

## El marco laboral español tras las reformas

Federico Durán López\*

**Los defectos del marco regulador de las relaciones laborales en España resultan bien conocidos. Y sus consecuencias sobre el empleo, no solo sobre su creación y destrucción, sino también sobre su *calidad*, están también suficientemente documentadas. Un marco legal, fuente de rigideces, proclive a una visión *administrativizada* de las relaciones laborales y poco sensible a las exigencias del sistema productivo, a la productividad del trabajo y a la competitividad de las empresas y de la economía. La reforma llevada a cabo en 2012 trató de afrontar esta situación, aliviando, por una parte, la presión competitiva que la dinámica de los costes laborales suponía para las empresas y facilitando, por otra, la adaptabilidad de las relaciones laborales, permitiendo una gestión flexible de las mismas para evitar la destrucción de empleo como mecanismo de ajuste. Si bien en el primero de los casos los objetivos de la reforma han sido claramente alcanzados, la conclusión no puede ser la misma en lo que se refiere a la flexibilidad laboral. La doctrina judicial, tanto en lo que se refiere a la modificación de las condiciones de trabajo, como a los despidos por causas económicas y a la negociación colectiva, ha limitado en gran medida, cuando no anulado, las novedades más importantes de la reforma de 2012 aumentando además la inseguridad jurídica de las empresas.**

El marco legal regulador de las relaciones laborales, constituido fundamentalmente por el Estatuto de los Trabajadores, con sus numerosas modificaciones y con su ingente normativa de desarrollo, ha vivido, en lo sustancial, ajeno a las transformaciones de los procesos productivos, de la economía, de las empresas y de la sociedad. Y ha seguido anclado en una regulación excesiva,

compleja y defectuosa técnicamente, a la que acompaña una intervención administrativa invasora de las esferas propias de las relaciones contractuales de las partes del contrato de trabajo. En general, puede decirse que el Estatuto mantuvo los esquemas reguladores del franquismo, paternalistas e hiperprotectores, a los que añadió el reconocimiento de la libertad sindical y del dere-

\* Catedrático de Derecho del Trabajo. Abogado.

cho de huelga, generando una especie de monstruo caracterizado por el mantenimiento de unas relaciones laborales de corte corporativo pero gestionadas por organizaciones sindicales y empresariales libres y dotadas, sobre todo las sindicales, de los medios de acción que el ordenamiento jurídico considera que deben acompañar a dicha libertad.

Marco legal, pues, fuente de rigideces, proclive a una visión administrativizada de las relaciones laborales y poco sensible a las exigencias del sistema productivo, a la productividad del trabajo y a la competitividad de las empresas y de la economía. Y, y esto es lo más grave, al que se añade una negociación colectiva que solo formalmente puede decirse que haya superado las previas experiencias corporativas y que se constituye en un factor adicional de rigidez y de mortificación de la productividad y de la competitividad. El convenio colectivo, dotado de naturaleza normativa y no de la contractual que debería corresponderle, con eficacia general para todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, y no solo limitada a los representados por los negociadores, y con irrefrenable tendencia a limitar cuando no a anular las posibilidades reguladoras de los contratos individuales de trabajo, ha sido, probablemente, el principal factor determinante de la rigidez de nuestras relaciones laborales. Si, además, tenemos en cuenta que la negociación prevalente ha sido y sigue siendo la sectorial (provincial para más señas), nos encontramos con un exorbitante poder regulador conferido a las organizaciones empresariales y sindicales que han podido decidir, sin mayores miramientos, el ámbito de aplicación de los convenios (incluyendo subsectores y empresas completamente ajenos a la negociación) y la regulación de las relaciones laborales sin dejar apenas margen para el contrato individual ni para el ejercicio de facultades discrecionales del empresario.

