

NUEVOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LÍMITES LEGALES DE LOS MISMOS, CON PARTICULAR ATENCIÓN A LA JUBILACIÓN OBLIGATORIA Y AL PERIODO DE PRUEBA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“El Derecho es una técnica de regulación del poder social [...]. El Derecho del Trabajo está en gran medida conectado con este básico fenómeno del poder social [...]. El objetivo principal del Derecho del Trabajo es, pues, regular, reforzar y limitar el poder de los empresarios (“management”) y el poder de las organizaciones de trabajadores (“organised labour”)”. Otto Kahn-Freund (1987, 48-49)

Resumen

Palabras Clave: Negociación colectiva, contenidos y límites, funciones del convenio, jubilación forzosa, período de prueba, libertad sindical.

Los cambios estructurales plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las mutaciones en curso. Los factores determinantes de los cambios son de índole diversa, y entre ellos destaca actualmente un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Las recientes opciones de política del Derecho estatal reflejan un giro hacia un modelo de intervención selectiva y más “autoritaria” en la negociación colectiva. La Ley 3/2012 ha suprimido la habilitación legal a la negociación colectiva para establecer cláusulas de jubilación forzosa. Se trata de una prohibición absoluta y sin ningún tipo de excepción. Subyace a la prohibición el fracaso sistemático y generalizado de este tipo de cláusulas para los fines reales de la política de empleo y también las nuevas direcciones de política del Derecho encaminadas a proteger a las personas mayores y promover el envejecimiento activo en el marco de la política de pensiones. Por su parte, la fijación legal de la duración de un año del período de prueba en la modalidad contractual de apoyo a los emprendedores supone una desnaturalización de esta institución que encubre un despido ad nutum y sin indemnización alguna, por un lado, y que, por otro, comporta la imposición de una limitación legal no justificada a la negociación colectiva para regular autónomamente una modulación de la duración del periodo de prueba.

ABSTRACT

Keywords: Collective bargaining, content, limits and functions, compulsory retirement, trial period, freedom of association.

Structural changes to collective bargaining pose the challenge to show their ability to be channeling by a legal procedure, the organization and management of labor relations in these relevant to address in going mutations. The Law 3/2012 has abolished the legal authorization to collective bargaining to establish compulsory retirement clauses. This is an absolute prohibition without any exception. The ban was established because there was a systematic and widespread failure of such clauses for real purposes of employment policy and new policy directions of law designed to protect the elderly and promote active aging in the context of policy pension. Meanwhile, legal fixation duration of one year trial period in the form of a “contract support to entrepreneurs” is a distortion of this institution that conceals ad nutum dismissal without compensation, on one hand, and, on the other, involves the imposition of a statutory limitation unjustified to collective bargaining to regulate autonomously a modulation of the duration of the trial period.

ÍNDICE

1. MARCOS DE REFERENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL: LOS “ESPACIOS” DE LA AUTODETERMINACIÓN COLECTIVA
2. EL CONTEXTO DE LAS TRANSFORMACIONES DE LA EMPRESA Y LA RENOVACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. LAS OPCIONES DE POLÍTICA DEL DERECHO ESTATAL: EL GIRO HACIA UN MODELO DE INTERVENCIÓN SELECTIVA Y MÁS “AUTORITARIA” EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. EL REFORZAMIENTO DE LOS LÍMITES LEGALES AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS. EN PARTICULAR: LA JUBILACIÓN FORZOSA Y EL PERIODO DE PRUEBA
5. BIBLIOGRAFÍA

1. MARCOS DE REFERENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL: LOS “ESPACIOS” DE LA AUTODETERMINACIÓN COLECTIVA

En coherencia con el carácter abierto y flexible del modelo constitucional de negociación colectiva, el texto constitucional (art. 37.1 CE) no acota ni prefigura un contenido específico y cerrado de las materias objeto de negociación. Explícitamente el art.37.1 CE no da más elementos de apreciación que el calificativo de “laboral” como objeto de la negociación colectiva. Más luz arroja la toma en consideración de las otras piezas normativas del grupo normativo regulador de “lo colectivo”, que le vincula a la acción sindical, pues la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, concebida como medio primordial de la acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los sindicatos (SSTC 4/1983, de 28 de enero; 104/1987, de 17 de junio; 75/1992, de 14 de mayo; 164/1993, de 18 de mayo; 134/1994, de 9 de mayo; 95/1996, de 29 de mayo; 80/2000, de 27 de marzo; 224/2000, 2 de octubre). La misma cláusula interpretativa remisoría ex art.10.1 CE permite integrar el sentido objetivo de este derecho constitucional, ya que el art.2 del Convenio núm.154 de la OIT (ratificado por España el 26 de julio de 1985), consagra un contenido amplísimo de la negociación colectiva: la expresión negociación colectiva “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. Con todo, el vocablo “laboral” es ya suficientemente expresivo como para indicar que puede ser objeto de la negociación colectiva toda materia relativa a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones profesio-

nales conexas con las relaciones de empleo. Límite implícito es el respeto al sistema de valores y derechos consagrados en el texto constitucional; ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución (STC177/1988, fj.4º; y 28/1992, fj.2º). Sin embargo, el principio de reserva de ley para la regulación dispuesta en el art.53.1 CE, no impide que la negociación colectiva dentro del respeto a la ley (lo que recuerda declarativamente el art.85.1 del ET) pueda entrar en la regulación de todas las materias laborales: del texto constitucional -dice la STC 58/1985, de 30 de abril y 95/1985, de 29 de julio- no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general substraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

La autonomía colectiva negocial, como poder social con facultad creadora de Derecho objetivo, se expresa y exterioriza en un doble aspecto (hoy ya plenamente institucionalizado y juridificado) dinámico (la negociación colectiva como proceso flexible de encuentro y diálogo en vista de alcanzar un convenio o acuerdo colectivo entre las partes sociales para la fijación de las condiciones de trabajo y las relaciones entre los sujetos colectivos intervinientes en la negociación) y estático (como acto o instrumento jurídico, resultado posible de ese proceso negociador). El objeto del proceso negociador y sus resultados queridos por los sujetos negociadores han ido sufriendo cambios significativos a partir de un cierto “núcleo duro” siempre persistente. El convenio colectivo mantiene su típica función económico-social de relevancia jurídica; esto es, de instrumento de fijación de las condiciones de trabajo y de ordenación del sistema de relaciones laborales, pero tiende a asumir nuevas funciones superpuestas a las tradicionales y a redefinir éstas últimas. La OIT, que pone por razones obvias un especial énfasis en el reconocimiento del derecho a negociar colectivamente, entiende que la expresión “negociación colectiva” “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin” de regular todas aquellas materias de interés para ambas partes negociadoras (art.2 del Convenio OIT, núm.154, sobre el fomento de la negociación colectiva).

En realidad, la negociación colectiva, y sus productos jurídicos, ha tenido que ir adaptándose continuamente para de forma autorreflexiva responder a los cambios de ambiente. En este sentido la misma construcción de la doctrina jurídica sobre la negociación colectiva y respecto al convenio colectivo es tributaria de una época caracterizada por la emergencia y desenvolvimiento de la sociedad industrial y para afrontar los problemas típicos de la cuestión social del momento, y es posible que hoy en día se esté ante el preciso período histórico en que sea necesario acometer una revisión de las

teorías clásicas y de las funciones tradicionalmente atribuidas a la negociación colectiva. Pero la biografía del convenio colectivo pone de manifiesto que es una de las grandes instituciones de la democracia moderna y se inserta de lleno en el progreso del concepto de ciudadanía social y política, es decir, en la afirmación desde el interior del sistema democrático del derecho a la identidad colectiva y a la participación diferencial de los grupos socioeconómicos. La negociación colectiva -y en particular su producto jurídico típico y genuino, el convenio colectivo- ha participado en el “programa” del Estado social contemporáneo de penetración del contrato por *status*, subordinando el principio estricto de mercado a los criterios de justicia consensuados colectivamente entre las fuerzas sociales. La negociación colectiva contribuye, pues, dinámicamente al proceso de racionalización del conflicto existente entre los derechos sociales integrados en la ciudadanía democrática y el valor del mercado. Su resultado, el convenio colectivo (formalización del acuerdo de la autonomía colectiva), cristaliza ese planteamiento básico del conflicto regulado en la democracia contemporánea.

Sirviendo a su función clásica corresponde a la negociación colectiva asumir una pluralidad de funciones interdependientes: función “estatutaria” o protectora y función de mercado. La transformación de la función de la negociación colectiva en la sociedad contemporánea, es un rasgo consustancial a la misma institución. La negociación colectiva es una institución histórica, nació con el apogeo del capitalismo industrial y las nuevas formas de organización de la producción y al calor de los conflictos planteados en el mundo del trabajo asalariado. Sus funciones nunca han permanecido estáticas, siempre han tenido que evolucionar para adaptarse a los cambios y para influir en su propio advenimiento: mutaciones del medio ambiente “externo” a la empresa y transformaciones “internas” de la organización productiva. Esa acomodación permanente se ha visto facilitada por la evolución de los modelos de negociación colectiva hacia la llamada contratación dinámica, caracterizada precisamente porque hace posible la adaptación permanente de la regulación colectiva vigente a las transformaciones en curso (Resulta en sí significativo que el art. 86.1 del ET haga explícito que “durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión” en todo momento). En rigor, su misma existencia requiere que sepa penetrar en el modo de vida de los hombres a quienes se dirige y en las necesidades por ella generadas. Por ello ese punto de vista histórico parece el más adecuado para entender lo que es la negociación colectiva como institución jurídico-social. De aquí que estas funciones, que siguen subsistiendo punto por punto, sean actualmente insuficientes para abarcar la heterogeneidad de las funciones asumidas (y atribuidas) a la negociación colectiva. Vive para

desempeñar un papel más complejo. Persisten las funciones clásicas, pero han sido enriquecidas y renovadas para adaptarse a las exigencias de autorregulación del sistema de relaciones laborales y de las necesidades de los colectivos implicados. Por ello su función se ha renovado atendiendo al modelo de organización del trabajo; asumiendo funciones gestionales o de gobierno colectivo de la empresa y realizando la función cooperativa; abarcando las diversas dimensiones de la ciudadanía social y asumiendo una función política en la combinación, más o menos intensa, entre el poder público y la autonomía colectiva negocial (Monereo Pérez, J.L., 1999, 102-109, y 2002, 649 ss.; Moreno Vida, 2009, 403 ss.); realizando una función renovada de mercado; funciones gestionales o de gobierno de la empresa; funciones de pacificación social renovada; función de protección social renovada; función política de la negociación colectiva.

El enriquecimiento de las funciones y de los contenidos de la negociación colectiva conecta con el modelo de negociación colectiva. Nuestro modelo que partía de los rasgos propios de la negociación colectiva “estática” tiende hacia una mayor proclividad hacia el modelo de negociación colectiva “dinámica” y de negociación permanente, que es la que exige la respuesta a una realidad en continua transformación.

En esta línea de pensamiento cabe señalar la complejidad de las relaciones entre la ley y el convenio colectivo, indagación que permite descubrir analíticamente las funciones de la negociación colectiva en relación a la normativa estatal. Estas relaciones no se rigen por un principio de distribución de materias “reservadas” respectivamente a la ley y al convenio. Éste no tiene un “ámbito de competencias” reservadas ni en el texto constitucional ni en la ley; cuestión distinta es la atribución explícita e implícita al convenio de todas aquellas materias que conciernen a la regulación de las condiciones de trabajo, protección social complementaria (art.41, párrafo 2º CE; 39.2 y 191 y sigs. LGSS; planes del sistema de empleo sujetos a la LPFP, art.4.1,a), etc.), derechos de los trabajadores y las relaciones entre empresarios y trabajadores (art.85.1 del ET). No siendo aplicable, pues, un principio de competencia que rijan la relación entre las fuentes autónomas y heterónomas en el ámbito laboral, ya que de ordinario las competencias por razón de la materia laboral regulada que tales poderes normativos asumen son compartidas. La Constitución, sin embargo, exige que la Ley (y, en general, las disposiciones de origen estatal) en la regulación de las materias sociolaborales no sea exhaustiva dejando un espacio normativo en favor de la autonomía colectiva, lo contrario supondría la inoperatividad jurídica del derecho a la libertad de negociación colectiva ex art.37.1 CE dentro del sistema político democrático. Las normas estatales de contenido laboral no regulan de forma completa y cerrada las relaciones laborales, ya que su objetivo más directo es la fijación de contenidos

mínimos que pueden ser desarrollados, completados o mejorados por la autonomía colectiva. La autonomía colectiva debe gozar de un espacio de normación que garantice la participación de los grupos sociales en la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales.

