causa. A esto hay que añadir la flexibilización del despido colectivo. En conclusión, esta situación lo que va a suponer es una mayor precarización y una mayor flexibilización en la salida del empleo.

El análisis de los contratos formativos comenzó con el estudio del contrato en prácticas. En opinión del ponente, con la reordenación que se ha producido en este tipo de contratación se precisa y se refuerza la causa formativa de este contrato. Se prima la formación y no el Fomento del Empleo, y el contrato queda normalizado en el orden productivo de la empresa porque el salario y su posible mejora se deja a la negociación colectiva, además de no dejar desprotegidos socialmente a este tipo de trabajadores.

Sin embargo, no sucede lo mismo con los contratos de aprendizaje, en los cuales se difumina el carácter formativo. Dichos contratos van dirigidos a colocar a una parte de la población -jóvenes no cualificados- mediante su inserción en el proceso productivo. Las consecuencias que se van a producir son la reducción de los tiempos de formación, salarios establecidos mediante un porcentaje del SMI y un abaratamiento de los costes a cargo de la cobertura social de los trabajadores. Efectivamente, existe una desprotección con respecto a las prestaciones de la Seguridad Social.

Respecto a los contratos a tiempo parcial, se produce una revalorización de los mismos buscando la entrada de mano de obra femenina en el mercado. No hay topes concretos a la jornada sino que sólo se establece que debe ser inferior a la habitual. El problema fundamental se centra, por un lado, en la diferenciación del trabajo a tiempo parcial y la reducción de jornada, y por otro lado, en la distinción con los contratos de los trabajadores fijos discontinuos.

El tema decisivo son las reglas de cotización y el Trabajo marginal. En relación al primero, ya no se va a computar como día cotizado el día trabajado.

de este modo quedan fuera una franja de trabajadores a los que se reducen las prestaciones de Seguridad Social, sobre todo la de la contingencia de ILT. Con respecto a lo segundo, en los trabajos marginales (12 horas semanales o mensuales), sólo se protegen las contingencias de accidente de trabajo, enfermedad profesional, FOGASA, asistencia sanitaria y maternidad, con lo que cumple una función de desprotección social. Es una excepción a mayores al sistema especial de Seguridad social. Además, el elemento de la voluntariedad en este tipo de contratos es muy difícil de medir con lo que se podría producir una discriminación indirecta de estos trabajadores/as.

En el contrato de fomento del empleo, sigue vigente el RD 1989/84. Se basa en la aminorización de los costes de Seguridad Social que es la principal fuente de contratación para ciertos colectivos. En conclusión, se da una nueva configuración al art. 15 del ET. Con la reforma se suprime la preferencia por el contrato indefinido ya que equivale a desincentivar el empleo, y no hay una reordenación de las figuras clásicas de contratos temporales, baste citar que se mantiene el contrato de lanzamiento de nueva actividad.

La valoración, como señala el prof. Baylos, es «negativa, de molestia, de saber cómo las cosas se pueden hacer tan mal normativamente. La consecuencia es una ampliación del concepto de precarización, de segmentación de la fuerza de trabajo y de pérdida de la tutela de los trabajadores. Todo ello justificado por la necesidad de creación de empleo, reactivación de la economía etc...». Por ello concluye el ponente afirmando que «si el futuro es ese, ese futuro lo tenemos en nuestras espaldas».

El segundo bloque de ponencias aborda «las condiciones de trabajo y su modificación». El profesor Tomás Sala inició su ponencia señalando que el problema radica en apostar o no por la rigidez o flexibilidad en el funcionamiento interno de la empresa. En opinión del ponente la flexibilidad interna se debe traducir en una mayor libertad de la gestión empresarial en relación a las condiciones de trabajo. Sin embargo, es en los límites y el control donde hay que poner el acento de aquélla. El competente para realizar dichos controles puede ser tanto la Administración laboral como la autoridad judicial. En cualquier caso el control más efectivo lo realizan los representantes de los trabajadores en la empresa y sobre todo, a través de la negociación colectiva. Por ello, debería haberse mantenido los art. 39 y 41 del ET aunque se les hubiera conferido un carácter dispositivo con respecto a la negociación colectiva.

El primer aspecto analizado es el de los temas salariales. En relación a éstas las modificaciones son escasas y poco profundas. La reforma deroga el Decreto de Ordenación Salarial y la Orden Ministerial de Ordenación del Salario. Sin embargo, el nuevo art. 26 del ET mantiene la estructura salarial tal y como contenía en las normas de 1973. Las modificaciones que se producen solamente intentan adecuar nuestra legislación a las Directivas Comunitarias en la materia y que las revisiones sobre el concepto de recibo del salario son irrelevantes.

