

PARA UNA CRÍTICA DE LAS «SOLUCIONES» IUSLIBERALES A LA CRISIS ECONÓMICA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

ABSTRACT

■ *Se mantiene la tesis de que la crisis actual es, en gran medida, la consecuencia de la subordinación de la Sociedad al Mercado, esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental. Por contraposición a ese enfoque, en este ensayo se defiende que deben utilizarse todos los instrumentos del constitucionalismo social. Es necesario recuperar las políticas propias del Estado social tanto a nivel europeo como nacional, para evitar que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permita proyectar sobre el futuro un gobierno democrático de la economía, otorgando una eficacia real al conjunto de los derechos fundamentales.*

Palabras clave: crisis, Estado Social, flexiseguridad.

■ *Gaur egungo krisialdia, neurri handi batean, Gizarteak Merkatuari begira duen mendekotasunaren ondorioa dela ziurtatu da, hots, arrazionaltasun instrumental hutsaren logikari begira. Ikuspegi horri kontrajarrita, saiakuntza horretan gizarte-konstituzionalismoaren tresna guztiak erabili behar direla defendatzen da. Bada, beharrezkoa da Gizarte Estatuaren politika propioak berreskuratzea, bai Europa mailan bai Nazio mailan, krisialdiaren kostuek talderik ahulenen gain izan dezaketen eragina saihesteko, eta etorkizunean ekonomiaren gobernu demokratikoa islatzea ahalbidetzeko, oinarrizko eskubideen multzoari benetako eraginkortasuna egilesteke xedearekin.*

Gako-hitzak: Krisialdia, Gizarte-Estatua, malgusegurtasuna.

■ *The theory is upheld that the current financial crisis is, to a great extent, the consequence of the subordination of Society to the Market, i.e. to its purely instrumental logic of rationality. Contrary to this approach, this essay defends the fact that all instruments of social constitutionalism must be used. The policies of the Social state must be recovered at European and domestic level to prevent the costs of the financial crisis from falling on the most disadvantaged groups and to project a democratic government of the economy to the future, granting true efficiency to fundamental rights as a whole.*

Keywords: Financial crisis, Social constitutionalism, Flexisecurity.

«La brevedad del camino en nada amengua el radio infinito de una injusticia. Allí donde ésta aparece, nuestro deber es combatirla».

Antonio MACHADO¹

I. Crisis económica y revisión de la constitución democrático-social del trabajo: perspectiva de conjunto

De nuevo una crisis económica remueve los cimientos del orden económico y de la constitución social del trabajo. La economía capitalista no es una máquina perfecta, cíclicamente se verifican sus disfuncionalidades. La crisis económica actual hace pasar de la supuesta post-modernidad al replanteamiento crítico de los grandes problemas de la Modernidad. Es necesaria una especial atención a los «hechos» y, después, a su «calificación». Es pertinente adoptar una perspectiva preferentemente de política del Derecho, superando el simple análisis funcionalista —y su lógica de racionalización funcionalista— y enriquecer el discurso a través de una teoría crítica —y su lógica de racionalización garantista—². La crisis económica actual nos hace pasar de la supuesta post-modernidad al replanteamiento crítico de los grandes problemas de la Modernidad. Es una crisis compleja, pues constituye o representa al mismo tiempo una crisis económica del capital y una crisis política del Estado intervencionista (gobierno de la economía, poniendo a prueba los límites del control democrático de la economía) y del propio trabajo. La crisis abre un período de conflictos económico-sociales y políticos, pero también una fase de autorreflexividad y de posible innovación institucional. De ahí que la reflexión sobre la crisis y sus consecuencias se ha de hacer

¹ MACHADO, A.: *Prosas completas. T. II*, edición crítica de Oreste Macrí con la colaboración de Gaetano Chiappini, Madrid, Espasa-Calpe-Fundación Antonio Machado, 1989, pág. 2480.