En la relación ley-convenio colectivo, debe tenerse presente la función típica de la norma estatal concretada en el establecimiento de garantías mínimas y en la función de cobertura para el despliegue de las fuentes autónomas en lo laboral respecto a la regulación de las materias laborales. Ello determina el carácter no exhaustivo de las normas laborales de contenido sustantivo a fin de dejar un espacio vital propio a la autonomía colectiva. Hasta tal punto es así, que esta autolimitación de la norma estatal forma parte del contenido esencial del derecho de la negociación colectiva. Sin poder entrar aquí a fondo en el problema, sí es necesario advertir el progresivo retroceso de la función estatal de mínimos (normas de derecho necesario relativo), por la tendencia de política del Derecho hacia el repliegue de la normativa estatal. Este retroceso se produce en virtud de procesos controlados, y limitados, de desregulación legislativa, cediendo la norma estatal espacios normativos antes ocupados por ella “en favor” de la autonomía colectiva que ve así incrementado su espacio de ordenación jurídica de parcelas importantes en el cuadro de las relaciones laborales (el retroceso es significativo en materias salariales, artículos 25, 26, 34 y 35 del ET). De este modo, las relaciones de complementariedad tienden a desplazar en el sistema de fuentes formales a las relaciones de suplementariedad.

El sistema legal garantiza un amplio espacio de regulación autónoma a la negociación colectiva. Los artículos 82.2 y 85.1 del ET garantizan el principio de libertad de contenido negocial, con el necesario respeto a las normas estatales y públicas en general; y con ello un espacio vital para su actividad de autorregulación negocial. El propio art. 85 del ET reitera ese reconocimiento del principio de “libertad de contratación” que se reconoce a las partes negociadoras. En tal sentido, la enunciación del contenido posible es amplísimo y se hace acompañar de un listado ejemplificativo de materias que todo convenio colectivo puede regular: “Dentro del respeto a las leyes –expresa el art. 85.1–, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias en los períodos de consultas previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley...”. También impone una limitación general consistente en el respecto a las normas públicas de Derecho necesario (absoluto y relativo). De esa amplitud da cuenta el Tribunal Constitucional, cuando declara que de nuestra Constitución

“no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales” (SSTC 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de junio).

Por otra parte, como garantía de efectividad del principio de igualdad, el art. 85 del ET establece –junto al deber general de negociar con arreglo al principio de buena fe (art. 89. 1 del ET)- un deber específico de negociar sobre determinadas materias:

- a). En la negociación colectiva existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido concreto previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).
- b). A través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores.

Igualmente, el art. 85 del ET impone, con carácter de orden público laboral, a los convenios colectivos un contenido mínimo necesario o de identificación (art. 85. 3).

2. EL CONTEXTO DE LAS TRANSFORMACIONES DE LA EMPRESA Y LA RENOVACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Señalar, como punto de partida, que las funciones clásicas, y las tradicionales, de la negociación colectiva (que siguen subsistiendo en gran medida), son actualmente insuficientes para abarcar la heterogeneidad de las funciones asumidas (y atribuidas) a la negociación colectiva. Persisten las funciones clásicas, pero han sido enriquecidas y renovadas para adaptarse a las exigencias de autorregulación del sistema de relaciones laborales y de las necesidades de los colectivos implicados. En las sociedades industriales se está produciendo de modo gradual, pero perceptible, un proceso de transformación que influye en la configuración de los actores sociales y en su papel institucional. El marco de referencia de esta función renovada viene representado por las nuevas tendencias de las formas de organización empresarial y de las políticas públicas. El porqué de ello no obedece a una sola causa sino a un cúmulo de factores determinantes de base objetiva, que aquí sólo se tratará de esbozar brevemente.

Es constatable que los sistemas de relaciones laborales dependen en no poca medida de los modos de organización del trabajo y en general de la organización específica del modo de producción. Es de señalar en este sentido el mayor peso del sector servicios y el relativo declive del sector industrial (la “terciarización” de las economías avanzadas). Pero lo más significativo es realmente la crisis de todo un modelo de organización del mundo de la producción, a saber: la crisis del fordismo, interno y externo a la empresa. El entorno cambiante en que se mueven las empresas, en condiciones de globalización de la economía mundial y regional europeo (la construcción de la Unión Europea y del mercado interior comunitario) y de máxima competitividad por la innovación (sobre todo en el plano tecnológico) y la reducción de los costes de producción están reclamando modelos más flexibles de organización del trabajo y de gobierno de las relaciones laborales. En ese contexto la crisis de la condición salarial (su desestabilización) y las dificultades de generación del empleo por una economía con un elevado componente de alta tecnología y autonomización de los procesos productivos. En este sentido, las grandes empresas están acometiendo procesos de reestructuración ambiciosos y de largo alcance, de lo cual no es ajeno el tratamiento de las relaciones post-contractuales (nótese la íntima vinculación que ha tenido al respecto el tratamiento de los excedentes de personal a través de las “prejubilaciones” y otros mecanismos generadores de relaciones post-contractuales de base u origen en la negociación colectiva). A ello cabe añadir la crisis de “lo colectivo” y del principio de solidaridad, que determinan la realización de prácticas de individualización de las condiciones de trabajo sino también la celebración de procesos de negociación colectiva de connotaciones “gremiales” o “corporativistas” en detrimento de otros colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo, sobre todo los trabajadores del segmento secundario del mercado de trabajo y los parados.

Emerge la empresa postindustrial, caracterizada como empresa flexible y potencialmente participativa (aunque existen presiones “liberales” internas al modelo para reconducir el campo de la participación al ámbito exclusivamente individual). Ese nuevo modelo de empresa flexible se vincula estrechamente con la progresiva complejización de la misma figura del trabajador, el cual se hace cada vez más heterogéneo (bien sometido a regímenes laborales diferentes, o bien desvinculado formalmente de la empresa para la cual trabaja -subcontratación, prestamismo a través de empresas de trabajo temporal, nuevas formas de trabajo autónomo o parasubordinado, con frecuencia antes vinculado laboralmente con la empresa con la que ahora mantiene un contrato de servicios, etc.-). En la opción democrático-social, la empresa flexible y participada comporta una significativa participación colectiva y sindical y un proceso de democratización de las estructuras empresa-

riales, abriéndolas en el nivel de la codeterminación no sólo negocial sino también en el ámbito de la cogestión institucional de la dirección de los complejos empresariales. Este modelo de participación fuerte (en el sentido de que tiende a implantarse en el plano institucional y en grados de máxima cogestión, en los órganos típicos de dirección de las sociedades o en comisiones mixtas creadas para determinados ámbitos de problemas) enlaza también con las políticas de fomento de un mayor peso de la autonomía colectiva como fuente reguladora de las relaciones laborales, es decir, una nueva relación -que no necesariamente un desplazamiento completo- entre el necesario garantismo legal y el garantismo colectivo en la defensa de los intereses de los trabajadores como ciudadanos activos en la empresa. En este sentido más que de adaptación funcional a los cambios de la economía habría que hablar mejor de gobierno de ésta mediante la construcción de sistemas participativos de ciudadanía capaces de afrontar los desafíos de una economía globalizada y altamente competitiva.

La empresa postfordista se construye sobre un soporte organizativo distinto a la empresa fordista basada en la producción en masa. Internamente, se intensifica el trabajo en grupos semiautónomos en la realización de objetivos, con la participación directa de los trabajadores. Externamente, la empresa externaliza sus actividades, sea bajo fórmulas renovadas de técnicas clásicas como la subcontratación económica, sea bajo las nuevas fórmulas del recurso a las empresas de trabajo temporal y a la potenciación del trabajo autónomo “dependiente” o cuasi-asalariado respecto de un empresario principal. Ambas dimensiones de la reorganización de la empresa postfordista influyen sobre la praxis de la negociación colectiva y, en general, sobre el desenvolvimiento de las relaciones colectivas de trabajo.

Existe un escenario de reestructuraciones organizativas empresariales asentadas sobre una mayor horizontalización del proceso decisonal y una transformación de la jerarquía empresarial. El proceso productivo asentado sobre estos nuevos parámetros debe considerarse el fruto de un cambio continuo de información y de conocimientos en el ámbito de la empresa. Ello explica las dificultades para el trasplante de modelos organizativos que netamente cabe calificar de “micro-comunitaristas” en países con una tradición de relaciones laborales conflictivo y pluralista sin tradición respecto a una participación en los procesos decisonales. El éxito de estos sistemas organizativos depende de la dificultad de sustituir a las clásicas dinámicas conflictuales por aquellas participativas. En realidad, han influido decisivamente en sentido negativo algunos factores como: la escasa propensión del management a modificar el contexto jerárquico de la producción (acentuación de la negociación laboral sobre la parte económica con el objeto de mantener inalterado su poder decisonal en la empresa); la limitada participación directa de los traba-

jadores en los procesos decisionales; la incoherencia de políticas empresariales que de un lado requieren una mayor participación de los trabajadores a los objetivos de la empresa y por otro adoptan opciones gestoras de reducción de los puestos de trabajo y de degradación de las condiciones de trabajo.

Los cambios estructurales a que se hace referencia plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las mutaciones en curso. Hay que tener en cuenta que la negociación colectiva ha sido una de las bases principales del modelo fordista, basado en regulaciones colectivas tendencialmente uniformes y generalizables. Ciertamente, como sistema de reglas de juego (o como modelo de regulación), el fordismo suponía una contractualización a largo plazo del beneficio salarial basada en grandes acuerdos sobre fijación y estructura de los salarios; con límites rígidos a los despidos, y una proyección del crecimiento de los salarios basada en los precios y la productividad general; y garantías legales y colectivas de organización del trabajo. Además, una vasta socialización de los ingresos por medio del Estado del Bienestar aseguraba un rendimiento permanente a los trabajadores asalariados. La contrapartida era la aceptación por parte de los sindicatos de las prerrogativas de la dirección (“poderes empresariales”). De manera que los principios de organización del trabajo y la estructura macroeconómica eran respetados y legitimados. Con todo, sobre la base de la búsqueda de un consenso obtenido mediante la conjunción de un sistema de acuerdos que aseguraban la regulación de la empresa y de la economía en su conjunto. El principio de estabilidad en el empleo entendido como permanencia en la empresa (seguridad en el empleo) suponía una cierta hipervaloración de la antigüedad en la misma (que condensa el tiempo de trabajo en la empresa o centro de trabajo).

En esa estrategia de cooperación en *la gestión del cambio adquiere un lugar central la negociación colectiva*. Una negociación colectiva en muchos aspectos “reactiva” pero también en otros aspectos “ofensiva” e “innovadora”. Las cláusulas de regulación de la reestructuración y de los procesos de innovación tecnológica no son muy abundantes pero cada vez más proliferan en los contenidos negociales. En ello inciden los grandes Acuerdos Interconfederales de Negociación colectiva, suscritos por los agentes sociales más representativos en el ámbito estatal. La perspectiva “reactiva” –de respuesta a una situación ya consumada- se centra principalmente en la repercusión de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las relaciones laborales, tratando de paliar o atemperar sus consecuencias “negativas”. La perspectiva “ofensiva” se centra en un enfoque previsor y proactivo como procedimiento de anticipación a los cambios cualitativos en curso. El tratamiento de las causas y la anticipación del cambio permiten elaborar una

estrategia coherente para atender a las crecientes exigencias de flexibilidad en las organizaciones productivas en un entorno cambiante. Hace posible atender a los factores determinantes de la crisis (“causas”) y no sólo incidir en los “efectos” sobre las relaciones laborales, pero lo que es más importante esta *metodología causal-explicativa* puede conducir a que tales efectos negativos sobre el empleo no lleguen a producirse, o que, en caso de hacerlo, sean más leves y menos traumáticos. Este enfoque es el propio de las políticas de Derecho “ofensivas”, por contraposición a las meramente “defensivas”. Esa flexibilidad organizacional representa la capacidad general de adaptación de la empresa que le permite afrontar los cambios necesarios en orden a mantener y mejorar su posición competitiva. Lo que se busca es crear “organizaciones flexibles” y “personas flexibles”. La eficiencia en la producción aumenta la intensidad de la subordinación del trabajador en términos de adaptación y disponibilidad permanente según las necesidades cambiantes del gobierno de la empresa flexible y en constante transformación productiva y tecnológica. Éste es el discurso dominante de la competitividad empresarial y la flexibilidad laboral constatable en los procesos de regulación legislativa y que tiende a penetrar en la praxis de autorregulación realizada por los propios agentes socio-económicos, en un intento (harto problemático en las actuales condiciones de dominio de la racionalidad económico-jurídica) de conciliar flexibilidad y seguridad (la ansiada fórmula de la “flexiseguridad”). Es el dilema del reformismo democrático-social de hacer compatible la eficiencia económica con la eficiencia socio-política en la construcción de la sociedad democrática. Se ha tratado de buscar la *gestión colectiva* de los efectos de las mutaciones empresariales y, en particular, de la modernización en materia de nuevas tecnologías de la empresa, aunque es menor el tratamiento de las decisiones sobre su introducción, esto es, sobre las causas o motivos de los procesos de innovación, y no sólo por sus consecuencias.