Seguidamente, se analizó el tiempo de trabajo donde se centran las modificaciones más importantes. Se posibilita que por convenio o pacto de empresa se pueda bajar las 8 horas de jornada habitual siempre que se respeten las de

horas de descanso entre jornada y jornada. En este caso, la reforma no hace nada más que regular lo que de hecho se aceptaba. No obstante, es necesario que se respeten la jornada de ocho horas en el caso de los trabajadores menores de 18 años.

Con respecto a las horas extraordinarias se opta por la compensación de descanso, si bien es una opción que deja al convenio colectivo. Lo que se pretende es no primar la hora extraordinaria teniendo en cuenta que en la realidad el trabajador no tiene libertad para realizarla o no.

Se suprime el incremento salarial para el trabajo nocturno, se remite su posible regulación al convenio colectivo pero si éste no dice nada se retribuye lo mismo que si fuera trabajo diurno. Se deja que el descanso semanal de día y medio pueda pasar a tres días de cada quince. Sin embargo, se debería dejar al convenio colectivo dicha opción.

La clasificación profesional también ha sufrido cambios. Se puede pactar por convenio colectivo la clasificación profesional basada bien en grupos profesionales, «ex art. 39», o bien un sistema clasificatorio basado en categorías profesionales.

El ponente destaca el nuevo art. 16 del ET donde se habla de categorías, grupos o niveles retributivos a efectos de equiparar la prestación objeto del contrato. Sin embargo, los tres conceptos no pueden ser alternativos pues son distintos. Lo cierto es que se está reconociendo la realidad de aquellas empresas que establecen el salario al margen de la categoría o grupo profesional correspondiente, determinándolo en función del nivel retributivo que corresponda al puesto de trabajo que se realice y dependiendo de su complejidad, del grado de conocimiento que se requiere, etc.

Otro de los problemas es analizar por qué la ley dice que los sistemas clasificatorios serán los que se establezcan en convenio colectivo o los que sean de aplicación en la empresa. Parece que la norma prevé la posibilidad de que existan convenios que no contengan sistemas clasificatorios. Realmente esto choca con la Disposición Transitoria 2ª del ET. En ella se establece que a falta de convenio se estará a lo que determine un laudo arbitral, y en su defecto a lo que disponga una ordenanza de necesidad. Por lo tanto, se califica de ridícula esta previsión porque siempre habrá un sistema clasificatorio establecido. Por ello, a lo que se está refiriendo, según el ponente, es a otros pactos colectivos entre representantes de los trabajadores y el empresario sobre clasificación en defecto de convenio. No obstante, también es discutible ya que por esta vía se están equiparando estos pactos de empresa a convenios colectivos.

En relación a la movilidad funcional, si antes el límite era el grupo ahora se admite, aunque excepcionalmente, la movilidad funcional ascendente más allá del grupo profesional superior o categoría profesional superior. También se admite la movilidad funcional descendente más allá del grupo o categoría inferior. Los límites con la reforma son los grupos profesionales o categorías equivalentes establecidos en convenio. Este es un concepto nuevo difícil de delimitar.

La ley admite limitaciones, aceptando la interpretación más restrictiva, a los

derechos económicos de los trabajadores. De esta manera se rechaza que el empresario esté limitado a los plus o complementos -de cantidad o calidad de trabajo o de puesto de trabajo- que disfrutara con anterioridad el trabajador. En los derechos profesionales la interpretación es más favorable, la movilidad funcional estará delimitada por la dignidad y la formación del trabajador. De otro modo no cabría despido pues, por incapacidad sobrevenida como consecuencia de la movilidad funcional. Si bien en todo caso, faltarían mecanismos de control de las decisiones empresariales.

La valoración general que el ponente hace se basa en la carencia de control por los representantes de los trabajadores en el caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Se refuerza los poderes directivos sobre el trabajo. Se suprimen los límites imperativos de la ley no dejando libertad a la negociación colectiva, y se produce una judicialización excesiva de todos estos asuntos que aparecerán abundantemente en la realidad de las empresas.

El profesor Alarcón se centró fundamentalmente en el análisis crítico de «modificaciones de las condiciones de trabajo». No obstante, inició su ponencia destacando los criterios de flexibilidad utilizados por el legislador y la extensión de estos criterios a gran parte de las Instituciones de Derecho del trabajo en general.

Las Instituciones laborales vienen definidas por elementos estáticos que se recogen en el contrato de trabajo. Sin embargo, se introducen con la reforma factores de dinamicidad que dan flexibilidad a la definición de las mismas. El ponente analizó algunas de las instituciones básicas en derecho del trabajo y determinó cuáles son los elementos de flexibilización que la reforma introduce.