² El enfoque *funcional* viene presidido por una suerte de «naturalización» de la economía, cuya evolución impulsaría los cambios necesarios para su gobernabilidad política. Pero, evitando el fatalismo de la adaptación del sistema jurídico a la evolución económica ineluctable, cabe señalar que las diversas trayectorias de los países desarrollados ponen de manifiesto que los resultados de un sistema económico pueden depender de las decisiones político-sociales y de la lucha social. Dicho en otras palabras: los modos de regulación de la economía pueden ser concebidos como formas institucionales de conflictos de clases y no como una mera conformación funcional de la dinámica de funcionamiento de la economía. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción el nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blach, 1996, págs. 107-108; ID.: «Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho», en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11 y sigs.

atendiendo tanto a criterios económicos (eficiencia en el uso de los recursos, rentabilidad, crecimiento y estabilidad) como a criterios político-jurídicos (igualdad, libertad y democracia; y, en general, la dimensión valorativa).

En el Derecho del Trabajo siempre ha existido una fuerte tensión entre la racionalidad económica y la racionalidad social. Esa tensión se hace más manifiesta, y crítica, en la coyuntura de crisis. La crisis económica es una constante en el Derecho del capitalismo organizado («capitalismo intervenido»)³, y en particular del Derecho del Trabajo, el cual es un instrumento de organización jurídica de las relaciones del capital y del trabajo y de la distribución del producto social.

La crisis económica se traduce en una «crisis del empleo». El empleo —que ya es en sí un bien escaso en las sociedades desarrolladas, y que por ello es necesario repartirlo—, se reduce; se amortizan puestos de trabajo, a menudo acompaña a la reestructuración y al cierre de empresas. La crisis de la empresa es así una «crisis del empleo». Hugo Sinzheimer lo había advertido lúcidamente en la crisis mundial —y no sólo europea— de la década de los veinte del siglo pasado⁴. El Derecho del Trabajo, como sector diferenciado del ordenamiento jurídico general del capitalismo, ha estado siempre marcado por las crisis cíclicas del sistema económico capitalista⁵. El Derecho del Trabajo asume una función no sólo social sino también económica, presenta en su mismo núcleo una tensión de racionalidades y bajo condiciones capitalistas de producción tiende a primar la lógica económica (lógica de la necesidad) sobre la lógica social (lógica de la solidaridad y de la justicia social).

El papel del Derecho del Trabajo ha sido complejo y multívoco. Su funcionalidad tradicional ha sido la de buscar un equilibrio de intereses en el trabajo como relación social de tipo económico, y en tal sentido ha establecido garantías del trabajador en el empleo, protegiendo y fomentando su creación, y ha tutelado el poder de dirección y reestructuración de la empresa, su rentabilidad y movilidad. También en la vertiente de la Seguridad Social ha tratado de proteger a las personas en situación de necesidad fuera los mecanismos del mercado. En la coyuntura presente se le viene exigiendo que extienda, ade-

³ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «La organización jurídico-económica del capitalismo. El Derecho de la economía», estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares, 2001, y la bibliografía allí citada.

⁴ Véase SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y el Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. y estudio preliminar de Felipe Vázquez Mateo, Madrid, MTSS, 1984.

⁵ De ahí el acierto en afirmar que la crisis económica ha sido un compañero de viaje del Derecho del Trabajo. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica», en el *Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo*, núm. 4 (1983), págs. 49 y sigs.; recogido después en la recopilación, *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Salamanca, Universidad, 2004, págs. 29 y sigs.

más, sus tuteladas protegiendo a la *persona* del trabajador en las «transiciones» profesionales (de un trabajo a otro, y a menudo con condiciones profesionales distintas: trabajador por cuenta ajena a trabajador por cuenta propias, y viceversa) y rotaciones profesionales (incluso dentro de la misma condición profesional). Se le pide que instrumente no solo un «estatuto del trabajador en el empleo», sino también un «estatuto de la persona del trabajador en el mercado de trabajo», dado el carácter cambiante y contingente del empleo (entendido como «ocupación»).