Se debe destacar que las nuevas formas de organización del trabajo (trabajo descentralizado, teletrabajo, la fábrica mínima y flexible, etc.) han supuesto una ruptura de la uniformidad de las condiciones de trabajo (pérdida de la uniformidad en materia de jornada y horario de trabajo, tiempo de prestación, condiciones salariales diversas e individualizadas, etc.). Las definiciones generales tradicionales del trabajo ya no se ajustan sin fisuras a las nuevas formas de trabajo profesional, que llevan a la diversificación y hacen difícil su reconducción hacia la unidad.

Pero los procesos de cambio también derivan de un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Un dato especialmente relevante es el retroceso o repliegue del Estado en la regulación material de las relaciones laborales y la apertura de espacios en favor de la autonomía colectiva negocial. En unos casos se trata de dejación de funciones

(crisis del garantismo; crisis, relativamente, del principio “dirigista”, que, como se indicará después, hoy tiende a renacer; descompromiso social con el desmantelamiento de garantías sociales); en otros, de falta de adaptación a los cambios en curso (estructuras de grupos, complejidad y variedad de las técnicas de subcontratación económica, etc.). Este retroceso de la norma pública supone la sustitución de un régimen laboral reglamentado por un régimen laboral contractualizado, colectivo en vía principal o individual en vía subsidiaria. La flexibilidad se ha realizado por la vía de la desregulación legislativa (mediante la supresión de las tradicionales normas de orden público laboral), acompañada de uso de la técnica del reenvío, asignando nuevas tareas a la negociación colectiva como fuente reguladora autónoma. Ello entraña un nuevo reparto de funciones dentro del sistema dualista de fuentes reguladoras de las relaciones laborales, caracterizado -según la opción de política legislativa adoptada- por la ocupación (o el intento de hacerlo...) de espacios por la autonomía colectiva que antes estaban reservados a la norma estatal.

Además de ese repliegue existe otro fenómeno de carácter “interno” a la propia Ley: ésta tiende cada vez más a separarse de la fuerza “inderogable” que antes le caracterizaba, dejando a la autonomía colectiva el esfuerzo de establecer la realización del más adecuado equilibrio posible entre los intereses contrapuestos. Ese repliegue de la normativa estatal comporta remercantilización del contenido de los derechos sociales, bien es cierto que se trata de potenciar en primera instancia la recontractualización colectiva como vía intermedia entre la regulación pública y la regulación individual. La negociación colectiva ha ido reflejando, interiorizándolos y conformando respuestas, tales mutaciones en el medio ambiente en el que opera. Se ha producido una ampliación de los confines de la negociación colectiva, tanto en la vertiente subjetiva como en la vertiente objetiva o de contenido regulador. En la actualidad la nota dominante ya no es tanto la de una colaboración en una función esencialmente distributiva, la fijación de mínimos de tratamiento económico y normativo y su conexas inderogabilidad; en la actualidad cobra trascendencia la función organizativa, la del gobierno de los conflictos derivados de los procesos de transformación de las organizaciones productivas o la del gobierno del mercado de trabajo externo. Para ello tiende a implantarse un nuevo equilibrio entre los niveles centralizados y descentralizados de negociación, con una inequívoca potenciación de la descentralización, considerando que el convenio de ámbito inferior está en mejores condiciones para responder a las exigencias más individualizadas de las empresas. Esa descentralización refleja no sólo la ruptura de las solidaridades en el mundo del trabajo, sino también la necesidad de dar respuestas diferenciadas a los problemas del trabajo en la empresa. En muchas ocasiones la negociación

colectiva viene siendo el instrumento apto para garantizar un principio de correspondencia entre el centro de decisiones real de la empresa económico-jurídica y ámbito o nivel empresarial en que tienen lugar las negociaciones colectivas, y se reconocen los sistemas de participación y representación de los trabajadores en la empresa. El exponente más significativo al respecto es el de la empresa de estructura compleja, bien en forma de grupo bien en las formas combinadas de empresa-red y otros fenómenos de “colaboración” interempresarial. No cabe desconocer que antes de la intervención del legislador, ha sido precisamente la negociación colectiva la que ha abierto vías para la implantación efectiva de la negociación, participación y representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa de estructura compleja.

Se nota así que la negociación colectiva tiende a ser un instrumento fundamental de la gestión de la empresa flexible y participada, sirviendo a una pluralidad de fines económico-sociales y de intereses concurrentes. En este sentido se han acometido los programas de flexibilidad laboral y los procesos de reestructuración de las empresas a través de una gestión consensuada de los planes de viabilidad y de los planes sociales de acompañamiento a los mismos. Se habla así de los convenios “ablativos”, de “solidaridad” o “concesión”, a través de los cuales se distribuyen entre los trabajadores –en garantía del mantenimiento de los niveles del empleo- los sacrificios derivados de las inestabilidades económicas empresariales, en contraposición al carácter tradicionalmente progresivo en que materia de beneficios en las condiciones laborales tenían los convenios colectivos (y que parecía oponerse a la “teoría de la incorporación”). Así pues, en su compleja función de gobierno de los intereses implicados en las relaciones laborales, en la operación de selección y síntesis de los intereses individuales en el colectivo, se pueden llegar al sacrificio de uno o varios (niveles retributivos, niveles ocupacionales, etc.) en salvaguarda de otros (mantenimiento de la ocupación, la propia supervivencia de la empresa...).

Adviértase que la negociación colectiva incide cada vez más sobre materias relacionadas con el empleo, y no sólo en las materias más tradicionales de las modalidades de contratación laboral, sino en la regulación de las estrategias negociales de fomento del empleo y su “reparto”, hablándose así de un “modelo de administración delegada y negocial del mercado de trabajo”. Con ello se acentúa esa ya aludida tendencia de la negociación colectiva contemporánea de preocuparse no sólo por el trabajador en activo, sino también por los trabajadores desempleados y excluidos socialmente (en gran medida a resultas de la falta de trabajo). Es una manifestación más de la preocupación de los agentes sociales por incidir en la condición general del ciudadano trabajador más allá de su condición de trabajador en activo. Por lo demás, se acrecienta la tendencia a incrementar su función de mercado y de protección social.

Con todo, la negociación colectiva se enriquece progresivamente de nuevos contenidos, también se produce una estrategia programada de los agentes sociales consistente en la búsqueda de una mayor descentralización funcional (Véase, paradigmáticamente, el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, capítulo I. “Estructura de la negociación colectiva. Flexibilidad interna”), con la relativa pérdida de la función homogeneizadora de la negociación colectiva de sector, tradicionalmente obtenida mediante la fijación de estándares mínimos que garantizaban la creación de solidaridades entre los colectivos laborales. Sin embargo, las últimas tendencias de la negociación colectiva permite comprobar que se trata precisamente de recuperar la función de dirección de la negociación colectiva, mediante la búsqueda de un sistema más equilibrado de reparto funcional de papeles entre los niveles más centralizados o macroeconómicos y los niveles descentralizados o microeconómicos. Con esta medida se ha tratado de reconducir las disfuncionalidades de la reforma legislativa de 1994 que propició una empresarización de las relaciones laborales y, en relación a ello, también un ascenso del fenómeno de la individualización.

Llegados a este punto se puede dejar constancia de que la negociación colectiva (convenios y acuerdos colectivos) constituye un instrumento de organización empresarial y un mecanismo de regulación del mercado de trabajo. Ello significa una evolución de la legislación promocional, que desde su tradicional visión conflictual, interesada simplemente en la instauración de un contrapoder en la fábrica, evoluciona hacia una visión sustancialmente participativa, interesada en la aportación de recursos para facilitar formas de composición concordada de los conflictos conexos a los problemas ocupacionales. La heteronomía, la plurifuncionalidad y complejidad de las funciones atribuidas a la negociación colectiva implican la multiplicidad de instrumentos negociales (convenios y acuerdos colectivos variados en sí mismos). De ahí la propuesta de que determinadas materias, sobre todo las vinculadas con la prevención de riesgos laborales, códigos de conducta y previsión social voluntaria, sean tratadas a través de instrumentos monográficos dotados de mayor estabilidad temporal y de contenidos reguladoras.

En esa lógica evolutiva de “adaptación” y de intento de gobierno del sistema de relaciones laborales, los agentes sociales no se han limitado a dar nuevos contenidos a la negociación colectiva, sino que también han abordado la necesidad de una reforma en profundidad de su estructura. Aunque con un carácter muy oscilante se busca un equilibrio entre los distintos niveles de negociación, a través de una modelo de reparto los distintos ámbitos. En general, se replantea la función atribuida a la negociación sectorial, que parece renunciar a la búsqueda de la homogenización de las condiciones de trabajo en todo el sector más allá de la especificidad de cada empresa, ahora

se hace más procedimental, y los ámbitos inferiores de negociación se fortalecen, con la tendencia a la centralidad de la negociación colectiva de empresa. En el plano de las instancias representativas ello se traduce en una mayor relevancia de la representación interna de los trabajadores en la empresa y la necesidad para los sindicatos de reencontrarse con el lugar de trabajo y con los problemas gestionales de las empresas.

En la misma dirección de los procesos económico-sociales, se han debido potenciar las funciones gestionales o de gobierno colectivo de la empresa y función cooperativa (negociación cooperativa o gestional). Tradicionalmente la negociación colectiva reflejaba sólo una posición defensiva de los actores con un peso muy importante –originariamente casi exclusivo– de la negociación en materia salarial. En especial, reflejaba la misma posición del sindicato como “poder de resistencia” frente a los empleadores y la negociación colectiva como contrapeso colectivo a la debilidad del poder del trabajador individual. Sin embargo, cada vez es más frecuente que los convenios colectivos (y no sólo los acuerdos empresariales de reorganización productiva) entren a regular la política de la empresa, teniendo por objeto la predeterminación negocial de ciertas decisiones empresariales o el establecimiento de mecanismos de procedimentalización o de decisión conjunta en la toma de determinadas decisiones relativas al funcionamiento de la empresa y señaladamente a la gestión de los “recursos humanos” (en rigor no mercantilizable, “agentes” o sujetos de la producción) en la organización productiva. Es así que el centro de gravedad de la negociación colectiva es la misma organización productiva en la que se insertan los trabajadores como elemento personal activo del proceso de producción. De este modo el convenio colectivo aparece como un mecanismo de gestión compartida de la empresa (la negociación colectiva como instrumento de participación de los trabajadores en los procesos de decisión concernientes a la marcha de la empresa), incidiendo directamente en los problemas relacionados con la situación económica y productiva. Siendo así que los poderes directivos del empresario se convierten el objeto mismo de la negociación colectiva, la cual delimita su alcance y contenido en una lógica participada de establecimiento de los ámbitos de gestión de la empresa. Evidentemente, dentro de este cambio juega también un papel de importancia un sindicalismo más participativo, como fenómeno del industrialismo tardío.