Con respecto a la jornada laboral, los elementos estáticos son los contenidos en el art. 34 del ET: máximo de 40 horas semanales, descanso de día y medio semana, etc. La flexibilización se traduce en una distribución irregular de la jornada al año, dejando dicho reparto en manos de la negociación colectiva o los acuerdos entre trabajadores y empresarios.

Las horas extraordinarias tienen sus elementos estáticos recogidos en el art. 35 del ET: incremento del 75% en el salario que corresponda a cada hora trabajada, el número de horas extraordinarias no puede ser superior a 80 al año, etc. La reforma desvaloriza la hora extraordinaria, la cual se retribuirá como la hora ordinaria a no ser que el convenio disponga otra cosa; igualmente se da preferencia a la compensación por descanso y se mantiene el voluntarismo de la hora extraordinaria, salvo que por negociación se pacte lo contrario. Todo ello supone un aumento de la jornada ordinaria porque el precio/valor que se paga por la hora extraordinaria será el equivalente a ésta. Un argumento como el que se mantiene, de esta forma de regulación es una ampliación del campo de actuación de la negociación colectiva, es simplemente una propaganda oficialista.

En el tema de descanso semanal de día y medio, también se flexibiliza dando la posibilidad de que se pueda disfrutar cualquier día de la semana e incluso se acumule cada catorce días disfrutando tres. Con respecto a las vacaciones se deja al convenio colectivo su planificación.

La estructura del salario queda fijada en el 26.3 del ET; en concreto, mediante el salario base más los complementos personales dependientes del tipo de tra-

los complementos de resultado de la empresa- que no es lo mismo que resultado del trabajo- y los complementos de puestos de Trabajo. En cualquier caso, esta estructura salarial no es la única posible sino que pueden barajarse otras, por ejemplo creando otros complementos.

El ponente, una vez que ha establecido los elementos de dinamicidad, procedió a estudiar cuál es la función de los sistemas clasificatorios en base a los arts. 16 y 22 del ET. El primer precepto define el momento de ingreso en el trabajo subsumiendo en el contrato de trabajo una tabla clasificatoria, es decir, señalando el grupo o categoría profesional del puesto que va a realizar el trabajador. El problema que surge es que el grupo está compuesto de varias categorías, y éstas a su vez, de diversos niveles retributivos, lo cual es difícilmente comprensible y puede crear confusión. Así, el prof. Alarcón criticó la posibilidad de que el grupo profesional sirviese en sí mismo como criterio para establecer el sistema de clasificación. Con mayor motivo cuando la norma se refiere a la polivalencia funcional teniendo en cuenta que la categoría, el grupo o el nivel retributivo cumplen funciones diferentes. Si en el contrato se acuerda esta polivalencia las demás sobrarían.

Las reformas que afectan a la movilidad geográfica, funcional y a las modificaciones de las condiciones de trabajo -ex art. 39, 40 y 41- se basan en el nivel en que se pueden permitir y cuáles se van a poder cambiar. La nueva regulación del ET mezcla todo, así el art. 40 dedicado a la movilidad geográfica regula tanto el desplazamiento como los traslados, cuando éstos últimos se consideran modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

También el poder de dirección del empresario supone una disponibilidad de las condiciones de trabajo en distintos grados. Estos vienen determinados por distintos criterios:

1. El ejercicio ordinario del poder de dirección
2. El ejercicio extraordinario cuando se dan determinadas circunstancias y con carácter no definitivo.
3. El ejercicio excepcional que tiene carácter definitivo.

Al primero le correspondería la movilidad, al segundo el *ius variandi* y al tercero las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Todos ellos responden a una conceptualización emanada de la norma. Si los aplicamos en el nivel funcional tendríamos dentro de la movilidad aquella que fuera movilidad funcional horizontal (art. 39.1), es decir, dentro del mismo grupo profesional con el límite de la titulación. En el *ius variandi* entraría la movilidad ascendente o descendente (art. 39.2), esto es, no se debe superar el grupo profesional. Sin embargo no se respeta el grupo ni las categorías comprendidas en el mismo grupo. Y la novedad la encontraríamos en el 41.1.f) que se refiere a la modificaciones sustanciales y son aquellas funciones que excedan de los límites del art. 39 y que tienen carácter definitivo.

Las críticas que el ponente señaló con respecto a estas nuevas reglas se basan, sobre todo en que parece que las categorías profesionales de un mismo grupo son equivalentes cuando esto no es cierto. Y la consecuencia fundamental es que se

1. Inseguridad jurídica.

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se están fundando en la introducción de causas económicas. Estas no justifican todo sino que prevén medidas de control y sobre todo deben facilitar contrapartidas a los trabajadores. Por otra parte, se sustituye el control administrativo previo por el judicial a posteriori, hecho éste que produce poca efectividad ya que el juez no puede pedir que a cambio de estas modificaciones se les otorgue a los trabajadores alguna contrapartida. Si el juez lo bendice al trabajador sólo le quedaría la extinción de su contrato de trabajo por su propia voluntad con su correspondiente indemnización.