Todas estas intervenciones comportan la introducción de un componente estatutario en las relaciones de trabajo, consagrando derechos sociales de desmercantilización. Pero esas intervenciones reguladoras implican también la protección de la racionalidad empresarial («justificado motivo» empresarial para modificar, suspender o extinguir las relaciones de trabajo; y la atribución de poderes directivos y de re-organización permanente —normal y excepcional— del complejo empresarial). Las consecuencias positivas de la estabilidad y pacificación son innegables, pero esas garantías jurídico-sociales entrañan igualmente penetrantes limitaciones a la autonomía decisoria de los empresarios (fijación heterónoma de condiciones mínimas de trabajo, concurrencia legítima de poderes colectivos de intervención de la representación de los trabajadores, y una afectación —más o menos intensa— de costes empresariales (derivadas de los derechos sociales de prestación a cargo del empleador y de los efectos compensadores de la incidencia de las medidas de reestructuración sobre la posición jurídica del trabajador).

A las «viejas» (clásicas) respuestas del Derecho del Trabajo a las transformaciones económicas, se añaden nuevas propuestas de *gestión del cambio*, y no sólo coyuntural sino de índole estructural y como tales de largo alcance. En esta última dirección de política del Derecho se propone una «Modernización» del Derecho del Trabajo («*Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*», COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006; y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final). Por lo tanto, más allá de las propuestas en curso —que se hacen más «visibles» por su materialización más cercana e inmediata—, lo que se plantea a través del reclamo del neologismo «flexiseguridad» es directamente un cambio de orientación y de modelo de Derecho del Trabajo. Donde lo que está en juego, y subyace, es la sustitución progresiva de un modelo de Derecho del Trabajo garantista (basado en el «garantismo flexible») por un Derecho del Trabajo «liberalizador» (basado en un garantismo «debilitado» o débil); y con ello un desplazamiento de la «constitución democrático-social del trabajo» (propia del constitucionalismo social y de su forma política el Estado social) por una di-

versa «constitución «liberalizadora» (liberista) del trabajo (propia de una constitución liberal y su forma política emergente de Estado «post-social» o, como he denominado en otra ocasión, un «Estado de competencia económica» o «Estado de mercado», es decir, al servicio del funcionamiento del mercado y de la competitividad de las empresas).

Los Documentos comunitarios («Libro Verde»; «Comunicación sobre la flexiseguridad», o los que se aludirá después), proponen una «modernización» —una revisión a fondo— del modelo actual de Derecho del Trabajo. En realidad, eufemismos aparte, lo que se propone abiertamente no es una simple «modernización» o «adaptación» a los cambios en curso, sino más radicalmente un «cambio» de modelo. Lo cual exige «des-construir» gradualmente el vigente (el del «garantismo flexible» con sus equilibrios internos entre Ordenación Normativa Estatal y Negociación colectiva) y sustituir por otro de naturaleza (función y estructura) distinta orientado a la maximización de la flexibilidad laboral y del rendimiento empresarial (Es el Derecho Flexible del Trabajo estricto o liberalizador). Al modelo garantista de Derecho del Trabajo se acusa (a pesar de todas las reformas flexibilizadoras que se han venido realizando en las dos últimas décadas) de «rigidez» institucional y a las organizaciones profesionales (sindicatos y asociaciones de empresarios) de estar ancladas en un «garantismo flexible» transnochado y obsoleto. Al marco jurídico-institucional y a los sindicatos se les «culpabiliza» de las anomalías del mercado (y no sólo del mercado de trabajo, sino del mercado en general).

Es cierto que flexibilizar los costes del trabajo no equivale necesariamente a postular la reducción de los salarios a percibir por el trabajador. Caben, sin duda, diversos modelos de flexibilidad de «costes» o flexibilidad salarial. Pero lo que se propone actualmente desde el lado conservador es la reducción del garantismo salarial (se cuestiona no sólo los incrementos salariales y sus criterios de fijación, sino la figura central del salario mínimo interprofesional).