La negociación colectiva desempeña, igualmente, una función política–de “governabilidad” del sistema de relaciones laborales– que supone la combinación, más o menos intensa, entre el poder público y la autonomía colectiva negocial. De hecho ésta ha cumplido históricamente una función esencialmente “política” en sentido amplio, pues la negociación colectiva “bilateral”, en sí misma, permite encauzar pacíficamente los conflictos emer-

gentes en el mundo del trabajo, disciplina el “conflicto” abierto (conflicto declarado) a través del pacto que supone su juridificación. Las organizaciones profesionales son poderes políticos (no equivalente a poderes públicos) que actúan en los distintos planos de la estructura social, pero señaladamente en el ámbito de la economía del mercado y del mercado de trabajo reglado en particular. Las fórmulas de concertación social son el exponente más importante de esa función directamente política y que se plasma en los pactos sociales tripartitos y legislación negociada. Estas fórmulas siguen realizándose con las adaptaciones precisas y con modalidades de encuentro más próximas a los problemas objeto de regulación concertada. En las sociedades de capitalismo avanzado, la influencia de las organizaciones de intereses está más institucionalizada: en ella la racionalización de la toma de decisiones del Estado social (devenido en elemento estructural de cohesión en la sociedad) se realiza asociando más estrechamente al proceso político a los grupos de interés organizados. Las reformas laborales en los países europeos se realizan sobre la base de la concertación social, de pactos triangulares o bilaterales con el poder público, que permiten legitimar cambios estructurales en el sistema de relaciones laborales, y donde, dentro de su libertad de acción y de opción, las organizaciones sindicales atemperan a través del acuerdo sus intereses colectivos con los generales. Con todo, el problema que se plantea sobre el sistema de negociación colectiva es el de la difícil articulación entre los ámbitos centralizados y descentralizados de la negociación colectiva. Existe una fragmentación de los niveles de negociación colectiva, que pone de relieve una crisis de la capacidad de autogobierno del sistema de negociación colectiva y la crisis de la solidaridad y homogeneidad de las condiciones de trabajo.

Por un conjunto de factores diversos nuestro sistema de negociación colectiva ha pasado paulatinamente de caracterizarse por la relativa pobreza de sus contenidos (limitados ante todo al tratamiento de las cuestiones salariales y en general de índole económica) a su enriquecimiento y modernización. Ese cambio cualitativo no sólo ha sido inducido por las sucesivas reformas legislativas (inicialmente con el proceso de sustitución negociada de las ordenanzas laborales por convenios colectivos generales de carácter estatal; y lentamente han venido incidiendo no sólo en el nuclear art. 85 del ET, sino más ampliamente también en todo un conjunto amplísimo de materiales, como, por ejemplo, la negociación colectiva gestional prevista en los artículos 40, 41, 47 y 51 del ET), sino que han obedecido también, y de modo harto significativo, a la acción autorreguladora de los propios agentes sociales a través de los Acuerdos Interconfederales, especialmente desde el de 2002 hasta el último de 2012 (por ejemplo, la potenciación de los procedimientos de solución autónoma de conflictos -V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos labo-

rales, suscrito el 7 de febrero de 2012-, los planes de igualdad; el reforzamiento de la negociación colectiva como instrumento de ordenación y gobierno de las relaciones laborales más allá del tradicional énfasis y centralidad de la regulación de los aspectos sustanciales de las condiciones de trabajo, prevención de riesgos medioambientales, derechos sociales inespecíficos, nuevas formas de protección social complementaria, etcétera). En el plano de la política del Derecho estatal (heteronomía) y reflexiva (autonomía) se tiende a ampliar los espacios de regulación material atribuidos a la negociación colectiva. Se atiende desde luego a los aspectos profesionales, pero también se presta una mayor atención las cuestiones relativas a los derechos fundamentales (específicos e inespecíficos) de los trabajos y los problemas vinculados directamente a la gestión ordinaria y extraordinaria de las empresas, al medio ambiente (interno y externo a la empresa), a la participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa, a las “políticas” de empleo, etcétera. Ello no obstante las características de nuestro sistema productivo —en el que predomina la pequeña y mediana empresa— hace visible que más allá de las previsiones importantes de los grandes acuerdos existe una deficitaria recepción de ese proceso de enriquecimiento de los contenidos negociales en los convenios de niveles inferiores o incluso intermedios (provinciales). En ellos suele predominar el enfoque tradicional centrado en cuestiones salariales y en la mejora cuantitativa de las condiciones de trabajo. Pero en este distanciamiento entre las formalmente amplias posibilidades de negociación previstas en la ordenación legal y en los grandes Acuerdos Marco Interconfederales y su utilización muy limitada y poco imaginativa en los niveles de empresa e intermedios de negociación influyen la posición de debilidad de la autonomía colectiva conforme se desciende en la cadena, la correlación de fuerzas entre los actores sociales (desfavorable para la parte sindical; debilidad sindical) y la deficitaria cultura negociadora en la pequeña empresa.

Así, estas tendencias —frente a vaticinados retornos “incontenibles” al individualismo y la lógica de mercado autorregulador—, hoy por hoy, no hacen sino poner de manifiesto el carácter dinámico y la capacidad de adaptación flexible de la negociación colectiva en un contexto marcado por las transformaciones cualitativas del mundo empresarial y por las nuevas opciones político-legislativas imperantes en la nuevo Derecho Flexible del Trabajo.

3. LAS OPCIONES DE POLÍTICA DEL DERECHO ESTATAL: EL GIRO HACIA UN MODELO DE INTERVENCIÓN SELECTIVA Y MÁS “AUTORITARIA” EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Nuestro sistema jurídico ha adolecido de una falta de delimitación del espacio propio de la negociación colectiva; esa zona infranqueable por el

legislador estatal. Habría que acotar más nítidamente (y con algo más de precisión) los espacios vitales de poder en un sistema democrático de relaciones respecto al diseño o modelo de negociación colectiva, es decir, lo que “corresponde” al Estado (a la intervención estatal *garantista*) y lo que es competencia propia de la autorregulación autónoma colectiva (autorregulación en un sistema pluralista). Es el problema de dónde situar el reparto de funciones de la heteronomía y de la autonomía en relación a la estructura negocial (art. 37.1 CE). Nuestro modelo legal carece de una delimitación precisa del espacio propio atribuido a la autonomía negocial, lo que ha creado ciertas zonas de inseguridad que se han acentuado con las sucesivas reformas legislativas. Ello es tanto más necesario en la tradición del constitucionalismo social con Estado Social de Derecho; tradición, ésta, a la que pertenecemos. En tal sentido, el art. 37.1 CE pretende garantizar un principio general de autorregulación colectiva que confiere un amplio espacio vital para la autocomposición de los conflictos de intereses colectivos y del sistema de negociación colectiva; y para ello los interlocutores sociales (“representantes de los trabajadores y empresarios”, en los términos del art. 37.1 CE) deben disfrutar efectivamente de una libertad de negociación para la autodelimitación de la estructura y contenidos de la negociación colectiva dentro de los límites legales. Pero la estructura de la negociación colectiva es un campo específico y genuino que debe corresponder en lo principal a aquélla esfera de libertad colectiva. En todo caso, en la economía del art. 37.1 CE subyace la prohibición de un intervencionismo excesivo del Estado en el espacio de autorregulación colectiva: corresponde ante todo a los poderes el ser garantes e instancias de promoción del ejercicio de este derecho de libertad y autonomía; no instrumentaliza al servicio de sus propios fines más o menos generales.

No se puede dejar de reconocer que la negociación colectiva es expresión de un poder privado sustancialmente normativo que se el ordenamiento jurídico atribuye a los actores sociales para la autorregulación de los conflictos que les afecten y para la articulación de sus relaciones específicas. Por lo demás, el poder público debe respetar el espacio propio de la autonomía colectiva, imponiendo determinados niveles de negociación o cualquier otro cauce que obstaculice la libertad de negociación colectiva (Convenio OIT núm. 154 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva, artículos 1 a 8; Convenio OIT núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, a cuyo tenor, “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de

contratos colectivos, las condiciones de empleo"; Resolución núm. 163 de la OIT). De ahí se infieren límites del intervencionismo público.

Esa obligación de autocontención mal se compadece con la imposición estatal de una estructura determinada de la negociación colectiva, y la creciente limitación en cuanto a los contenidos negociales. Lo que se aproxima peligrosamente a los modelos autoritarios/corporativos de Derecho del Trabajo y de ordenación legal de las relaciones colectivas de trabajo. Y es que todo sistema democrático de relaciones laborales debe mantener un equilibrio difícil entre la heteronomía pública y la autonomía colectiva, teniendo en cuenta que lo que se produce, de modo inevitable, es una tensión de poderes de ordenación y regulación.

Una vez consagrado el principio de autonomía y autogobierno colectivo, la intervención estatal tiene que ser necesariamente respetuosa con ese ámbito de libertad de autodeterminación colectiva. En los modelos de tipo neocorporativista negociado débil –como es el propio de nuestro país y de los Estados europeos de referencia comparables–, se busca una gestión consensuada de los procesos sociales que aunque suponen una negociación política entre el gobierno y las organizaciones de intereses (concertación social), presuponen, igualmente, el reconocimiento de un espacio de libertad que le es propio a la negociación bilateral entre éstas últimas. Este espacio de autonomía es consustancial a un sistema democrático de relaciones laborales.

Pero con las últimas reformas legislativas se está produciendo un replanteamiento del modelo legal de negociación colectiva en un sentido decididamente más intervencionista y con la proliferación de normas de Derecho necesario absoluto, inmodificables que, además, inciden en el campo considerado como más propio de la autonomía colectiva (estructura de la negociación colectiva, preferencia de los convenios de empresa; duración del periodo de prueba en los contratos de apoyo a los emprendedores); de Derecho necesario relativo, pero manifiestamente desequilibrados en las relaciones de poder colectivo (ultraactividad de los convenios colectivos...). Quizás en esta perspectiva debería realizarse la relativa crisis del modelo neocorporativista débil (todavía vigente en España y en otros países europeos), aunque es relativa porque siempre hay espacio geopolítico de aplicación incluso dentro de un mismo Estado (v.gr., la relativa persistencia de la concertación social en el marco del Estado autonómico...), con influencia en la negociación colectiva. Se está produciendo una redefinición dinámica del modelo neocorporativista democrático, en un sentido más flexible y descentralizado tanto a nivel institucional como funcional o de acción sindical. Continúan las prácticas de Concertación menos general y a niveles medios (mesoconcertación) y micros; continúan, igualmente, la penetración institucional del sindicato más representativo en las instituciones públicas (participación institucional en expan-

sión). El neocorporativismo débil es, significativamente, la apuesta del Sistema Institucional de la Unión Europea, donde también se hace uso de las presunciones legales de representatividad sindical y se impulsa el diálogo social y distintas fórmulas de legislación negociada.

Ya se ha señalado que en la relación entre norma estatal y convenio colectivo, que operan en el marco del sistema de fuentes del Derecho, la norma estatal debe garantizar un efectivo espacio de regulación sustantiva y de gobierno de las relaciones laborales al convenio colectivo. En tal sentido, y sin perjuicio de que nuestro modelo normativo se asienta todavía sobre los presupuestos propios del garantismo jurídico, se aprecia un retroceso de la intervención legislativa de garantía social (desregulación legislativa) que coexiste con el fenómeno general de atenuación de la fuerza inderogable que ha venido caracterizando al orden público socio-laboral (dispositividad colectiva frente a la naturaleza imperativa de la norma pública). Ambos fenómenos encadenados han supuesto, en principio, la apertura de nuevos espacios funcionales para la regulación colectiva.

En cualquier caso, estos procesos no son lineales, ni menos aún inamovibles o irreversibles. Basta reparar no sólo en la vigencia formal del modelo garantista de relaciones laborales diseñado en nuestra Constitución, sino en el hecho de que en la coyuntura actual se asiste al *fenómeno inverso* de imperatividad absoluta de la normativa estatal respecto a la negociación colectiva y en particular respecto a su estructura y contenidos (v.gr., la prohibición de incidir sobre la regla legal de preferencia del convenio de empresa sobre restantes los niveles de negociación colectiva, art. 84.2 del ET; la imposición de formas de arbitraje obligatorio, art. 86.3 del ET). En este contexto la finalidad de la intervención normativa estatal no es de tipo promocional de la autorregulación colectiva, sino la de imponer un determinado “modelo” de estructura negociadora -y de preferencia negociadora- y limitar imperativamente, a través de normas de orden público absoluto, el derecho de libertad de negociación colectiva.