La valoración general del ponente fue negativa y bastante crítica con respecto a toda la reforma, desconfiando de la benevolencia de las normas y preguntándose los posibles conflictos que se van a producir a partir de ahora.

La ponencia sobre «La reforma del régimen jurídico del despido» se realizó mediante un análisis separado entre las modificaciones en materia de despido colectivo y despido disciplinario, a cargo de los profesores Montoya Melgar y De la Villa Gil respectivamente.

En relación con el primer supuesto el enfoque se dirige, en un primer estadio, a comparar la regulación comunitaria con las innovaciones que pueda llegar a introducir el proyecto de Ley sobre la Reforma del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, el concepto de despido colectivo en las Directivas Comunitarias plantea un contenido omnicomprendivo de las distintas situaciones que pueden surgir, derivadas de este supuesto de resolución del contrato, frente al mantenimiento de la tendencia estatutaria de ayudarse para su definición, de causas o razones económicas, organizativas, técnicas o productivas. Este modo de delimitación y regulación, sin llegar a adoptar el concepto comunitario de despido por exclusión («el despido colectivo será aquel acto de resolución fundado en motivos no inherentes a la persona del trabajador»), trata mediante la ampliación de las causas productivas y organizativas de conseguir una mayor laxitud para este tipo de despidos, como se verá con la noción de «colectivo».

A mayores y uno de los puntos en los que reside una de las novedades de la reforma será el contexto donde se deben situar estas causas, que es la situación general de la empresa y su posible salida -o mejora en la situación de competitividad-, de adoptarse esta situación radical del despido colectivo. De otro modo, la legitimidad desde el proyecto de ley del despido colectivo, no va a radicar únicamente en una realidad negativa -sin salida en la actividad empresarial- que obligara a una medida tan drástica como la del despido. También será posible su uso aun cuando la actividad empresarial no esté en «crisis», si con dicha medida se consigue una mejora en la competitividad de la empresa. Lo que falta por plantearse, es si dicha mejora debe demostrarse mediante un cálculo proyectado en el costo que supone para la plantilla, o bien debe mantener una correlación entre el posible beneficio -incremento de la competitividad- y el uso extraordinario de esta facultad resolutoria, lejana a un incumplimiento por el trabajador de su contrato.

Con ello se produce una ruptura en el negocio jurídico bilateral por una de las partes como salvaguarda de sus intereses, aunque dentro de la lógica-iurídica.

debía mantener una relación que garantizase el objetivo por el cual se prioriza los intereses empresariales frente a los del trabajador.

El segundo elemento novedoso en esta modalidad de despido se refiere a la introducción de un factor cuantitativo -el número de trabajadores afectados en relación a la plantilla-, para su calificación como de «colectivo»(art.51 nº 1). La novedad no radica en la cuantificación del número de despidos respecto a la plantilla, que puede parecer una ratio más o menos necesaria para establecer la frontera con el despido por causas objetivas, sino que dicha frontera numérica se pone en relación con un período de tiempo -noventa días- en el que se producen los despidos. En el mismo precepto, y debido a la artificiosidad del mecanismo para definir «lo colectivo de lo individual», se ve obligado a establecer el legislador que el uso abusivo de estos umbrales se puede calificar como fraudulento (párrafo último del art.51 nº1).

Finalmente el ponente, puso de relieve el procedimiento establecido para estos despidos, que mantiene la estructura básica de la regulación actual. Se mantiene la posibilidad del acuerdo con los representantes de los trabajadores y a falta del mismo, queda abierta la vía de la autorización administrativa. Este doble instrumento fue uno de los puntos polémicos de la antesala de la Reforma, en concreto la desaparición de la autorización administrativa, y en esta línea crítica se mostró el ponente, que entendía que sólo la jurisdicción debía ser la competente en revisar el acto resolutorio del empresario. Se mantuvo la idea de judicialización de otras esferas del sistema de relaciones laborales, obviando el control estatal en el ámbito de la protección de los intereses colectivos, y eligiendo como facultad última y no vinculada el poder de resolución empresarial.

La segunda parte de la ponencia se dirigió al examen de las modificaciones en el despido disciplinario, sobre el que se hicieron algunas precisiones de su papel en el contexto de la Reforma del Estatuto, a cargo del profesor De la Villa Gil.