Es cierto que flexibilizar las modalidades de contratación y las modalidades extintivas, especialmente el despido- no equivale necesariamente a postular el despido libre. Caben, como se verá después, distintos modelos de flexibilidad, interna y externa. Pero lo que se propone es la facilitación de la contratación (lo que encubre una facilitación de la extinción del contrato de trabajo, dada la unidad sistémica entre flexibilidad de entrada y flexibilidad de salida) y se cuestiona nada más ni menos que el principio de «justificado motivo» en la contratación y en la extinción de los contratos de trabajo, por un lado, y por otro, la reconducción sistemática de las extinciones contractuales en la dirección de un proceso de individualización (extinciones individuales en masa) de extinciones de contratos por causas empresariales que obedecen de suyo a una racionalidad colectiva que, sin embargo, es «neutralizada» en la procedimentalización de los despidos. El trasfondo del proceso conduce a un desconocimiento sistemático de la lógica de la acción colectiva y del «interés colectivo» que está en juego en las crisis empre-

sariales y en los procesos de reestructuración de plantillas (y que se manifiesta, entre otros espacios típicos para la organización de lo colectivo y su gestión, en los Expedientes de Regulación de Empleo; EREs.). Parece «molestar» no sólo la autoridad laboral (y no sólo su decisión, sino su simple intervención mediadora y de control); parece «molestar», en no menor medida, la intervención de los sindicatos y representaciones colectivas del trabajo. «Lo colectivo» se hace excedentario del gobierno de las crisis empresariales. Y sin embargo, la *gestión consensuada* de los procesos de reestructuración empresarial es la apuesta más firme del marco todavía vigente comunitario (Directivas comunitarias de reestructuración) y nacional (modelo de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y modelo de la Ley Concursal).

El inmovilismo no es tampoco la solución eficiente, porque el sistema de garantías presenta funcionalidades y disfuncionalidades⁶. Por lo demás, todo Derecho ha de ser flexible —en el sentido de adaptable a los cambios en curso—, su rigidez sería contraria a la efectividad de sus formas institucionales. Funcionalidades, sin duda, representan la estabilidad en el empleo y sus ventajas para el ciclo de vida del trabajador y para productividad. La estabilidad como referente para las protecciones sociales y como elemento de productividad e integración del trabajador en la empresa. Pero también se le ha imputado la generación de disfuncionalidades. Señaladamente, la rigidez e inadaptación a las nuevas formas de organización empresarial y los modos de trabajar; que en ambos casos serían más flexibles y demandaría —se dice— un marco jurídico-institucional igualmente más flexible.

Ante esa situación ambivalente caben diversas opciones de política del Derecho respecto a la necesidad contrapuesta de introducir ajustes del modelo o de atender a las consideradas exigencias de cambio del mismo modelo. La primera tesis es la flexibilidad de adaptación inherente al «garantismo flexible» (apostando por el contrato estable y una cierta flexibilización del despido o contención de su coste económico sin merma de los derechos del trabajador); la segunda tesis es la flexibilidad neoliberal que pretende una liberalización del trabajo (y por tanto una re-mercantilización del conjunto de garan-

⁶ El debate sobre la flexibilidad laboral no es sólo una mistificación ideológica, ya que encuentra también un significado en una realidad cambiante (y tan profundamente cambiada) como es la propia de las sociedades complejas del capitalismo avanzado y las nuevas formas de organización de las empresas y del trabajo. Desde este punto de vista, si se atiende a las transformaciones del modelo que se han operado desde la postguerra mundial («ruptura» del pacto keynesiano y crisis del fordismo) la flexibilización del sistema de relaciones laborales no sería simplemente un proceso que permite acabar, de una vez por todas, con una serie de rigideces establecidas, sino también el medio de adaptar las instituciones y expectativas a la «certeza de la incertidumbre» inherente al dinamismo capitalista. La flexibilidad, haría así referencia a la capacidad general de adaptaciones permanente de las organizaciones económicas a un entorno caracterizado por las exigencias de fuertes turbulencias e incertidumbres. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción el nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blach, 1996, pág. 109.

tías —derechos sociales— que se han venido construyendo sobre el trabajo dependiente).

Las empresas —personalizándose sus intereses comunes en las organizaciones profesionales representativas de los empresarios— apuestan por la flexibilización a ultranza. Defienden la liberalización atendiendo a una multiplicidad de objetivos: económicos (costes) y «poder» (disciplina del trabajador e incremento de la autoridad en la empresa). Pretende que la política laboral atienda preferentemente al objetivo de transferir los costos humanos y sociales de las empresas a los trabajadores y a la comunidad. Se trata de una externalización de costos propios de la titularidad de la organización productiva a terceros públicos (poder público) y privados (trabajadores).