Lo que hay que destacar, pues, es el *giro significativo* en la política del Derecho que se viene produciendo en países europeos, como el nuestro, donde el Estado cuestiona ese espacio vital y desconoce y contradice abiertamente un Acuerdo Interprofesional: El II Acuerdo Nacional para el Empleo y la Negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, negociado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, el 25 de enero de 2012. Poco tiempo después, el R-D.Ley 37/2012 (luego con modificaciones, convalidado por Ley 3/2012) ignora y contradice completamente el acuerdo. Este tipo de orientaciones, permite contraponer dirigismo público y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructuración, funciones y contenidos de la negociación colectiva. En este contexto es obvio que el poder

gubernamental se muestra como un poder fortalecido en el marco de las políticas de austeridad que puede prescindir del apoyo de las organizaciones profesionales (especialmente de los sindicatos mayoritarios y más representativos) e impone sus decisiones de gobierno sobre el sistema de relaciones laborales y en particular sobre aspectos neurálgicos del modelo de negociación colectiva. Esta nueva orientación de la política legislativa produce una ruptura de los equilibrios institucionales y reparto de papeles e introduce una inquietante disponibilidad política del poder sindical. Es decir: no sólo no se respeta la autorregulación de una materia propia de la negociación colectiva al máximo nivel (v.gr. art. 83 del ET), sino que se rechaza toda posibilidad de una Legislación negociada en la materia, que había sido frecuente en la lógica operativa del llamado neocorporativismo democrático (Hoy por cierto en crisis, por esto y más cosas, como la crisis de representatividad sindical, las nuevas formas de organización de la economía y de la empresas, etcétera...).

Ese intervencionismo dirigista es criticable y en su razón de ser no se acomoda a los principios que conforman el sistema constitucional de relaciones laborales. En realidad, las reformas de 2011-2012 (en particular la de 2012) suponen la erosión del poder negociador de los trabajadores en el sistema de negociación colectiva, y en particular, de los sindicatos, en coherencia con un modelo de intervencionismo fuerte. La reforma del 2012, no está construida sobre la lógica de fomento de los procesos negociadores y tampoco sobre la lógica de la “dispositividad” para la autonomía colectiva negociada al máximo nivel. Se ha producido una suerte de “expropiación” o sustracción de “espacios vitales” propios de la negociación colectiva haciendo prevalecer el orden público laboral condicionante del derecho constitucional a la autorregulación colectiva, señaladamente en lo relativo a la estructura de la negociación colectiva, contenidos y vigencia de los convenios. Además, dando entrada a la juego “normalizado” de los procedimientos arbitrales obligatorios.

Este tipo de intervencionismo “dirigista” no sólo supone una devaluación y “contractualización” del instrumento convencional, sino que ante todo entraña, adicionalmente, un debilitamiento intrínseco de los poderes de negociación de los trabajadores a favor de la posición de poder de los empresarios. Se opera, así, una ruptura de los equilibrios de poder en el mismo interior del sistema de relaciones laborales, en la línea del Derecho flexible del trabajo y en el lento (y ahora no tanto) camino hacia la “individualización” efectiva de las relaciones laborales. He aquí cómo los modelos “legales” tienden a contrastar visiblemente con los modelos constitucionales formalmente vigentes (En contraposición a la lógica de los artículos 37 y 7 de la CE, que están siendo objeto de mutación tácita). Pero que también se contraponen a la normativa internacional de referencia. Así, entra en contraposición con el

Convenio 154 OIT (1981), que desautoriza esas intervenciones de “intrusión” en la esfera propia del espacio vital de la autonomía colectiva (arts. 5, y 8. Este último expresa: “Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva”).

En abierta contraposición con lo expresado por los propios interlocutores sociales se pretende imponer un determinado modelo de negociación colectiva. Efectivamente, el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-14 de 25 de enero de 2012, expresa que los interlocutores sociales reivindican su propio espacio regular. Por su parte, el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, suscrito por las organizaciones profesionales más representativas el 7 de febrero de 2012, apuesta por la mediación y el arbitraje voluntario: conforme al art. 8.2.b) del mismo el arbitraje “sólo será posible cuando ambas partes, de mutuo acuerdo, lo soliciten por escrito”, aunque se precisa seguidamente que podrá ser de sometimiento obligatorio en los supuestos expresamente previstos en el convenio colectivo de referencia aplicable.

En efecto, los interlocutores sociales habían presentado un modelo distinto no sólo respecto de la estructura, sino también en relación a las funciones y contenidos de la negociación colectiva. Así, en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se expresa que en cuanto a la flexibilidad interna, las Organizaciones firmantes consideran que los convenios deben incorporar como contenido mínimo la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, evitando el recurso al despido” (“Introducción”). Para las partes firmantes el convenio colectivo es el espacio adecuado para ordenar el uso flexible de elementos como el tiempo de trabajo y la movilidad funcional en un sentido complementario a las previsiones legales, de forma que su regulación convencional desincentive el uso de la extinción de la relación laboral como instrumento para la adecuación de la capacidad productiva al ciclo. Esta regulación deberá contemplarse como contenido mínimo del convenio. La flexibilidad interna en la empresa tiene tres conceptos sustanciales: tiempo de trabajo, funciones y salario. En tiempo de trabajo y movilidad funcional se acuerda distinguir dos niveles: flexibilidad ordinaria y flexibilidad extraordinaria temporal. Asimismo la flexibilidad en materia salarial, para los firmantes, supone que la estructura salarial tenga elementos variables, de forma que un porcentaje determinado de la cuantía salarial se haga depender de la situación y resultados de la empresa. En cuanto a los criterios para la actualización periódica de los salarios variables, se valorará la conveniencia de su modifi-

cación por los negociadores del convenio, sin perjuicio de que el empresario pueda modificar los actualmente vigentes mediante el procedimiento a que se refiere el artículo 41 del ET o, en su caso, del artículo 82.3 del ET. Finalmente, se contempla la inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, concretamente horario y distribución de la jornada de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento; y funciones; así como las causas para tal inaplicación inclusive de las condiciones salariales, todo ello mediante acuerdo. Asimismo se recogen directrices sobre el crecimiento moderado de los salarios para los años 2012, 2013 y 2014.

Resulta especialmente ilustrativo, el Capítulo II del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva, porque permite vislumbrar la voluntad de los agentes sociales de renovar y enriquecer los contenidos de la negociación colectiva; y hacerlo a través de instrumentos negociales. La idea es recuperar la iniciativa respecto una política legislativa que invade espacios vitales de la autonomía colectiva y trata de imponer su propio modelo de gobierno de las relaciones laborales. En el mismo se establecen previsiones en materia de empleo, formación, flexibilidad y seguridad y derechos de información y consulta, indicando que la difícil situación que atraviesa la actividad productiva se deben articular instrumentos que permitan un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, teniendo en cuenta que los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de empleo.

Esta innovadora (orientada hacia la *flexibilidad negociada*) regulación autónoma ha sido ignorada por el legislador de la Ley 3/2012, la cual incluso excluye la flexibilidad interna del contenido mínimo del convenio colectivo, y opta por una intervención reguladora directa y heterónoma de la ordenación de los contenidos, de la estructura y de otros aspectos del sistema de negociación colectiva. La ordenación legal unilateral produce un desequilibrio de poder en las relaciones laborales a favor de la posición del empresario, dejando en un segundo plano la opción por fórmulas de flexibilidad negociada o consensuada, como cauce de establecer un equilibrio entre flexibilidad y seguridad en el seno de las relaciones laborales. Estas medidas de intervención legal dificultan los instrumentos de flexibilidad negociada porque el mismo hecho del desequilibrio en favor de la posición del empleador dinamita las bases de una negociación de equilibrio.

4. EL REFORZAMIENTO DE LOS LÍMITES LEGALES AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS. EN PARTICULAR: LA JUBILACIÓN FORZOSA Y EL PERIODO DE PRUEBA

Como se ha señalado, con las últimas reformas legislativas de negociación colectiva se ha acentuado la tendencia *dirigista* del legislador expresada en normas prohibitivas de Derecho imperativo. En tanto que otras regulaciones normativa producen un desequilibrio manifiesto en las relaciones de poder entre los actores sociales (Es el caso de la ultraactividad ex art. 86.3 del ET, objeto de tratamiento en otro ensayo de este monográfico).

Sin embargo, siendo ese un rasgo común, cabe matizar inmediatamente que no estamos ante supuestos limitativos de la autodeterminación negociada sustancialmente equiparables como se verá a continuación.

Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa

La extinción del contrato de trabajo aduciendo las cláusulas convencionales de jubilación forzosa ha planteado siempre arduos problemas aplicativos y de interpretación. Problemas recurrentes que han motivado una abundante jurisprudencia y significativos cambios legislativos en sentido oscilante. Los últimos producidos en 2011 (RD. Ley 7/2011, de 10 de junio) y en 2012 (RD. Ley 3/2012, de 10 de febrero y la Ley 3/2012, de 6 de julio). Pero, además, las jubilaciones forzosas plantean un problema más complejo por la vinculación de los enfoques de política laboral (política de empleo y protección de los mayores) y de política de pensiones, dada la dirección de política del Derecho de prolongar la vida activa y de promoción del envejecimiento activo.

Las oscilaciones del legislador son expresivas de las tensiones de política del Derecho. No se olvide, al respecto, que el RD. Ley 5/2001, de 2 de marzo y la Ley 12/2001, de 9 de julio, establecieron que “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley, expresamente las siguientes: a) La disposición adicional décima de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo” (Letras a) de las disposiciones únicas del RD. Ley 5/2001 y de la Ley 12/2001). Después llegaría, paradójicamente, el nuevo giro operado por la Ley 14/2005, de 1 de julio, que otorga nueva vigencia a la disposición adicional décima del ET, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que la modificó y finalmente la Ley 3/2012, de 6 de julio, que dio un nuevo giro al suprimir la habilitación legal a la negociación colectiva para instaurar cláusulas convencionales de extinción contractual por cumplimiento de la edad de jubilación del trabajador.

Pero también lo son las oscilaciones interpretativas de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha partido de interpretaciones más estrictas respecto de las exigencias de justificación de las jubilaciones forzosas (v.gr., SSTs de 14 de octubre de 2009 y 20 de noviembre de 2012, entendiéndose que no es suficiente para cumplir la política de empleo la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, pues con ello no se mejora ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituye unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador), a una interpretación menos estricta, más flexible, respecto a las exigencias de motivación (Tal es el caso paradigmático de la STS de 21 de diciembre de 2012 –y antes SSTs de 11 de julio de 2012; 22 de diciembre de 2008–, que declara que el no amortizar la plaza del trabajador jubilado forzosamente y contratar a otra persona bastan para cumplir las exigencias de la Disposición Adicional 10ª del ET. Con lo cual se venía a admitir el “efecto desplazamiento/sustitución” del trabajador mayor, con el riesgo de someterlo a una lógica de “coste de transacción”).

Tampoco cabe desconocer que las cláusulas convencionales sobre jubilación obligatoria como causa extinción contractual por decisión unilateral del empleador habían venido superando el test de constitucionalidad, pero buscando un equilibrio entre los derechos e intereses en juego (vale decir, “en conflicto”). Así el Tribunal Constitucional declaró que: “las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina [SSTC 22/1981, de 2 de julio; y 58/1995, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de julio], las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si... procede la percepción de pensión de jubilación... 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo” (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, fj. 6; y 34/341/2006, de 11 de diciembre, fj. 3). Y que “la confluencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo... durante toda su vigencia, y la constatación de que la empresa, en la aplicación de la cláusula de jubilación obligatoria, ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador, permiten apreciar la existencia de una *justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial, ligados a políticas de empleo*” (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, fj.6; en términos parecidos, la 341/2006, de 11 de diciembre, fj. 3). Es manifiesto que para el Tribunal Constitucional estaría fuera de duda la inconstitucionalidad de jubilaciones forzosas incondicionadas, pues supondrían una lesión del derecho constitucional al trabajo (art. 35. 1 CE) e implicarían una discriminación por razón de la edad de los traba-

jadores de mayor edad (artículos 14 CE y 17.1 del ET). Y esta ha sido precisamente la línea interpretativa que ha seguido respecto de la Disposición Adicional 10ª del ET en sus diversas versiones legislativas. Pero es fácilmente constatable en un análisis de la negociación colectiva que existe una generalizada desatención a los objetivos de política de empleo que deben necesariamente justificar la extinción contractual por jubilación forzosa, siendo así que unas veces de manera expresa en los convenios colectivos y otras por vía implícita o simplemente *de facto* se acaban imponiendo jubilaciones forzosas del trabajador mayor de forma prácticamente incondicionada. Ello no sólo entraña un verdadero incumplimiento sistemático de la Disposición Adicional 10ª del ET, sino de los derechos constitucionales del trabajador mayor (garantizados en el grupo normativo integrado por los artículos 35.1, 14 y 41 CE), tal y como han sido interpretados por la jurisdicción constitucional.