El estudio de la regulación del despido disciplinario nos ofrece, en un momento dado, una valoración suficientemente clara de la situación de los derechos de los trabajadores. Con esta reforma, si bien el despido disciplinario no ha sido una de las materias sustituidas o más reformadas, ya que los cambios son parciales, con ello no logra el objetivo general que propone la modificación. No parece que este supuesto y el contenido de la regulación modificada se dirija ni pueda lograr el resultado de crear empleo, o incrementar la inversión mediante la rebaja de los derechos de los trabajadores en este aspecto.

Aunque este punto de la reforma es parcial, afecta como no podía ser de otro modo, tanto a la norma sustantiva en materia de despido(art.55 del Estatuto) como a la Ley de Procedimiento Laboral. La peculiaridad de estos cambios es que se impregnan materias sustantivas en la norma adjetiva y al contrario; posiblemente se ha producido un exceso de desarrollo y concreción de algunas consecuencias jurídicas, que se manifiestan en la norma procesal (los efectos del despido nulo).

Dos parecen ser las grandes líneas que presiden la modificación. Una primera, evitar o reducir el costo de la empresa con estos despidos mediante una nueva delimitación de las obligaciones sobre los salarios de tramitación. Y por

otro lado, parece clara la tendencia a reducir los supuestos de declaración de nulidad y por consiguiente, el efecto de la readmisión. En esta línea se ven suprimidas algunas de las garantías persuasorias para el cumplimiento y efectividad de dicha readmisión.

Respecto a este segundo punto «la calificación de nulidad del despido», frente al criterio consolidado en el sistema español de Relaciones Laborales, la ausencia de formalidades en el despido, e incluso el supuesto de despido cuando el contrato se encuentra en suspenso, se reconvierte y traslada sus efectos a los del despido improcedente. Este paso atrás que supone la ineffectividad de la declaración de nulidad, llama aun más la atención si se piensa que en los supuestos de despido por causas objetivas y los colectivos se mantienen los supuestos de nulidad, subrayando la incongruencia y falta de técnica jurídica de esta reforma. También se contagia de esta ausencia de rigorismo la figura del despido fraudulento, que por el contrario se mantiene para el despido colectivo. De aquí que esta modificación y sus consecuencias, tanto en el fondo cuanto en la forma no pueda dejar de calificarse nada más que como regresiva.

Algunos aspectos se subrayan como positivos en cuanto a su ordenación, respecto a la calificación por el juez sobre la procedencia del despido, entendiéndose que la resolución judicial, únicamente ratifica o rectifica la resolución del contrato por parte del empresario. En suma considera esta facultad de titularidad empresarial y no judicial, como se venía manteniendo por una parte de la doctrina laboral. Y en esta misma línea positiva, la modificación propuesta en el art.55 nº2 se pronuncia claramente por la calificación de un nuevo despido, cuando el empresario que no cumpliendo con las formalidades requeridas, opta por la rectificación y subsanación de las mismas, pero no del despido. Aquí el plazo concedido es de 20 días, ajustando dicho plazo a la prescripción de las faltas, que se interrumpirá con el nuevo despido.

El segundo aspecto que se puede ver alterado y de tanta trascendencia como el anterior, se refiere a la nueva regulación sobre los salarios de tramitación. La filosofía y el entramado de la nueva regulación quiere, de forma clara, aminorar la obligación empresarial respecto al período de devengo de estos salarios (art.56 nº2) en el trámite procesal ordinario, y también extiende dicha aminoración de la obligación al momento del recurso. En éste se sustituye la situación de «ejecución provisional» por la presunción de situación legal de desempleo. Dicha presunción implica que el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación, ni el empresario adeuda cantidad alguna, sino que el trabajador devenga la prestación por desempleo hasta que se resuelva el recurso y el empresario consolide su opción o la cambie. Sólo si readmite, bien por consolidación o por cambiar ésta por indemnización, deberá abonar los salarios no pagados, y el trabajador devolver la prestación por desempleo. Con esta situación no sólo se logra ampliar la opción empresarial, al posibilitar un cambio de opinión ante la resolución judicial del recurso, sino que además el trabajador recibe una cantidad menor en concepto de salario de tramitación, al haber sustituido éste por la prestación y sin cargo para el empresario.

Una última conclusión al hilo de este análisis y de la supresión de dichos preceptos garantistas en materia de ejecución, puede ser que estas modificaciones

no sólo desvirtúan la médula de la institución del despido, al reducir de tal modo los supuestos de despido nulo, sino que pierden el control imprescindible de garantizar el equilibrio de intereses, siendo esta exigencia uno de los pilares fundamentales que gobierna y debe seguir gobernando el Derecho del Trabajo.