Dado que la respuesta a la crisis económica actual está determinando situar —en el plano de la política del Derecho— al Derecho del Trabajo en crisis; reformulándolo como un Derecho del Trabajo de la crisis y reestructuración permanente hay que adoptar una perspectiva metodológica de largo alcance —y de metodología expositiva— para evitar que los «árboles» no dejen ver el «bosque» animado por intervenciones supuestamente dispersas y aisladas entre sí. De este modo el análisis no debe ser «epidérmico», sino que ha enmarcarse en un estudio más omnicompresivo, que atienda a la lógica del proceso de racionalización de la cuestión social y de los modos de «gestión» de las relaciones laborales. Sólo así se puede comprender la «lógica de lo social» y el sentido y dirección de la «gestión del cambio» que se viene detectando en la coyuntura actual.

1. La lógica de la racionalidad económica en la organización jurídica del capitalismo y la «forma política» del Estado Social. La perspectiva histórica de la larga duración

Los pensadores críticos de la modernidad consideraban necesario superar el «lado oscuro» de la modernidad en lo concierne ante todo a lo que supuso de ruptura de los vínculos comunitarios y de las solidaridades. Questionaban la idea de progreso en sentido liberal, y aunque eran conscientes de que en toda organización humana existían dos dimensiones básicas (dimensión comunitaria y dimensión asociativa o societaria), el mejor funcionamiento de las sociedades humanas exige el predominio de la dimensión comunitaria, que acentúa el espíritu comunicativo. Por tanto, su visión de las transformaciones de los vínculos sociales desde el nosotros comunitario al individualismo de carácter impersonal y de tipo instrumental incorpora un criterio de valor hacia la potenciación de los elementos del nosotros comunitarios frente al esquema simplificado del individualismo posesivo e insolidario al que se ve abocado el ser humano en las sociedades del capitalismo. En este sentido no estaba muy lejos de autores que más recientes que, salvando las distancias de época innegables, sí han criticado las potencialidades destructores, las desigualdades y las estruc-

turas de dominación —explícitas e implícitas— de las sociedades industriales y post-industriales actualmente emergentes⁷. Se afirma la «ilusión del progreso» ante la creciente miseria imperante en la modernización liberal restringida⁸. Pero también contemporáneamente se evidencia cómo el progreso (en realidad, crecimiento) económico no supone por sí mismo la liberación de la miseria, lo cual resulta obvio ante la nueva situación de la pobreza y las situaciones de exclusión social⁹.

En el marco de la crítica de la modernidad desde el último tercio del siglo XIX, se oponían lo tradicional y de lo moderno, la comunidad y de la sociedad en Tönnies¹⁰, la solidaridad mecánica y de la solidaridad orgánica en Durkheim, etcétera. En esta oposición de contrarios, lo que se evidencia es ese carácter ambivalente de la modernidad, la concatenación de sus elementos positivos y negativos¹¹. Esas concepciones representan las distintas caras de la modernidad. En realidad, la fuerza liberadora de la modernidad se fue agotando a medida que ésta triunfa. Precisamente, el agotamiento visible de la modernidad se transforma pronto en sentimiento de angustia y sinsentido de una acción que no acepta otros criterios que los de la racionalidad instrumental. Los pensadores críticos de la modernidad pudieron apreciar sus tendencias destructivas (Carl Marx; Max Weber), haciendo referencia a el «eclipse de la razón» (Horkheimer y Adorno y todos aquellos a los que han influido, mucho más allá de la Escuela de Frankfurt; el propio Tönnies). Pero la destrucción no era sólo de la «naturaleza» sino también del hombre y de determinadas instituciones tradicionales¹². La secularización y el desencantamiento del mundo, la separación del mundo

⁷ Véase, señaladamente, la sociedad post-industrial como «sociedad del riesgo» y de la incertidumbre, que se basa en una racionalidad económica y en una desresponsabilidad organizada que permite la expropiación de los recursos naturales y la misma vida de las personas. Obra clásica al respecto es la de BECK, U.: *Sociedad del riesgo*, Barcelona, Paídos, 1998; GIDDENS, A.: *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1993; GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N., y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1996.