Junto a todo ello, hay que señalar que la negociación colectiva, aparte de fuente de rigidez, ha sido claramente inflacionaria. El análisis de la evolución de los costes laborales antes del desencadenamiento de la crisis, pone de manifiesto que la tan pregonada moderación salarial

no ha existido, y que la dinámica retributiva resultante de los pactos colectivos ha provocado una pérdida continua de competitividad de nuestras empresas. Ello es consecuencia, por una parte, de una negociación de los incrementos retributivos llevada a cabo, fundamentalmente, a nivel sectorial, sin atención a las situaciones específicas de las empresas ni de las unidades productivas y al margen de la evolución de la productividad del trabajo, y, por otra, de la particular regulación legislativa de la vigencia y aplicabilidad de los convenios. Hasta las recientes reformas, en efecto, la regla general era el mantenimiento de la aplicabilidad de los convenios colectivos, aún denunciados y vencidos, hasta la firma de un nuevo convenio. Esta era la famosa *ultra-actividad*, que implicaba la obligación, para las empresas, de seguir aplicando los convenios, por imperativo legal, más allá del periodo pactado para su vigencia. Lo que ha provocado una dinámica negociadora en la que se trataba, por parte sindical, de añadir, en cada ocasión, algo más a lo previamente obtenido. Algo más que, en todo caso, implicaba más salario y menos jornada. En definitiva, una negociación poco proclive a la renovación de sus contenidos y a reflejar las exigencias de la productividad, y tendencialmente instalada en el incremento continuo de los costes laborales.

Sumariamente descrito, este era el panorama de nuestras relaciones laborales, instaladas en una pérdida continua de competitividad, como consecuencia del incremento de los costes laborales, y sujetas a una serie de rigideces normativas (de origen legal y convencional) que provocaban que el empleo fuese el principal instrumento de ajuste a disposición de las empresas ante cambios estructurales o ante simples oscilaciones negativas de la coyuntura. Unos de los factores que explican nuestro elevado desempleo, y la volatilidad del empleo creado en los momentos de crecimiento económico, es precisamente la dificultad con que tropezaban las empresas a la hora de adaptar la organización productiva y las condiciones laborales a las cambiantes exigencias del entorno económico, lo que llevaba, como hemos indicado, a que el ajuste se realizara sobre el volumen de empleo

## Objetivos e instrumentos normativos de la reforma de 2012

Las reformas de los últimos años, y en particular la llevada a cabo en 2012, tratan de afrontar esa situación, aliviando, por una parte, la presión competitiva que la dinámica de los costes laborales suponía para las empresas y facilitando, por otra, la adaptabilidad de las relaciones laborales, permitiendo una gestión flexible de las mismas para evitar la destrucción de empleo como mecanismo de ajuste. Puede decirse que estos son los dos grandes objetivos de la reforma: uno, inexpresso, que persigue el ajuste de costes laborales, y otro, reiteradamente expresado, que pretende ampliar la esfera de discrecionalidad reconocida al empresario con el objeto de facilitar la flexibilidad y adaptabilidad de las relaciones laborales para evitar, en lo posible, la destrucción de empleo.

---

*Dos han sido los grandes objetivos de la reforma de 2012: uno, inexpresso, que perseguía el ajuste de costes laborales, y otro, reiteradamente expresado, que pretendía ampliar la discrecionalidad del empresario con objeto de flexibilizar las relaciones laborales y evitar, en lo posible, la destrucción de empleo.*

---

Vamos a ver cuáles han sido los instrumentos normativos utilizados para alcanzar esos fines y cuál ha sido, hasta ahora, el resultado de su aplicación. Antes de nada hemos de aclarar que la reforma es modesta en sus pretensiones y tímida en sus planteamientos. Y, además, de una factura técnica ciertamente deficiente. En efecto, el legislador ni se plantea refundar el marco normativo laboral, construyendo una legislación adaptada a la hora presente y suprimiendo toda la ganga corporativa que aún la adorna. Son solo cambios concretos de determinados aspectos de la regulación que tienen particular incidencia en la evolución de los costes laborales y en la flexibilidad. Uno de los problemas aplicativos de la reforma, precisamente, que explica la falta de respeto, por