Un criterio análogo –incluso más flexible y favorable a las cláusulas convencionales de jubilación forzosa– es el mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su Sentencia de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005) sentó la doctrina –en relación a la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, art. 6– de que son válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación en su modalidad contributiva, siempre que: a) dicha medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y b) los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto. La legitimidad de las cláusulas de jubilación obligatoria de los trabajadores mayores previstas en la negociación colectiva ha sido reiterada después en diversos pronunciamientos (SSTJUE 18 de noviembre de 2010 Asuntos acumulados C-250/09 y 268/09, de 5 de julio de 2012, Asunto C-141/11, de 6 de noviembre de 2012, Asunto C-286/12, de 12 de octubre de 2010, asunto Rosenblat C-45/09; 13 de septiembre de 2011, asunto Reinhardprigge, Michael Fromm, VolkerLambach/Deutsche Lufthansa AG, C-447/09).

Estas oscilaciones y problemas interpretativos derivan, sin duda, de la realidad jurídica de que en la jubilación forzosa del trabajador concurren distintos derechos subjetivos e intereses legítimos (artículos 35. 1, 14, 40.1, 41 de la Constitución), que son difíciles de conciliar, y que en todo caso han de ser atendidos y ponderados por la normativa estatal y por la normativa colectiva. De este modo, se ha de establecer un sistema equilibrado que garan-

tice a propio tiempo la permanencia en el trabajo sin diferencias injustificadas por razón de la edad, medidas que permitan la prolongación voluntaria de la edad de jubilación de las personas de edad avanzada para garantizar su derecho individual al trabajo y también en la medida en que ello pueda ser necesario para garantizar el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, junto a una distribución del empleo entre las diferentes generaciones.

En la lógica de fomento de la permanencia en activo y de garantía de los derechos constitucionales, tiene que ser objeto de limitación y penalización el uso de las Jubilaciones Forzosas por convenio colectivo (nueva disposición adicional 10ª del ET). En la redacción vigente, la posibilidad de que en virtud de convenio colectivo se pacte la jubilación forzosa está sometido a requisitos formalmente estrictos (que exista una razón de política de empleo concreta expresada en el propio convenio colectivo –este es el justificado motivo o principio de causalidad “empleativa”-; que el trabajador tenga cumplida la edad que le permita el acceso al régimen de jubilación ordinaria, no anticipada, sin reducciones en su pensión por razón de la edad de jubilación; y que sea objeto de pacto en convenio colectivo. Con lo que se adoptaría una “solución salomónica” en el criterio de legitimidad –validez- de esta clase de cláusulas pactadas en convenio colectivo), pero la práctica evidencia que su utilización continúa siendo desvirtuada y abusiva: así de la excepción lógica se ha pasado a la normalización (regla), con el abuso de su utilización en la organización productiva con carácter incondicionado¹ y fuera de las exigencias no sólo legales sino de las que corresponderían, en el plano ético, a toda responsabilidad social corporativa. Dos opciones de política del Derecho cabe plantear: endurecer el marco legal (condicionándolo a la sustitución de un trabajador desempleado, por ejemplo) o suprimir la habilitación legal para realizar jubilaciones forzosas. Debe derogarse, de nuevo, la habilitación legal para pactar jubilaciones forzosas en la negociación colectiva. Las razones coyunturales no deberían contradecir la lógica estructural del proceso de reformas del Pacto de Toledo en la dirección de favorecer no sólo el respecto a la edad

¹Resulta paradigmático el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado de 2009 (Res. de 3 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica; BOE, 12 noviembre 2009, núm.273), en cuyo art.59 (“Jubilación”) se dispone que “De acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público, la jubilación *será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad*”. No es baladí hacer notar que ya respecto al II Convenio Único para el Personal laboral al servicio de la Administración General del Estado (BOE 14-10-2006), el Tribunal Supremo había declarado el despido improcedente, porque el art.59 de dicho Convenio no cumple los requisitos previstos en la Disposición adicional 10ª de la LET en la que se ampara (STS, Sala Social, 14 de octubre de 2009, J 1650 y RJ 2009, 7600). Entiende que esa cláusula convencional no cumple la exigencia de justificación que establece la Disposición adicional 10ª del ET.

ordinaria de jubilación, sino también al derecho individual del trabajador a prolongarla voluntariamente la vida laboral más allá de dicha edad (retraso de la jubilación y jubilación flexible ex art.165.1 LGSS). Lo que se desea es establecer una nueva relación más positiva (“pro-activa”) entre Trabajo y Jubilación. Es una línea estratégica, no experimentada en el marco del Método Abierto de Coordinación y de las directrices de la renovación del Pacto de Toledo. Este es uno de los aspectos más evidentes que están pendientes en el proceso de reforma legislativa, junto con las prejubilaciones.

Es así que se imponía una alteración cualitativa del marco jurídico vigente: o bien la derogación de la disposición adicional 10ª del ET que entra en contradicción con la política de prolongación de la vida activa; o bien, alternativamente, una mayor exigibilidad y rigor (legal y judicial) en su funcionalización al servicio de una política de empleo coherente y no al simple ajuste de plantillas (dispositivos de ajuste de plantillas). Hay que tener en cuenta que la práctica de la negociación colectiva muestra la desatención a los objetivos específicos de la política de empleo y la posibilidad efectiva de una jubilación forzosa incondicionada. Estas cláusulas convencionales desvirtúan el *modelo legal de ponderación o equilibrio entre las tutelas concurrentes* (derecho individual del trabajador e interés colectivo de fomento del empleo). Es cierto que el Derecho comunitario permite la jubilación forzosa a través de convenio colectivo, siempre que exista una finalidad legítima y no se base exclusivamente en razón a la edad del trabajador (v.gr., STJCE 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, Asunto C-411/05, con coherencia con el art.6 de la Directiva 2000/78/CE), pero también hay que valorar más ponderadamente el derecho individual del trabajador mayor, la política de empleo y la adecuación con la política de pensiones y su sostenibilidad en términos de coherencia. No se puede desconocer que la admisibilidad de la jubilación forzosa determina que se produce un tránsito de la jubilación como derecho a un instrumento de una política de empleo, más o menos definida (objetivos “coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo”, es la redacción de la Disposición Adicional 10ª del ET); tampoco se puede ignorar el dato normativo fundamental de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea², art.21 (“No discriminación”), prohíbe toda discriminación ejercida por razón de edad, precisamente atendiendo el hecho de que la edad aparece como un *factor objetivo de debilidad o vulnerabilidad*

² Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En virtud del art.6.1, párrafo primero, del Tratado de la Unión Europea (en versión dada por el Tratado de Lisboa), la Carta proclamada en 2007 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Véase Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L (Dirs.), 2012.

dentro y fuera del mercado de trabajo. Pero la admisibilidad general de que la negociación colectiva pueda incidir en el ejercicio de los derechos individuales del trabajador (incluidas ciertas condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales; STC 58/1985, de 30 de abril) no debería confundirse con convertir la medida de jubilación forzosa en un simple instrumento de las políticas de reestructuración empresarial, invocando –explícitas o implícitamente– “necesidades empresariales” y genéricos objetivos de fomento del empleo. De ahí los requisitos impuestos en la vigente Disposición Adicional 10ª de la LET (STC 280/2006, de 9 de octubre³) y los exigidos en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJCE de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-144/04, Mangold, 16 de octubre de 2007, Asunto C-411/05, Félix Palacios Villa y 23 de septiembre de 2008, Asunto C-42/06, Bartsch, 12 octubre de 2010, Asunto C-45/09; STJCE de 12 enero de 2010, Asunto C-341/08) que, no obstante, parecen conferir un excesivamente amplio margen de discrecionalidad a la normativa interna).

La legitimidad de la medida extintiva se mide por la superación del test de racionalidad y proporcionalidad, que pone en conexión la medida –que sacrifica el derecho individual al trabajo– con la finalidad vinculada a objetivos específicos de política de empleo. En todo caso, no se puede desconocer que la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento del marco general para la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación, persigue evitar –ciertamente que ponderándola con otros bienes jurídicos relevantes objeto de tutela– la discriminación por motivos de edad, lo que implícitamente exige que se adopten legislativamente medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de los trabajadores mayores y no simplemente tutelas “defensivas” para el caso de su vulneración.

Un paso intermedio lo dio ya el Tribunal Supremo y su interpretación estricta de la habilitación legal de la Disp. Adic. 10ª. En esa dirección hermenéutica se inscribe la doctrina consolidada en la STS, Sala de lo Social, 22 diciembre 2008 (J 1767), que examina la Ley 14/2005, I-VII, disp. Trans.1, sobre falta de adopción por la empresa de medidas de mantenimiento o mejora de empleo en Jubilación forzosa por edad, considerando que concurre despido improcedente. Se entiende, entre otras cosas, que: -. “entre el sacrificio (individual) que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida (colectiva) de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable

³ Que no es baladí hacer notar que toma en consideración tanto los compromisos generales de política de empleo como la no amortización de puesto de trabajo de la empresa, habiéndose producido la contratación de otro trabajador a raíz de su jubilación (fj.8).

y proporcionado equilibrio justificativo” (fj. 10^a); -“las medidas de política de empleo –contrapartida al cese obligatorio- han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y de que no cabe justificación ad extra de ellas. La cuestión que en definitiva se plantea es si resulta suficiente –para justificar el cese forzoso por edad- que en el Convenio se pacten concretas medidas de política de empleo o si –por el contrario- es preciso que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo. Nos inclinamos por esta última exigencia, siendo así que la DA 10^a del ET establece que la jubilación forzosa por edad “deberá vincularse a objetivos... expresados en el convenio colectivo”...” (fj. 10^a). En realidad, admitir lo contrario sería dejar al trabajador mayor ante la máxima inseguridad jurídica sobre su vinculación en la empresa. No obstante, la medida más coherente sería considerar la extinción por jubilación forzosa sin motivación suficiente o razonable (es decir, sin la prueba de la existencia de una causa rea de despido ajena a la edad del trabajador) como despido nulo por discriminación basada exclusivamente en la edad del trabajador mayor (artículos 108.2 y 113 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social).

La última fase de la autorreflexibilidad legislativa sobre la jubilación forzosa conforme a las previsiones de la negociación colectiva, ha sido la Ley 3/2012 que en su disposición final 4^a Dos, da nueva redacción a la Disposición Adicional 10^a (“Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”), a cuyo tenor: “Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”. Por su parte, como ahora se indicará, la Disposición Transitoria 15^a de la Ley 3/2012 establece un régimen transitorio en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Con ello desaparece la habilitación legal a la negociación colectiva para establecer este tipo de cláusulas. Se trata de una prohibición absoluta y sin ningún tipo de excepción, que impide a los sujetos negociadores pactar cláusulas de jubilaciones forzosas que puedan ser aducidas como fundamento normativo por el empresario para extinguir unilateralmente el contrato de trabajo con ocasión del cumplimiento de la edad jubilatoria del trabajador. Constanda la prohibición expresa, lo único que hay que precisar son las condiciones del régimen transitorio de las cláusulas convencionales preexistentes.