La última ponencia a cargo de los profesores Gonzalez Ortega y Valdés Dal-Re abordó el tema tan debatido de las modificaciones sobre la negociación colectiva, donde el primer interrogante que se debía despejar era si dicha Reforma suponía un cambio en el diseño de la negociación, y por consiguiente si abordaba los inconvenientes tantas veces denunciados sobre la desarticulación, descentralización y corrección de los mecanismos de legitimación en la negociación de los convenios. La impresión sobre la posible solución a esta primera cuestión se tradujo en el calificativo de «decepcionante», por las razones que se ponen de relieve a continuación.

En primer lugar, los cambios tienen un ámbito parcial y suponen una labor de parcheo en lo que respecta al Título III del Estatuto de los Trabajadores. La nueva regulación no profundiza, en absoluto, en los problemas anteriormente reseñados y que podrían haber derivado en un nuevo modelo de negociación colectiva, tantas veces utilizado en el debate extraparlamentario y previo a la aprobación por el Parlamento. La auténtica transformación en esta materia se produce al hilo de la regulación de las condiciones individuales de trabajo, al modificar el papel protector de la norma estatal y la remisión de su contenido a la negociación colectiva, donde se detiene extensamente el prof. González Ortega.

En este punto se pone de relieve el incremento cuantitativo de las remisiones a la negociación colectiva (de diferentes aspectos estáticos y dinámicos de la relación laboral), y sobre todo el cambio cualitativo que supone la nueva relación que se plantea entre la norma estatal y la convencional. En concreto, se vacía de contenido mínimo la regulación estatutaria facilitando la disponibilidad por el acuerdo entre las partes. Estos cambios merecen un matiz importante, ya que por sí y en sí mismos no parecen corregir los problemas que el sistema de negociación colectiva tiene planteado, y el que sucintamente se ha enunciado. Diferente hubiera sido si el cambio de papeles ley-autonomía colectiva hubiera seguido unas reglas de ordenación del contenido a regular; así por ejemplo, la delimitación de un núcleo mínimo legal mejorable por convenio, al definir aquellas obligaciones laborales básicas con unos límites prefijados (la determinación del trabajo debido o la estructura de la obligación salarial). Al mismo tiempo el resto de condiciones se podrían haber permitido la disponibilidad, si bien seleccionando el convenio -su ámbito- idóneo para efectuarlo. Por el contrario, en la Reforma está ausente este criterio racional de determinación de la norma adecuada para regular las condiciones laborales.

En este mismo apartado, hay otro aspecto que llama la atención de la Reforma referido a la ambivalencia en el uso de los instrumentos a través de los cuales pueden fijarse las nuevas condiciones laborales frente a lo establecido en la norma estatutaria. Se utiliza indistintamente, la vía del acuerdo, del pacto de empresa o la del convenio. La diversidad de instrumentos bien puede responder a una

diferenciación frente al convenio, queriendo albergar acuerdos informales o sin necesidad de seguir un concreto procedimiento, o bien se trata de separar la función de estos acuerdos para negociar materias concretas y no las globales de la relación laboral. En principio, se afirma la no conflictividad entre ambas figuras siempre que los acuerdos respeten y se limiten a establecer unas reglas precisas que adapten el contenido del convenio a un ámbito inferior.

En esta situación descrita no habría problema de colisión, pero llama la atención la posibilidad de pactos con un contenido contrario al convenio (art.41 nº2, párrafo 3º), donde se contempla una situación que ya mantenía nuestra jurisprudencia, en aras a entender que la negociación que da lugar al pacto es tan legítima como el propio convenio, aun con el límite del art.84 del Estatuto de los Trabajadores.

Respecto a las innovaciones que se introducen en el Título III del Estatuto, tres aspectos subraya el ponente referidos, en primer lugar, a la llamada «cláusula de descuelgue» (art.82 apartado 3º). La modificación se produce ante el carácter «obligatorio» en que se sitúa dicha cláusula, frente a la posibilidad anterior de su existencia por razones temporales de crisis económica de una empresa en un momento temporal determinado. Se refuerza esta obligatoriedad con su expresa mención en el art.85, referido al contenido mínimo, y finalmente abre la posibilidad de que por acuerdo entre representantes y empresario se fije dicha cláusula cuando no se contemple en el convenio. Sobre esta última solución-disposición llama la atención que la facultad de este pacto se puede efectuar por un acuerdo entre representantes y se excluya a la Comisión Paritaria, protagonista de la interpretación y aplicación no conflictiva del convenio.

La segunda cuestión relevante se planteó con el tema de la sucesión del convenio. En concreto dos son los preceptos que aluden al mismo, el art.86 nº4 que establece el principio general de sucesión de convenios y el art.82 nº4 que recuerda y subraya la «no consolidación del contenido más favorable» del convenio. De alguna forma se produce un complemento entre ambos preceptos. En relación con el primer aspecto se introduce el principio general de sucesión de normas, frente a la regulación específica anterior que contemplaba, únicamente, el supuesto de prórroga del contenido normativo.