parte de los tribunales, a los planteamientos de la misma, es que los cambios normativos introducidos tienen que convivir con el conjunto de una regulación muchas veces inspirada en principios y criterios que están en claro contraste con los que pretende introducir la reforma. En particular, ello se hace evidente en la reforma de la negociación colectiva: pretender adaptar algunos aspectos de la misma, para que sus propios protagonistas cambien pautas negociadoras sin que haya cambiado el modelo de negociación y de convenio, se ha revelado una pretensión ilusoria. Si a ello se añade que el rigor técnico no ha salido bien parado en todo el proceso, se comprende que los buenos deseos del legislador no se hayan correspondido en muchos casos con las situaciones derivadas de la aplicación de la reforma.

Dicho eso, ¿cómo se ha tratado de facilitar el ajuste de costes? En primer lugar, permitiendo que la modificación sustancial de condiciones del trabajo, que el empresario puede acordar con las representaciones laborales o decidir unilateralmente a falta de acuerdo, cuando concurren razones económicas, técnicas, organizativas o de producción para ello (siempre, sin embargo, con control judicial posterior, que ha de apreciar la concurrencia de dichas razones), pueda afectar a la cuantía salarial. Ello ha permitido ajustes a la baja de las condiciones retributivas aplicadas en la empresa (siempre que fueran superiores a las del convenio aplicable). En segundo lugar, estableciendo la preferencia aplicativa de los convenios de empresa sobre los sectoriales en materia salarial. La negociación de empresa se ha convertido, así, en una vía de escape del corsé retributivo fijado sectorialmente. En tercer lugar, regulando la posibilidad de inaplicar en la empresa las condiciones pactadas en un convenio bien sectorial, bien de la propia empresa, ofreciendo de esa manera a las empresas una vía alternativa (lo que se ha llamado el *descuelgue*) para escapar de regulaciones que, por determinadas circunstancias, se han vuelto insostenibles. Bien es verdad que debiendo respetarse una previa negociación con las representaciones laborales y quedando excluida en todo caso la decisión unilateral de la empresa, sustituida, en caso de falta de acuerdo, por el arbitraje

de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos (o del órgano autonómico correspondiente). Por último, en cuarto lugar, limitando a un año la exigencia de seguir aplicando el convenio vencido, con el objeto de facilitar la renovación de sus contenidos y de evitar el atrincheramiento sindical en el contenido del precedente convenio, para intentar, a partir de él, obtener nuevas concesiones (entre las que, en todo caso, los incrementos retributivos).

El aumento de la flexibilidad, por su parte, se persigue tratando de facilitar la adopción de decisiones empresariales relativas a la organización del trabajo. En esa línea, nuevamente, hay que hacer referencia a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (con particular importancia de lo relativo a la ordenación del tiempo de trabajo), a la distribución irregular de la jornada, a la clasificación profesional (mediante grupos profesionales, fomentando la movilidad y polivalencia funcionales), y la modificación también de la negociación colectiva, potenciando la negociación de empresa, facilitando la inaplicación de condiciones convencionales y limitando, como ya hemos indicado, la aplicación *ultraactiva* de los convenios. Igualmente, aunque en este caso se incide sobre el volumen de empleo, la reforma de los despidos económicos pretende aumentar el margen de decisión empresarial (suprimiendo la autorización administrativa previa), limitando el alcance del control judicial de las decisiones empresariales (que se debería limitar a comprobar la existencia de la causa alegada para fundar el despido) y fomentando la negociación con las representaciones laborales (lo que implica un aumento significativo de las obligaciones formales y de información en la tramitación de los despidos). Lo más relevante de todo ello, quizá sea la mayor facilidad para decidir modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, considerando que la concurrencia de las causas, económicas, técnicas, organizativas o de producción, requeridas para ello debe ser menos exigente que en los supuestos de despidos colectivos, y que las exigencias probatorias al respecto deben ser también menores para las empresas. El mensaje (curiosamente más por las afirmaciones del legislador recogidas en la exposición de moti-

vos de la ley que por los cambios en la letra del precepto) es que, para evitar recurrir a la reducción de las plantillas, las modificaciones de condiciones de trabajo, preservadoras del empleo, deben ser más fáciles para las empresas.