⁸ Un exponente del por entonces marxista crítico es la de SOREL, G.: *Las ilusiones del progreso*, Madrid, F. Sempere y Compañía, Editores, s/f (entre 1909 y 1913), de próxima publicación en Editorial Comares. En esta obra realiza un recorrido sobre las ideologías del progreso. Afirma —contra la opinión, por ejemplo, de Spencer— que «la evolución es lo contrario del progreso» (pág. 186). Pero, en general, lo que denuncia, es el carácter ingenuo e ilusorio de la idea del progreso.

⁹ Al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo*, núm. 83 (2008), págs. 3 a 109; GALBRAITH, J.K.: *La sociedad opulenta*, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini, 1992, cap. XXII; ID.: *La cultura de la satisfacción*, Barcelona, Ariel, 1997.

¹⁰ TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2009.

¹¹ TOURAINE, A.: *Crítica de la modernidad*, Madrid, Eds. Temas de Hoy, 1993, págs. 35-36.

¹² Lo que puso de manifiesto, de modo destacado, POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Barcelona, La Piqueta, 1998, espec., cap. 14, «El mercado y el hombre», págs. 267 y sigs.

de los fenómenos, en el que se ejerce la acción técnica, y del mundo del Ser, que sólo penetra en la vida por el deber moral y la experiencia estética. No es tanto la nostalgia de un orden antiguo, como la conciencia crítica de las aporías del proyecto moderno, el cual se cuestionaba en algunos de sus supuestos principales. En realidad, la historia de la modernidad es la historia de la conciencia de la ruptura de los vínculos sociales, entre el individuo, la sociedad y la naturaleza. Se percibía el hecho de que el individuo, aislado por la descomposición de la familia y de las estructuras asociativas, quedaba expuesto a los poderes sociales y económicos¹³. Caracteriza a la edad moderna la *idea de* «autoafirmación», afirmación de la razón humana (ciencia, filosofía, arte, etcétera) como criterio de orden y fuente de valor en el mundo. La racionalidad moderna se libera de la herencia premoderna y cuestiona y se interroga sobre el mundo¹⁴. Pero el dominio de la razón no necesariamente conduce a la creación de una sociedad más justa. La política democrática está sometida a la fuerte tensión planteada entre los dilemas de la acumulación económica y de la legitimación política a través de la realización de políticas social redistributivas y del control del mercado. De ahí el impulso del reformismo democratizador del capitalismo como modo de organización de la sociedad¹⁵. En el Derecho del Trabajo se manifiesta esa tensión de racionalidades —que siempre han coexistido en el seno del ordenamiento laboral—, dominado por el objetivo de equilibrar los principios subyacentes (de rendimiento y de protección social) en una lógica de transaccional y de compromiso. Es el modelo de Derecho del Trabajo clásico del constitucionalismo social, basado en un garantismo fuerte, en un papel central de la norma mínima flexible (por contraposición la intervención reguladora a través de «normas blandas» o de «Derecho indicativo»), con una acusada apertura a la negociación colectiva (que asume una función integradora y de mejora sobre la base de las normas pública), y con una función subordinada de la autonomía individual, toda vez que el contrato de trabajo aparece típicamente configurado como un contrato normado (prefigurado en su contenidos por normas imperativas). Este diseño del ordenamiento laboral como sistema de normas pone límites precisos a toda opción de política del Derecho a favor de la «individualización» reguladora.

Por lo demás, la modernidad fue un proyecto inacabado (Habermas)¹⁶ o incompleto, pues originariamente se impuso una «modernidad liberal restringida».

¹³ TOURAINE, A.: *Crítica de la modernidad*, Madrid, Eds. Temas de Hoy, 1993, págs. 123 y sigs.

¹⁴ Véase la extraordinaria obra de BLUMENBERG, H.: *La legitimación de la edad moderna*, Valencia, Pre-Textos, 2008, espec., segunda parte («Absolutismo teológico y autoafirmación humana»).