Respecto al nuevo art.82 nº4 el ponente abre una serie de interrogantes sobre el significado de este precepto. Su planteamiento viene dado por la expresión «derechos reconocidos» en el convenio derogado y su disponibilidad. En concreto, se plantea si se refiere a derechos ya causados por el convenio anterior, excluyendo los derechos individuales o condiciones más beneficiosas. Este supuesto podría referirse a derechos sobre prestaciones complementarias cuyo devengo se condicione al transcurso de un tiempo, pudiendo en el convenio siguiente y en los supuestos en que no se cumplan todas las condiciones disponer de ellos.

Con la reforma se altera y subordina la prórroga del contenido normativo a la falta de pacto expreso sobre este supuesto, lo que supone una remisión al contenido concreto del convenio derogado. De este modo, pierde su automaticidad la vigencia de ese concreto contenido. Esta modificación sobre la prórroga del convenio presenta, desde el punto de vista del ponente, un peligro añadido en la

situación actual al producirse un repliegue en la normativa estatal sobre el contenido mínimo de las condiciones laborales y no garantizarse la extensibilidad del contenido normativo convencional.

En tercer y último lugar, se pone de relieve los cambios sobre el contenido mínimo del convenio (art.85). Llama la atención la posible contradicción y vacío de funciones que la comisión Paritaria puede sufrir, no tanto por la regulación de las mismas en este precepto sino por las facultades concedidas a los representantes para pactar modificaciones que alteren el contenido del convenio, así como la potenciación de los laudos arbitrales en materia de interpretación y aplicación del convenio que regula el nuevo art.91.

En un segundo momento de la ponencia, el profesor Valdes Dal-Re se ocupa de abordar dos temas pendientes como son las reglas de legitimación negocial y la derogación de las Ordenanzas Laborales.

Las modificaciones sobre las reglas de legitimación se concentran en el ámbito supra-empresarial del convenio, tanto en la fase inicial del art.87 como en la composición de la comisión negociadora del art.88 del Estatuto. Respecto a la primera fase, pone de relieve el cambio de criterio legitimador para la parte empresarial, que pasa de ser el de «consistencia afiliativa» que generaba como principal problema la forma de medir la misma, por computar únicamente aquellos empresarios que tengan trabajadores a su cargo. Este criterio también es prevalente para constituir válidamente la Comisión negociadora por el lado empresarial «... y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados.» (art.88,nº1, párrafo final). Así el criterio será el censo y no el nivel asociativo.

Al tema expuesto se debe unir el criterio de la representatividad en relación al ámbito y eficacia del convenio (art.87 nº 3). Con anterioridad a la reforma el 10% exigido para la legitimación de convenios superiores a la empresa presentaba el problema de constatar dicha representación patronal, al ser necesario la actualización de los censos y algún modo de probar la consistencia afiliativa empresarial. La nueva redacción del art.87 nº3 en relación al art.88 del Estatuto parece que pone la fuerza no tanto en la consistencia asociativa sino en el número de trabajadores ocupados por los empresarios que dicen ostentar la representación. En suma esta opción de política legislativa trata de facilitar la acreditación de la representación patronal sin necesidad de acudir a registros de las distintas asociaciones, mercantiles, etc.

Otra regla que presenta modificaciones es la exigencia de mayorías para la composición y la votación de acuerdos. En concreto, decae la exigencia de cualificación por el lado de los representantes de los trabajadores en la composición -sólo mayoría- y del lado de los empresarios se introduce el factor de ocupación de los trabajadores. También se mantiene la atención, respecto a la perspectiva de cambios dispuesta, que en el criterio de reparto de puestos en la Comisión negociadora para el banco empresarial se utilice la proporcionalidad respecto a los empresarios que ocupen la mayoría de trabajadores-no la consistencia afiliativa, y se ponderan los votos.

También son llamativos los cambios en las reglas de legitimación de sindicatos de Comunidades Autónomas para la negociación de convenios esta-

tales. En concreto se reduce el campo de dichos sindicatos mediante el criterio de la mayor representatividad y no se legitima ni posibilita a los sindicatos suficientemente representativos en el ámbito funcional concreto de tal negociación como sí ocurría anteriormente. Para el profesor Valdés, la exclusión de estos sindicatos que tienen representación suficiente en el ámbito funcional de convenio no es racional ni razonable, y entiende que choca con el art. 14 y 28 de la Constitución, ya que si bien no tienen representatividad suficiente en el ámbito geográfico tampoco la tienen los de Comunidad Autónoma más representativos. Esto implica su exclusión también en los convenios estatales franja, lo que merece igual valoración.