## Resultados de la reforma de 2012

¿Cuáles han sido los resultados, transcurridos ya tres años desde su entrada en vigor, de la reforma? Si desde el punto de vista del ajuste de los costes laborales podemos decir que los objetivos perseguidos por la reforma han sido claramente alcanzados, la conclusión no puede ser la misma en lo que se refiere al aumento de la flexibilidad laboral. En cuanto a lo primero, la moderación salarial sí puede decirse que está, por ahora, sólidamente instalada entre nosotros. El ajuste ha sido significativo y ha sido uno de los factores que han permitido la mejora de la competitividad empresarial y el incremento de las exportaciones. También es cierto que no han faltado las sombras, y el esfuerzo de empresas y trabajadores al respecto se ha visto paradójicamente enfrentado a un aumento de los costes asociados a las cotizaciones sociales. El aumento de las bases máximas de cotización (un 5% cada año en 2013 y 2014), la sujeción a cotización de las retribuciones en especie anteriormente excluidas y otras medidas menores (pero de impacto eco-

---

*La reforma laboral de 2012 ha dado lugar a un ajuste significativo de los costes laborales que ha mejorado la competitividad de las empresas. Sin embargo, esta vía del ajuste salarial tiene ya, probablemente, poco recorrido. Los incrementos retributivos futuros deberían asociarse al crecimiento de la productividad y afrontarse no a nivel sectorial, sino en función de las circunstancias de cada empresa.*

---

nómico no desdeñable) en el terreno de la cotización por contingencias profesionales, han venido a

contrarrestar en parte los esfuerzos de contención retributiva que han tenido lugar. Por otro lado, el ajuste retributivo, junto a los efectos positivos reseñados, ha tenido consecuencias sociales negativas y, desde el punto de vista económico, ha sido también un factor de depresión del consumo. Lo que sucede, sin embargo, es que esta vía del ajuste salarial tiene ya, probablemente, poco recorrido. Hay poco margen para plantear mejoras competitivas adicionales sobre la base de la reducción adicional de los costes laborales. Lo cual no significa que podamos volver a las prácticas negociadoras del pasado. Los incrementos retributivos que puedan plantearse deben estar en todo caso cubiertos por incrementos de la productividad y deben afrontarse no mediante subidas salariales indiscriminadas a nivel sectorial, sino en el ámbito, y en función de sus circunstancias específicas, de cada empresa. Si nuestras relaciones laborales no se mueven en ese sentido, probablemente medidas normativas más incisivas serán necesarias.

En cuanto a la flexibilidad, la situación es mucho más compleja. Podemos distinguir, al respecto, tres aspectos fundamentales de la reforma: la flexibilidad interna vía modificación de condiciones de trabajo, la flexibilidad externa a través de los despidos económicos y la negociación colectiva. Cada uno de ellos merece una reflexión separada.

Inicialmente, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien mediante acuerdo bien por decisión unilateral del empresario ante la falta de acuerdo, se vio facilitada en la práctica, a pesar de la modestia de los cambios normativos a ella referidos. Los tribunales interiorizaron el designio del legislador de facilitar la adaptabilidad interna de las empresas y, si se respetaban las condiciones formales establecidas, permitiendo la negociación con las representaciones laborales y facilitando a las mismas la información pertinente, la exigencia de acreditación de concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción era menor que en los supuestos de despidos colectivos. Lo que se venía a decir era que las causas, o mejor, su *intensidad* no era la misma en uno y otro caso, y que por tanto las exigencias probatorias de su concurrencia eran

también menores. Además, acreditadas las causas, con este menor rigor, tendía a respetarse la decisión empresarial de modificación de condiciones fundada en las mismas.