¹⁵ Véase WALLERSTEIN, I.: *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, Icaria ediciones, 1997.

¹⁶ Véase *El discurso filosófico de la modernidad (doce lecciones)*, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1993 (reeditada, Buenos Aires, Katz, 2008). Véase al respecto MONEREO PEREZ, J.L.: «La organización jurídico-económica del capitalismo: el Derecho de la economía», estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares, 2001.

Sólo después se instauraría una «modernidad organizada» con el constitucionalismo social y el Estado social, la cual actualmente se encuentra en crisis; la cual tampoco ha podido realizar plenamente las promesas de liberación humana. Se ha de recordar que el proyecto de una sociedad liberal basado en la idea de la autonomía humana era programáticamente universal y radicalmente ilimitado. Como tal era también utópico¹⁷. La evidencia de la pretensión de instaurar una modernidad liberal restringida quedó patente ante la exclusión de la mayoría de la población de las promesas de liberación de la modernidad. De ello emergió la «cuestión social» que reflejaba el fracaso del orden liberal individualista y la limitación del proyecto de la modernidad. El sistema político debería abrirse y el orden socio-económico debería ser «organizado» institucionalmente a través de una intervención sistemática del Estado («Estado social»), superando la utopía liberal de autosuficiencia del mercado¹⁸. Por lo demás, el proceso de industrialización había generado nuevos riesgos sociales y las políticas de reforma social exigían la instauración de una sociedad estatal organizada en la prevención y reparación de los riesgos sociales¹⁹. La «sociedad del trabajo» era también una «sociedad del riesgo». El Estado social y su política social se construyó con objetivos integradores, a través del reconocimiento de los derechos de ciudadanía social. No es de extrañar que autores del «socialismo de cátedra» como Adolph Wagner pudieran formular la que denominó «ley de la actividad creciente del Estado» que sería una premonición de la ulterior economía política del Estado social, el cual atendería a exigencias de organización de la economía y de integración e institucionalización de los conflictos sociales. Ese es el proyecto re-orientador —y en cierto modo rectificador— de la «modernidad organizada», con la pretensión de establecer una «capitalismo organizado». Sin embargo, el carácter *cambiante y contingente* de la modernidad se encuentra detrás con la misma crisis de la modernidad organizada expresada en la crisis del Estado Social (Estado del Bienestar) de la postguerra y el colapso del socialismo²⁰.

La dirección de pensamiento crítico que realza la necesidad de reestablecer ciertos elementos de comunidad frente a una «Sociedad-Asociación» regida por una racionalidad instrumental capaz de dehumanizar las relaciones entre las personas y de destruir los equilibrios naturales o mediambientales. Y es que cier-

¹⁷ WAGNER, P.: *Sociología de la modernidad. Libertad y disciplina*, Barcelona, Herder, 1997, pág. 83 (WAGNER, P.: *Soziologie der Moderne*, Frankfurt Main, Campus Verlag GMBH, 1995, cap. III).

¹⁸ El análisis magistral de Polanyi ilustra las transformaciones de las sociedades liberales restringidas y las falacias de la pretendida autorregulación del mercado, subordinando a la organización de la sociedad a la interés del mercado y de las fuerzas operantes en su interior.

¹⁹ Véase EWALD, F.: 1993; Procacci, 1993.

²⁰ WAGNER, P.: *Soziologie der Moderne*, Frankfurt Main, Campus Verlag GMBH, 1995, cap. VIII (*Sociología de la modernidad: libertad y disciplina*, págs. 215 y sigs., de la edición en castellano). Para la crisis del Estado social en una perspectiva constitucional, puede consultarse las excelente aportaciones recogidas en GARCÍA HERRERA, M.Á. (Dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.

tamente la modernidad se ha venido sustentando sobre la imagen de la expansión ilimitada del dominio racionalizador sobre la totalidad de la vida social mediante el cambio permanente en los ámbitos de la producción, del comercio, de las finanzas y de las relaciones de consumo (Adorno, Horkheimer, Kirchheimer, Neumann, Habermas...; en suma, la Escuela de Frankfurt). *El problema deriva de la permanente subordinación de los fines humanos a la racionalidad instrumental: el hacer de los seres humanos instrumentos dependientes de la «sociedad del mercado»*. También antes como ahora se trata de garantizar la libertad en una sociedad compleja; sino se quiere que la racionalidad económica (como antes en industrialismo) ponga en peligro la especie humana y su medioambiente natural, es necesario subordinar esa racionalidad económica a las exigencias de la naturaleza del hombre; es decir, a la racionalidad social²¹.