Una novedad inédita en estas reglas la constituye la nueva capacidad de decisión que se otorga a los trabajadores de la plantilla de elegir a los representantes puntuales de una concreta negociación, de entre las representaciones sindicales implantadas en el ámbito del convenio (de empresa o inferior y que no afecte a la totalidad de la plantilla). Esta medida rompe con los mecanismos habituales de selección de los representantes en la negociación. En primer lugar no corresponde la regla de legitimación de estos ámbitos con otros, está ausente la predeterminación legal -elección de representantes unitarios o audiencia-. Además estos representantes son temporales, para cada proceso negociador, y sólo para la negociación, lo cual desvertebra la unidad de acción por este nuevo elemento de representación. Los sujetos a los que alude deben cumplir el requisito de implantación y según Valdés éste debe concurrir en la franja, por lo cual no serviría la sola presencia en el comité de empresa. Además pueden concurrir todas las secciones que se ajusten a este supuesto y no las más representativas.

El problema abordado, aunque brevemente, fue el contenido regulador para la derogación de las Ordenanzas Laborales. La previsión automática que prevalece su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1994, da paso a su dispositividad si así se acuerda mediante los mecanismos establecidos en el art.83 nº y 3 (Acuerdo Interprofesionales). No detalla el contenido de dicha dispositividad en el sentido de su derogación previa o prolongación «sine die». La segunda excepción se abre con la autorización al Ministerio de derogar previamente a esa fecha o prolonga hasta finales de 1995, para aquellas Ordenanzas que presenten problemas de cobertura por la negociación colectiva. Y sobre este mismo problema, y en última instancia, aprueba la posibilidad mediante arbitraje de resolver el conflicto de la imposibilidad de negociación para un determinado sector o concretas condiciones de trabajo. Esta introducción del arbitraje es lo que el ponente considera que falta la razonabilidad de la medida y por consiguiente pueda ser inconstitucional.

El cierre de estas Jornadas estuvo a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional Sr. D.Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer quien trató de hacer un análisis del papel del Derecho del Trabajo hoy en compatibilidad con las demandas en materia de empleo. Las premisas fueron la constatación del carácter especial de tutela y de protección del trabajador que tiene el Derecho del Trabajo y la consolidación de una serie de mejoras irrevocables por su carácter de conquistas que han dado como resultado un marco de bienestar y protección social indiscutible. Si bien y además, la Reforma actual y las anteriores de

Derecho del Trabajo subrayan las fluctuaciones de la relación tipo a tiempo completo y el crecimiento de la individualización del marco laboral. No se puede olvidar que los factores económicos evidencian la exigencia de un cambio de perspectiva para conseguir un mejor funcionamiento en el mercado de trabajo o de forma más eficaz. Esta última situación es la que avala las críticas sobre la rigidez laboral y el estancamiento en el crecimiento del empleo.

Para un análisis adecuado en este marco de vertientes contradictorias, sería necesario establecer una confluencia -diálogo- entre la economía y el derecho, por otro lado no novedoso. De la valoración conjunta del problema en esas dos vertientes se ha afirmado desde distintos estudios de derecho comparado que es el Derecho del Trabajo el que debe adaptarse al mercado, para poder conseguir la promoción del empleo, al ser éste una variable dependiente de la situación económica. En suma se está demandando una salida reformista que facilite el crecimiento económico, si bien ello requiere un esfuerzo sobre la protección y conquistas adquiridas.

El debate se centra posiblemente, en establecer un marco de flexibilidad y situar ésta en la llamada «flexibilidad interna». La traducción de estos cambios, también se dice, que no debe suponer una eliminación de la situación de bienestar, aun cuando sea un freno al empleo, sino que debe reformularse un nuevo equilibrio entre «protección y libertad», por la vía de la Reforma del Ordenamiento vigente. La reforma subraya el potencial de la autonomía individual y del poder de dirección de forma clara. Si bien, para el conferenciante, el Derecho del Trabajo es el instrumento que ha juridificado el poder de dirección y le ha dotado de un marco limitativo donde actuar. La exigencia de un margen mayor de libertad empresarial parece evidente en la demanda de adaptación a las nuevas circunstancias de la producción. La falta de límites a esta libertad sí llevaría a afirmar el vaciamiento del contenido del Derecho del Trabajo, no así la remodelación de nuevas reglas de funcionamiento, que delimiten un nuevo equilibrio.

Lo que se afirma es que debe reconocerse la incoherencia de las reglas heredadas y una situación actual que exige esa adaptabilidad. Sería un error que el objetivo de crecimiento del empleo se dejara en manos de decisiones únicamente económicas, pero una Reforma como la propuesta parece ineludible, aunque es parcial y sin consenso.

3.

**RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ANDALUCIA**