Sin embargo, conforme avanza la experiencia aplicativa de la reforma, esta inicial aceptación de una mayor facilidad para la implantación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo va progresivamente matizándose. En ello, curiosamente, influye la actuación del Gobierno, que tanto se queja a veces de la incompreensión de los jueces. En efecto, el Real Decreto 1362/2012, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, introduce, en la regulación de los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos, criterios de control de la pretensión empresarial que vuelven a señalar la necesidad de comprobar la adecuación y proporcionalidad de la misma, y no solo la subsistencia de las causas alegadas para fundarla. Ello permite a la Audiencia Nacional, por ejemplo, volver a sostener la necesidad de emplear técnicas de ponderación basadas en la razonabilidad y proporcionalidad de la medida empresarial enjuiciada (por todas, Sentencia AN de 11 de marzo de 2013, con referencia en el caso concreto al despido pero con una doctrina extrapolable a los supuestos de modificación de condiciones de trabajo).

Esta *reabsorción* de las novedades introducidas por la reforma en los viejos esquemas interpretativos, se consagra, al más alto nivel, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015. Esta sentencia que, curiosamente, es la que avala la constitucionalidad de la reforma, lo hace, sin embargo, sobre la base de considerar que, en realidad, con la misma, las cosas han cambiado poco, si es que han cambiado algo. Nos viene a decir el Tribunal, permítaseme la licencia, que la reforma es constitucional porque, en el fondo, la situación normativa tras ella es la misma precedente. En relación, en particular, con las medidas de adaptabilidad interna, sostiene el TC que la modificación de condiciones de trabajo regulada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores

consagra una facultad empresarial cuyo ejercicio es el propio de una actuación *reglada*, y no *discrecional*. Y ello para evitar un uso *torticero* por parte del empresario que la facultad que le viene otorgada. Así, el artículo 41 debe ser interpretado a la luz de la regulación de los despidos colectivos (artículo 51), de las suspensiones de contratos (artículo 47) y de las inaplicaciones de convenios (artículo 82.3). Las causas, en todos estos casos, son las mismas, y el control judicial que sobre las correspondientes medidas empresariales ha de ejercerse, pleno y efectivo.

En estas condiciones, si la doctrina judicial asume, con todas sus consecuencias, estos planteamientos, una de las novedades más importantes de la reforma quedaría en gran medida limitada y aumentaría significativamente la inseguridad de las empresas en relación con las posibilidades de flexibilidad interna pretendidamente abiertas.

Lo mismo sucede, corregido y agravado, en relación con la flexibilidad externa. Si la intención del legislador era racionalizar el funcionamiento de los despidos económicos, permitiendo que las decisiones al respecto fuesen adoptadas por el empresario si bien exigiendo el cumplimiento de importantes requisitos formales, entre ellos, fundamentalmente, el desarrollo de un periodo de consultas (de verdadera negociación) con las representaciones laborales, con vistas a alcanzar un acuerdo y a evitar o reducir las consecuencias de los despidos, dotando a todo el proceso de una mayor seguridad jurídica, no podemos sino considerar que la reforma, en este punto, ha fracasado. Las incertidumbres son mucho mayores que en el pasado y las situaciones generadas mucho más difícilmente gestionables. Y ello por el propio planteamiento de la reforma (y por los errores técnicos en que incurre).

El problema es que el legislador trata, teóricamente, de aproximar nuestra situación en relación con los despidos económicos a la del conjunto de los países europeos y a los propios planteamientos comunitarios. Así, se suprime la exigencia de autorización administrativa previa para los despidos y se permite que la decisión al respecto la adopte,

libremente, el empresario. Pero, en la estela de la directiva comunitaria, se impone un periodo de consultas con las representaciones laborales y se regulan detalladamente los deberes de información que pesan sobre el empresario para permitir o facilitar dichas consultas. Estamos, pues, en el planteamiento europeo de atribución al empresario de la facultad de decidir acerca del ajuste de la plantilla, pero configurando esa decisión como fuertemente procedimentalizada o formalizada. Se pone el acento en los requisitos formales y sobre todo en el respeto de una verdadera negociación (informada) con las representaciones laborales.