Subyace a la prohibición el fracaso sistemático de este tipo de cláusulas para los fines reales de la política de empleo y también las nuevas direcciones

de política del Derecho encaminadas a proteger a las personas mayores y promover el envejecimiento activo en el marco de la política de pensiones (y su sostenibilidad). Y es que el análisis de la experiencia aplicativa de estas cláusulas, a pesar de las sucesivas limitaciones legales en la normativa habilitante, pone de relieve no sólo su uso desequilibrado y abusivo, sino que ante todo evidencia su desnaturalización generalizada: Lejos de cumplir una pretendida finalidad de política de fomento del empleo, lo que está permitiendo es la desatención del derecho individual a la jubilación en aras de facilitar la expulsión de los trabajadores mayores en las situaciones de crisis y en los procesos de reestructuración permanente del aparato productivo (se suele hablar, eufemísticamente, de medidas de “rejuvenecimiento de plantillas”). Las jubilaciones forzosas se han convertido en medidas instrumentales de gestión de personal, que contradicen precisamente la orientación político-jurídica en favor del alargamiento y prolongación voluntaria de la vida laboral de los mayores.

Es posible pensar en la sincera bondad de intenciones de los interlocutores sociales en el sentido de defender la subsistencia de esta vía de extinción contractual sobre la base de su funcionalización al servicio de una política de empleo coherente y no al simple ajuste de plantillas. De ahí el sentido de la apuesta por su mantenimiento en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014. La apuesta sindical por su pervivencia parecería comprensible. Pero no se trata en sí de un problema tanto de constitucionalidad como de una opción de una legítima opción de política del Derecho legal entre habilitar o no a la negociación colectiva para el establecimiento de este tipo de cláusulas. Desde este punto de vista el legislador es libre de mantener la habilitación legal a la negociación colectiva con las limitaciones pertinentes para hacerla compatible con la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional o suprimirla radicalmente dentro de las medidas comunitarias y nacionales encaminadas a favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad y, al propio tiempo, de garantía de sostenibilidad del sistema público de pensiones (según el apartado segundo de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012).

En el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 (texto base de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012, de 6 de julio) se recomendaba que era “prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. No debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales” (Recomendación 12 relativa a la edad de jubilación). En esta dirección se sitúa significativamente, el RD.-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promueven el enveje-

cimiento activo. Ello se incardina en la línea estratégica marcada por la Unión Europea, que determina orientaciones preferenciales de la política de empleo a seguir por los países miembros. Su Exposición de Motivos es expresiva de la *conexión funcional* que se pretende establecer en la política de pensiones y la política de empleo: El incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el aumento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad suponen elementos básicos para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones. Para ello, es recomendable vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral, y favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo.

Las iniciativas llevadas a cabo en este ámbito por España han sido muy problemáticas, pero coherentes con los planteamientos liberalizadores imperantes hoy en la Unión Europea entorno a propiciar la prolongación de la vida laboral. El Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito en fecha 2 de febrero de 2011 entre el Gobierno y los interlocutores sociales, y las orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011, configuraron una base sólida para la reforma del sistema de forma consensuada. Buena parte de sus planteamientos se plasmaron en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que supuso un avance muy relevante para reforzar la sostenibilidad del sistema de pensiones español. Esta norma se completó con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, que aprobó la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), por la que se establece el marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad. Cuestiones, éstas, abordadas por las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio de 2012 en el ámbito de la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo.

La Recomendación número 12 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo incluía referencias expresas a tres elementos que todavía deben ser abordados para asegurar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y el impulso efectivo del envejecimiento activo. Por un lado, es necesario conceder una mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador para favorecer la aproximación de la edad real de jubilación a la edad legal de acceso a la jubilación. Por otro, la jubilación anticipada debería reservarse a

aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización. Finalmente, debe facilitarse la coexistencia de salario y pensión. Por otra parte, la cuestión del envejecimiento activo debe abordarse de forma integral, ya que la transición entre vida activa y jubilación implica tanto a la política de Seguridad Social, como a las políticas de empleo. Por ello, se ha de atender también entre los objetivos a perseguir la lucha contra la discriminación por razón de la edad en el mercado de trabajo, así como la racionalización del sistema de prestaciones por desempleo para reforzar su vinculación con sus objetivos originales.

Con la nueva redacción –no derogación– de la Disposición adicional décima del ET se suprime la habilitación legal para establecer cláusulas convencionales de jubilación forzosa del trabajador con ocasión del cumplimiento de la edad de jubilación. Esto no significa que persistan ciertos problemas interpretativos de dos tipos:

Por un lado, precisar su alcance, y por otro, fijar el sentido y extensión del régimen transitorio que se establece en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 3/2012.

Por lo que se refiere al significado y alcance de la disposición adicional décima del ET en su nueva redacción, cabe decir que la norma es inequívoca en el sentido de lo que expresamente indica, a saber: declara la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la “edad ordinaria” de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, y, además, cualquiera que sea la extensión y alcance de las mismas. El problema práctico resuelto por la norma parecería circunscrito en una interpretación literal a la “edad ordinaria de jubilación” y no a otros supuestos donde pudiera acogerse otros parámetros de edad jubilatoria. Por lo que la prohibición no afectaría a las cláusulas convencionales que pudieran referir a jubilaciones forzosas en edades diferentes (anticipadas y/o postergadas) de la establecida como ordinaria en cada momento en el sistema de Seguridad Social, y además sin ningún tipo de limitación legal respecto a las condiciones de su establecimiento en la negociación colectiva. Es manifiesto que una a tal interpretación literal es rechazable por ilógica (sería ilimitada e incondicionada en las condiciones de su utilización) y por contradecir la misma racionalizada político-legislativa de la decisión jurídica corporeizada en la nueva redacción de la Disposición Adicional décima.

La interpretación literal no se acomodaría, sin duda, a la doctrina del Tribunal Constitucional ni tampoco a la normativa europea (tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en las Directivas que inciden en el principio de igualdad de trabajo y no discriminación), ni a la doctrina consolidada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De

este modo, la interpretación que ha de realizarse es de carácter eminentemente finalista, atendiendo pues a la *ratio iuris* de la norma y a las razones subyacentes. Ello no obstante, es merecedora de crítica la deficiente técnica legislativa utilizada y, en relación a esto, se impone la exigencia a título clarificador de una nueva redacción legislativa que deje explicitado que se ha suprimido la habilitación legal para todo tipo de cláusulas convencionales de jubilación forzosa, esto es, ni jubilaciones obligatorias convencionales a edades ordinarias ni a edades anticipadas y/o postergadas. En tal sentido se ha propuesto, razonablemente, una nueva redacción de la Disposición adicional 10ª del ET, a cuyo tenor: “Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de cualquiera de las edades de jubilación fijadas en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas” (Barrios Baudor, G.L., 2013, 180–181).

Por otra parte, hay que tener en cuenta el régimen transitorio previsto en la Disposición Transitoria de la Ley 3/2012, que permite, bajo ciertos límites explícitos y estrictas condiciones temporales, que se puedan causar pensiones de jubilación forzosa previstas en cláusulas de convenios colectivos; pensiones sometidas, lógicamente, al régimen común vigente de la pensión de jubilación en el orden jurídico de la Seguridad Social (artículos 160 y sigs. del RD. Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Ese régimen legal transitorio se establece atendiendo a las reglas siguientes:

1º). Lo establecido en la nueva redacción de la Disposición adicional décima del ET, se aplicará a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2012.

2º). Dicha Disposición adicional 10ª del ET se aplicará a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012 en los siguientes términos: a). Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca *después* de la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización.

b). Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido *antes* de la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha.

Con todo, una vez superado este periodo transitorio no podrán establecerse cláusulas de convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de edades de jubilación establecidas en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extinción y alcance de dichas cláusulas. Esta supresión de la habilita-

ción y la consiguiente declaración de nulidad de las cláusulas convencionales sobre extinción contractual por alcanzar una edad de jubilación en sí misma determinará que los agentes sociales imaginen y busquen otras vías de articulación de las políticas de empleo más coherentes y menos lesivas de los trabajadores mayores y asuman autocríticamente el mal uso generalizado de estas formas extintivas que se aprecia en la experiencia acreditada durante la larga vigencia de la habilitación legal de referencia.

El período de prueba en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores como límite a la negociación colectiva

Esta nueva modalidad de contratación nace formalmente como medida de fomento indefinida, pero pasando de la forma a la concreción de su régimen jurídico acaba siendo un contrato que fomenta la precariedad laboral. En su art. 4.3 establece que: “El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”.

Esta regulación merece ser criticada en un doble plano:

a). Por una parte, porque supone una desnaturalización del período de prueba que encubre en la práctica un despido *ad nutum* y sin indemnización alguna.

b). Porque impone una limitación legal no justificada a la negociación colectiva para establecer autónomamente una modulación de la duración del periodo de prueba como viene siendo permitido por la ordenación general ex art. 14 del ET, con resultados prácticos generalizadamente satisfactorios.

La ordenación legal permite, en efecto, el libre desistimiento unilateral del empleador durante un periodo de prueba de un año, prohibiéndose a la negociación colectiva que pueda establecer pactos en contrario. De nuevo se recurre a una norma absolutamente imperativa para la regulación colectiva. Por lo demás, la redacción legal permite una lectura inequívocamente desnaturalizadora del periodo de prueba en esta modalidad de contratación, pues el periodo de prueba es utilizado instrumental y disfuncionalmente como cauce para articular un desistimiento sin causa y sin indemnización del contrato de trabajo durante un año. Comparta la introducción en nuestro ordenamiento

jurídico-laboral de la facultad empresarial de libre desistimiento sin causa y sin indemnización. El principio de justificado motivo en la extinción del contrato de trabajo es inherente a la garantía constitucional del derecho al trabajo, formando parte del principio de estabilidad en el empleo (STC 22/1981, fjº. 8). Una regulación de estas características puede plantear serias dudas de constitucionalidad, porque en nuestro ordenamiento laboral el despido es una institución eminentemente causal y con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva a través de la correspondiente revisión judicial (Rodríguez-Piñero, M./Valdés Dal-ré, F./Casas Baamonde, M^a.E., 2012, 14; Moreno Vida, M^a.N., 2012, 198 ss.; Pérez Rey, J., 2012, 59 ss.). El derecho constitucional al trabajo (art. 35CE; Convenio OIT núm. 158, que impone el principio de causalidad y que en los supuestos de período de prueba requiere que la duración se haya fijado de antemano y sea razonable y no abusiva; art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que exige una efectiva protección del trabajador frente al despido basado en una causa razonable) incorpora el principio de causalidad o de justificado motivo en toda extinción contractual por iniciativa del empleador, prohibiéndose las extinciones *ad nutum* (Monereo Pérez, J., Molina Navarrete, C., 2002; Sastre Ibarreche, R., 1996; Monereo Pérez, J.L., 2012; Pérez Rey, J., 2004; Baylos Grau, A., Pérez Rey, J., 2009).

Esta configuración del legalmente llamado periodo de prueba en los contratos de apoyo a los emprendedores desnaturaliza la institución del periodo de prueba, pues si bien el periodo de prueba otorga la facultad de desistimiento libre de la relación laboral, la finalidad o razón de ser del instituto del periodo de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado. La función institucional del periodo de prueba estriba en que en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el art. 14 del ET, de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos. Mediante esta comprobación en el curso de la relación de trabajo se ahorran o reducen los “costes de transacción” (de tiempo, de esfuerzo y de economía) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión. A tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre las causas de extinción consignadas válidamente en el contrato de trabajo (art. 49. 1.b) del ET), no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige “carta de despido”(art. 55.1 del ET), ni el empresario ha de

expresar o acreditar las causas que motivan su decisión (art. 55.4 del ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso (art. 49.1.d) del ET).