---

*Conforme avanza la experiencia aplicativa de la reforma, la doctrina judicial ha limitado significativamente las novedades introducidas en materia de flexibilidad interna, aumentando así la inseguridad de las empresas en cuanto a las posibilidades de su aplicación.*

---

Pero, junto a ello, en vez de respetar la decisión empresarial adoptada tras el proceso de negociación y el cumplimiento de todos los requisitos establecidos, se mantiene un control judicial pleno sobre la misma. Control que no solo ha de verificar que se han respetado los requisitos formales sino que, también, entra en el fondo del asunto para comprobar si las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción alegadas por el empresario concurren efectivamente, y si dichas causas justifican las medidas adoptadas por el mismo. Bien es verdad que el legislador pretende, conforme indica en la exposición de motivos de la ley, que la intervención judicial se limite a comprobar los hechos alegados por el empresario, sin que quepa, efectuada dicha comprobación, enjuiciar desde el punto de vista de su oportunidad o su alcance, la decisión empresarial. El legislador pretende haber procedido a una formulación objetiva de las causas de despido, que evitaría la discrecionalidad judicial en su enjuiciamiento.

Dos son las cuestiones derivadas, fundamentalmente, de todo ello: la primera, que el cumpli-

miento de las formalidades se ha convertido en un laberinto para las empresas del que a veces es muy difícil salir. El rigor judicial en este terreno ha sido extremo, y gran parte de las nulidades dictadas en relación con los despidos colectivos han estado basadas en el pretendido incumplimiento de sus requisitos formales. La inseguridad jurídica, en este punto, se ha hecho extrema.

La segunda, proviene de lo ilusorio de la pretensión del legislador de objetivar la formulación de las causas de despidos económicos. La redacción del texto legal dista de ser un ejemplo de objetivación (la causa, en puridad, es la situación económica negativa, lo cual no es ciertamente un prodigio de precisión. El resto son ejemplificaciones del legislador –“en casos tales como”, “en todo caso”– en las que se puede alcanzar un mayor nivel de precisión, pero que no agotan los supuestos planteables). Y la doctrina judicial, tras un primer momento en que subrayaba el cambio legal producido, y la voluntad del legislador de evitar la valoración por el juez de las decisiones de gestión empresarial, ha vuelto a reintroducir los criterios de adecuación (a la causa alegada) de la medida empresarial, de su razonabilidad y de su proporcionalidad. Con esos criterios ya tenemos nuevamente al juez valorando decisiones de gestión empresarial y alejándose de la idea de que, acreditada la causa, la decisión que a la vista de la misma haya que adoptar le corresponde al empresario.

---

*Las causas para la flexibilidad no pueden ser las mismas exigidas para el despido. En la gestión de la empresa ha de existir un margen de discrecionalidad (no de arbitrariedad) empresarial, ya que la empresa no puede gestionarse como si todos los posibles avatares productivos y organizativos estuviesen legalmente previstos y regulados.*

---

Nuevamente aquí incide la sentencia del TC que hemos mencionado. Sostiene el Tribunal que, en relación con los despidos colectivos, la reforma

*ni desdibuja la causa extintiva ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial, sino que suprime, simplemente, espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma. Ni se otorga mayor espacio de discrecionalidad al empresario ni se prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que se definen esas causas con mayor objetividad y certidumbre, al evitar juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro. En cuanto al control judicial, indica el Tribunal que al juez corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil, que, por ser justa, esto es *por ajustada a la razón*, legitima la decisión empresarial extintiva de las relaciones de trabajo.*

Por último, en cuanto a la negociación colectiva, a pesar de las modificaciones introducidas respecto al papel de los convenios de empresa, en cuanto a las posibilidades de inaplicación de las condiciones pactadas y en cuanto a la limitación de la aplicación *ultraactiva* de los convenios, puede decirse que, en términos generales, ha cambiado muy poco. El convenio colectivo sigue siendo una importante fuente de rigidez de nuestras relaciones laborales, en cuanto sigue dotado de ese aberrante carácter normativo al que nos referimos y de eficacia general (más allá del ámbito de la representación efectivamente ostentada por los negociadores) y en cuanto la negociación sigue marcada por las tendencias de conservación de lo existente, con muy pocas pulsiones innovadoras. La experiencia demuestra que el intento de cambiar la negociación colectiva sin cambiar el modelo normativo en que se sustenta, y confiando en el mero juego de los agentes negociadores, es vano y que, por tanto, cualquier reforma que no tenga eso en cuenta, y que no cambie el marco normativo global de la negociación, será una reforma abocada al fracaso. Es cierto que se han desarrollado numerosos procesos de inaplicación de condiciones pactadas colectivamente, procesos que en su inmensa mayoría ha sido pactados, pero su importancia cuantitativa, en cuanto al número de trabajadores afectados, es muy reducida. Y es cierto también que las posibilidades abiertas a la negociación de empresa han propiciado acuerdos para ajustar a nivel empresarial las condiciones

pactadas sectorialmente. Pero la estructura de la negociación colectiva no ha cambiado sustancialmente. Y la limitación de la aplicación ultraactiva de los convenios a un año ha cosechado un sonoro fracaso. Las timideces del legislador (que ha pretendido dar por supuestas las consecuencias de la pérdida de aplicabilidad del convenio, pero no las ha concretado), las incorrecciones técnicas de la normativa estatutaria (que confunde vigencia, prórroga y aplicación ultraactiva de los convenios y que crea un galimatías en relación con los posibles pactos en contrario de lo dispuesto en la norma), y el virtuosismo interpretativo de muchos jueces, obstinadamente reacios a admitir que los trabajadores puedan perder la cobertura de un convenio colectivo que les venía siendo aplicado, por más que dicho convenio haya superado su periodo de vigencia, han propiciado una situación en la que la norma no ha tenido apenas reflejo en la realidad.

Por una parte, los jueces han interpretado que el pacto en contra del fin de la ultraactividad, regulado, con gran imprecisión, todo hay que decirlo, por el legislador, puede ser un pacto anterior a la reforma (curiosa figura del pacto *avant la lettre*, que el legislador podría haber evitado, simplemente, indicando que cabe pacto en contrario "adoptado con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley"). Si tenemos en cuenta que un altísimo porcentaje de convenios reproducía la anterior regulación legal, conforme a la cual el convenio vencido seguiría siendo de aplicación hasta la suscripción de uno nuevo, y que en esa regulación se descubre, por lo dicho, un pacto en contra de la limitación de la ultraactividad, la incidencia práctica del cambio normativo ya queda, de entrada, severamente mermada.

Pero es que, además, la doctrina judicial, adornándose en la faena (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014), interpreta el cambio normativo en el sentido de que el convenio vencido, transcurrido un año, deja de ser aplicable (por mandato del legislador), pero que sin embargo debe seguir siendo aplicado. Y ello bien porque se considere que sus condiciones se han incorporado a los contratos individuales de trabajo, bien porque (como últimamente

la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 23 de marzo de 2015, que cambia la línea interpretativa para evitar los riesgos e incongruencias de esa teoría de la contractualización) se descubra un acuerdo tácito entre empresa y trabajadores para la continuidad de la aplicación del convenio (aplicación que, en tal caso, ha de ser completa, sin que pueda la empresa determinar qué cláusulas del convenio siguen siendo aplicable y cuáles no).

## Conclusiones

En este panorama de aplicación de la reforma laboral, si realmente se pretende un cambio modernizador de nuestras relaciones laborales, evitando una normativa laboral y una negociación colectiva insensibles a las exigencias de la productividad y de la competitividad de las empresas y de la economía, y por ello penalizadoras del empleo, el cambio global del marco normativo y del modelo de negociación resulta inevitable. A la espera del mismo, sin embargo, ulteriores reformas, en las cuestiones ya modificadas por el legislador, se hacen imprescindibles.