Sin embargo, la libertad de desistimiento reconocida al empresario no es “omnímoda” ni absoluta, sino que tiene ciertos límites, establecidos en la ordenación legal y que ha concretado la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. Así, por un lado, el empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de una prueba realmente existente (art. 14. 1 del ET); lo que significa que, salvo imposibilidad, el desistimiento no puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación sobre el terreno de que el mantenimiento de la relación de trabajo no conviene a los intereses de una u otra parte del contrato. Por otro lado, la decisión de desistimiento no debe comportar una discriminación o lesión de derechos fundamentales del trabajador. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que se exceptúan de la regla general de libre resolución del contrato los supuestos de cese como lo sería la discriminación en el empleo de una mujer embarazada (SSTC 94/1984, 166/1988, 17/2007). Llega a la misma conclusión el Tribunal Supremo, al declarar igualmente que la facultad de desistimiento o resolución unilateral discriminatoria que viole el art. 14 CE vulnere cualquier otro derecho fundamental será nula y sin efecto (SSTS 2 de abril de 2007, rcud 5013/2005, 12 de diciembre de 2008, rcud 3925/2007, 6 de febrero de 2009, rcud 665/2008, 14 de mayo de 2009, rcud 1097/2008, 23 de noviembre 2009, rcud 3441/2008). Aún asumiendo esa doctrina, no obstante, se ha entendido que el cese de un trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo, sin otras circunstancias particulares, no constituye conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales, ni incurre tampoco en fraude de ley o abuso de derecho (STS de 12 de julio de 2011, rec. 2789/2011).

En todo caso, esta doctrina jurisprudencial pone de relieve la configuración y rasgos específicos de una institución que, como el periodo de prueba, asume una determinada función económico-social de relevancia jurídica. Es una institución que obedece a una determina función típica que le viene atribuida por el ordenamiento jurídico y que no puede ser desnaturalizada o desvirtuada para su utilización simplemente instrumental al servicio de otras finalidades distintas, y tanto más cuando se pretende que sirva de cobertura para la facilitación del despido libre sin causa y con privación de las garantías jurisdiccionales que le son propias al instituto jurídico general del despido. El contrato con periodo de prueba ha de servir funcionalmente a la prueba de aptitud y conocimiento mutuo profesional y todo su régimen jurídico debe ser respetuoso con los principios de razonabilidad y proporcionalidad (exigidos

por el Convenio OIT, núm. 158). La duración de un año del período de prueba en esta modalidad contractual de apoyo a los emprendedores se desvincula del elemento más característico de esta institución, que no es otro que la constatación en la práctica de las aptitudes profesionales y de la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado. La indisponibilidad colectiva sobre la duración del periodo de prueba -“un año en todo caso”- implica, entre otras cosas, su desconexión total con el tipo de puesto de trabajo y las tareas correspondientes a realizar, así como con la titulación profesional del trabajador. Además, un periodo de prueba de un año inamovible, con la consiguiente facultad empresarial de desistimiento acausal, supone que durante ese tiempo no existe ninguna protección específica para el trabajador frente a la decisión extintiva unilateral del empleador (véase el Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Madrid, 4 de octubre de 2012, pp. 65 ss.). El periodo de prueba en los contratos de apoyo a los emprendedores desnaturaliza el periodo de prueba y acaba creando durante el primer año de contratación una nueva modalidad de despido “*ad nutum*”: un despido libre sin indemnización y sin garantías jurisdiccionales. Este pretendido periodo de prueba desnaturalizado es incompatible con el derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE) y con el art. 30 (que garantiza el derecho a la protección frente al despido injustificado) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con fuerza normativa vinculante, pues fue elevada a rango de Tratado en virtud del art. 6 del Tratado de la Unión Europea (tal como resulta del Tratado de Lisboa).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la causalidad (justificado motivo) en la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador es una concreción inherente del derecho constitucional al trabajo (art. 35. 1 CE). (SSTC 22/1981, de 2 de julio, 192/2003, de 27 de octubre, 20/1994, de 23 de febrero, 20/1994, de 23 de febrero).

Pero es de señalar que esa fricción se ve, sin duda, acentuada por el carácter de imperatividad absoluta del plazo de duración del periodo de prueba, ya que de este modo la autonomía colectiva no tiene la posibilidad de neutralizar la fijación legal en contraposición con el régimen “general” u ordinario diseñado en el propio art. 14 del ET, que se caracteriza significativamente por abrir espacios a la flexibilidad negociada, esto es, a la libertad de negociación colectiva. Esa indisponibilidad colectiva impide que la negociación colectiva pueda establecer duraciones diversas del periodo de prueba que permitieran la adaptación de su régimen a las peculiaridades de cada sector y empresa. Lo que hace visible que la razón de ser de la norma es ofrecer a los empleadores como atractivo de esta modalidad contractual la posibilidad del

despido libre sin indemnización y posibilidades efectivas de reclamación judicial, dejando en un segundo plano las finalidades que le son propias al instituto jurídico del período de prueba. Desnaturalizado el período de prueba, el despido libre no tiene cabida en el texto constitucional. La reducción aquí del protagonismo de la negociación colectiva es, paralela y funcional, al fortalecimiento de los poderes unilaterales del empleador. En el nuevo Derecho flexible del trabajo parecen retroceder los mecanismos de flexibilidad negociada y de negociación cooperativa (codeterminación negocial) a favor de la flexibilidad impuesta unilateralmente por el empleador en el marco de una legislación pública de apoyo al incremento de los poderes empresariales (propia de un Derecho del Trabajo “invertido” en su finalidad de equilibrio de poderes en las posiciones jurídicas de los trabajadores y empresas y de sus organizaciones profesionales respectivas). Y la larga coyuntura de crisis económica y político-institucional actual está suponiendo un retroceso en las funciones y contenidos asumidos por la negociación colectiva en el marco de una constitución democrático social del trabajo que se ve desplazada por un distinto modelo de constitución flexible y liberalizadora del trabajo.

En el caso de las nuevas reglas legales respecto de la ultraactividad de los convenios colectivos, los interlocutores sociales han tratado de recuperar la iniciativa en virtud del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2012, 2013 y 2014 (II AENC), de 23 de mayo de 2013, sobre ultraactividad de los convenios colectivos. Pero ello ha sido posible ante una norma estatal que, como la contenido en el art. 86.3 del ET, se ha configurado como *dispositiva* respecto de la autonomía colectiva, y no como de Derecho necesario absoluto y como tal inalterable (“Transcurrido un año –expresa el art. 86.3 del ET- desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, *salvo pacto [colectivo] en contrario*, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”). Recuperar la iniciativa y el protagonismo en el espacio de decisión y regulación que les es propio a los interlocutores sociales es un reto ante las nuevas políticas del Derecho –articuladas a escala europea y nacional- que tienden a apartarse de la tradición del constitucionalismo democrático-social en favor de un constitucionalismo social débil y, consiguientemente, también de la orientación promocional de la acción sindical y, en particular, de apoyo a la negociación colectiva.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.): *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2005.
- “Jubilación forzosa y convenio colectivo (la disposición adicional 10ª ET)”, en VV.AA.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Madrid, Iustel, 2007.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La jubilación forzosa en la negociación colectiva”, en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011.
- BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Crónica de una muerte anunciada: Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa”, en *Aranzadi Social*, núm. 11 (2013).
- BAYLOS GRAU, A. y MERINO SEGOVIA, A.: “Códigos de conducta negociados”, en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., MARCOS GONZÁLEZ, J.I., y MOLINA NAVARRETE, C.: *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (Dir.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- DE VAL TENA, A.L.: “Sobre la duración (abusiva) del periodo de prueba: contratación temporal y contratación indefinida”, en *Aranzadi Social*, núm. 5 (2008).
- DURÁN BERNARDINO, M.: “Extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad de jubilación”, en VV.AA.: *Reformas estructurales y negociación colectiva*, XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Prados de Reyes, F.J. (Coord.), Sevilla, CARL, 2012.
- GALLAR FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, estudio preliminar, “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000.
- GARCÍA BLASCO, J.: “El contenido del convenio colectivo (En torno al artículo 85)”, en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años Después*, vol. II, Madrid, Civitas, núm. 100 (2000).

- GARCÍA MURCIA, J.: “Contenido normativo y contenido obligacional en los convenios colectivos laborales”, en *Actualidad Laboral*, núms. 23-24 (1988).
- GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, I.: “Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos”, en *Documentación Laboral*, núm. 25 (1988).
- GARCÍA VIÑA, J.: *La negociación colectiva en España tras las últimas reformas*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2011.
- GIUGNI, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, traducción y estudio preliminar, “La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: Balance y perspectivas”, Granada, Ed. Comares, 2004.
- IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “El contenido del convenio colectivo tras las últimas reformas legales”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., MARÍN ALONSO, I. (Coords.): *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013.
- KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno, Madrid, MTSS, 1987.
- LOI, P.: “El principio de razonabilidad en la discriminación por edad”, en VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, MERCADER UGUINA, J. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa; el caso Palacios de la Villa”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102 (2013).
- MERCADER UGUINA, J.: “Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas”, en VV.AA.: *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2002.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “A vueltas con las “cláusulas de jubilación forzosa”: nuevos capítulos para una ¿historia interminable?”, en *La Ley*, 2007/I.
- MONEREO ATIENZA, C.: “No discriminación (Artículo 21)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1996.
- “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a. N. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2002.

- “Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en COMISIÓN CONSULTATIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 1999.
 - “El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, en VV.AA.: *La reforma del sistema de pensiones*, Antón, A. (Coord.), Madrid, Talasa Ediciones, 2010.
 - “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo”, en *Aranzadi Social*, núm. 15 (2010).
 - “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”, en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011.
 - “La reforma concertada de las pensiones: El Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25 (2011).
 - “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I y II), en *Relaciones Laborales*, núms. 6-7 (2011).
 - *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
 - “Libertad profesional y derecho a trabajar” (Artículo 15), “Protección en caso de despido injustificado” (Artículo 30) y “Derecho a la negociación colectiva y acción sindical” (Artículo 28), todos en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012.
 - *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Ed. Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Guía de negociación colectiva. Los Planes y Fondos de Pensiones*, Sevilla, CARL, 2009.
- *Especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Ed. Comares, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M^a. N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 2005.
- “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, en *Temas Laborales*, núm. 76 (2004).

- MORENO VIDA, M^a.N.: “Los contenidos de la negociación colectiva”, Ponencia en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Soto Rioja, S. (Coord.), Sevilla, CARL, 2009.
- “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, Ponencia en *El futuro de los mercados laborales*, el XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, MTI, 2010.
 - “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, en *Temas Laborales*, núm. 115 (2012).
- OJEDA AVILÉS, A.: “Contenido del convenio colectivo”, en *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- OLARTE, S.: “El papel de los interlocutores sociales ante la reforma de la negociación colectiva: retos y opciones”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 58 (2012).
- PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: Una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 57 (2012).
- “Un nuevo contrato estrella: La modalidad contractual de apoyo a los emprendedores”, VV.AA.: *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La reforma laboral”, en *Relaciones Laborales*, núm. 5 (2012).
- SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN, C.: “Los derechos fundamentales (inespecíficos) de los trabajadores en la Negociación Colectiva”, en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2003.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “La jubilación forzosa y su evolución legislativa”, en VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación. Marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2011.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “El fomento de la contratación indefinida: El nuevo contrato para emprendedores”, en *Temas Laborales*, núm. 116 (2012).

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- “La desnaturalizada recepción por el Estatuto de los Trabajadores de la dualidad del contenido del convenio colectivo”, en *Relaciones Laborales*, 2008/II.
 - “La recreación por la jurisprudencia del concepto del contenido normativo del convenio colectivo”, en *Relaciones Laborales*, 2008/II.
 - “La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada”, en *Relaciones Laborales*, 2008/II.
 - “El contenido normativo del convenio colectivo estatutario”, en *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008.
 - “El deber de negociar medidas y planes de igualdad: el marco jurídico general”, en *Relaciones Laborales*, 2011/II.
- VICENTE PALACIO, A.: “Jubilación forzosa”, en VV.AA.: *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.F. (Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- VV.AA.: *La negociación colectiva en la mediana y gran empresa: El proceso de adaptación al cambio estructural*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, Moreno Vida, M^a.N. y Gallego Morales, Á.J., Madrid, MTAS, 2003.
- VV.AA.: *El estadio actual de la negociación colectiva en España*, Madrid, MTAS, 2003.
- VV.AA.: *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, COOO, Escudero Rodríguez, R. (Coord.), Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- VV.AA.: *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva*, Madrid, MTAS, 2001.
- VV.AA.: *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*, Molina Navarrete, C. (Coord.), UGT-Andalucía, Sevilla, 2006.
- VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en la Europa Comunitaria*, SALA FRANCO, T. (Dir.), Valencia, tirant lo blanch, 2008.
- VV.AA.: *Manual jurídico de negociación colectiva*, Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008.
- VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2010.
- VV.AA.: *La reforma de la negociación colectiva*, García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2011.