Así, en cuanto a la flexibilidad interna, el conjunto de la regulación contenida en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores ha de ser revisada. Las causas para la flexibilidad interna no pueden ser las mismas exigidas para el despido, y las facultades empresariales al respecto no pueden ser concebidas, cual si estuviésemos en presencia de actuaciones administrativas, como de ejercicio reglado. En la gestión de la empresa ha de existir un margen de discrecionalidad (no de arbitrariedad) empresarial, ya que la empresa no puede gestionarse como si todos los posibles avatares productivos y organizativos estuviesen legalmente previstos y regulados, como si todos los problemas tuviesen una respuesta predeterminada por las leyes, y, por ello, como si las facultades empresariales debieran ser, como las administrativas, regladas (sin olvidar que incluso en el ámbito administrativo existen decisiones discrecionales).

En materia de despidos colectivos urge restablecer la seguridad jurídica. El cumplimiento de los

requisitos formales debería ser sometido, como en Francia, a homologación administrativa, con posibilidad de subsanación de los errores o de los incumplimientos cometidos, y sin control judicial posterior sobre los mismos. El control judicial, por otra parte, debe quedar severamente limitado. Los jueces están para resolver problemas jurídicos, no conflictos de intereses. Y en todo despido económico existen problemas jurídicos (el cumplimiento de las formalidades requeridas, que es preferible sin embargo someter a homologación administrativa; el respeto de los derechos fundamentales y la ausencia de discriminación), que pueden ser

---

*En materia de despidos, el control judicial debe limitarse a los aspectos jurídicos, dejando fuera de dicho control los conflictos económicos o de intereses. La labor judicial debería desarrollarse al hilo de las reclamaciones individuales, suprimiendo la figura de la nulidad del despido colectivo.*

---

resueltos por el juez, en los términos legalmente establecidos, pero también otros económicos que no deben someterse al criterio judicial. Los conflictos de intereses no se resuelven ante los tribunales, sino en el ámbito de las relaciones laborales y con la ayuda de una más incisiva mediación administrativa. Y cuando se resuelven, como sucede en todos los supuestos en los que se alcanza acuerdo con las representaciones laborales, con más razón la intervención posterior del juez debe quedar excluida. El control judicial debe limitarse a los aspectos jurídicos de los despidos, dejando fuera de dicho control los conflictos económicos o de intereses. Y ello no supone ningún atentado

al derecho a la tutela judicial efectiva. En este contexto, la labor judicial debería desarrollarse, fundamentalmente, al hilo de las reclamaciones individuales frente a los despidos, suprimiendo la figura de la nulidad del despido colectivo, que crea más problemas de los que resuelve y que genera situaciones de muy difícil gestión. La figura de la nulidad del despido tiene sentido en los despidos individuales, incluidos los que deriven de una decisión de despido colectivo, y debe quedar limitada a los supuestos de tutela antidiscriminatoria o de vulneración de derechos fundamentales. Pero no en el caso de los despidos colectivos. Y mucho menos si se abren posibilidades de ejecución colectiva de la sentencia de nulidad del despido colectivo, como ha hecho, incomprensiblemente, el legislador, dando lugar en la práctica a situaciones sin salida.

Por último, en relación con la negociación colectiva, sería importante restablecer la naturaleza contractual del convenio, suprimiendo su pretendido carácter normativo, y limitar su eficacia a los sujetos representados por los negociadores. Junto a ello, y en todo caso, la prevalencia del convenio de empresa debe ser mucho más firme y ampliamente asentada y deben preverse legislativamente, para evitar el virtuosismo interpretativo de los jueces, las consecuencias de la pérdida de vigencia y aplicabilidad del convenio, que en ningún caso pueden ser las de que el convenio vencido deba seguir siendo de aplicación, en su integridad, a pesar de que haya dejado de ser aplicable.

La conclusión de todo lo expuesto no puede ser otra que la de que las reformas no se han agotado, pero la *reforma* está agotada.