La modernización tardía ha creado una imagen de la que la sociedad del mercado disuelve a las personas y a la naturaleza, instrumentalmente a su servicio. La modernidad no ha sido capaz de cumplir todas sus promesas. De ahí la necesidad de implantar nuevas formas conscientes y socialmente responsables de modernidad «reflexiva» (correspondiente a una segunda modernidad que produjo una transformación radical del orden existente)²², que supone la autoconfrontación de la modernidad consigo misma para afrontar y resolver los problemas creados por la sociedad del riesgo (la sociedad del riesgo comienza allí donde el sistema de normas sociales de provisión de seguridad falla ante los peligros desplegados por determinadas decisiones). ¡Qué más riesgo que la presente crisis estructural; una crisis en no poco «fabricada» por el actual modelo económico, sus desequilibrios y contradicciones. El dominio racional del mundo bajo la lógica inherente de la racionalidad económica, exige no simplemente de nuevas capacidades adaptativas de la organización social al entorno cambiante, sino de una nueva praxis transformadora y de re-planteamiento de los objetivos. En tal sentido, se puede convenir, que la modernización «reflexiva» o autoaplicada (en esa última etapa de proceso de modernización que constituye la «sociedad del riesgo») proponible ha de asumir como propias las consecuencias perversas del modelo de sociedad industrial y post-industrial vigente mediante el establecimiento de un modelo de organización social más viable y que sirva a las necesidades de protección de las personas²³. Estamos ante la dictadura (imperativos)

²¹ Véase, en general, POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Eds. de la Piqueta, 1989, espec., Cap. 21, págs. 389 y sigs.

²² Véase BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 1998; ID.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, espec., págs. 173 y sigs.

²³ Véase BECK, U.: «Teoría de la modernización reflexiva», en GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N., y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1996, págs. 223 y sigs.; ID.: *Política ecológica en la edad del riesgo*, Barcelona, El Roure, 1998; RIECHMANN, J. y TICKNER, J. (Coord.): *El principio de precaución*, Barcelona, Icaria, 2002.

de las supuestas «coacciones objetivas —economía, técnica, política, ciencia—, es decir, del *absolutismo de la propia modernización de la sociedad industrial*... la modernización secuestra, en virtud de la autonomización del proceso de modernización de la sociedad industrial, sus fundamentos y coordenadas»²⁴. En la modernización tardía el principio axial de eficiencia y competitividad económica²⁵ —con su racionalización lineal y unilateral— comporta una expansión en el espacio, un despliegue de potencia transformadora, que a menudo puede desembocar en el totalitarismo en cualquiera de sus manifestaciones. Esta potencia de la economía de mercado traza una forma de modernización excluyente que coloca en el centro los objetivos económicos que tienen por consecuencia la exclusión del mercado de amplias capas de la población²⁶. En este orden de ideas también se cuestiona la idea de un progreso lineal vinculado al modelo de producción del capitalismo en la sociedad moderna²⁷. Nuevas formas de modernización «restringida». Es necesario «desvelar» la ideología económica del liberalismo individualista y su versión reformada por el neoliberalismo contemporáneo²⁸.

Para ciertos pensadores sociales (Tönnies) la evolución histórica supuso el paso de las uniones comunitarias a las agrupaciones societarias, donde predomina la racionalidad y el cálculo (cuyo paradigma es la empresa moderna). No obstante, para Tönnies esa distinción entre diversos tipos de vínculos sociales no obedece a modelos puros, ni reales, sino a modelos ideales (en un sentido, como verás después, no exactamente coincidentes con los modelos ideales de Weber; en Tönnies los tipos normales o ideales son analíticos; permiten diferenciar conceptualmente los distintos vínculos sociales históricos) que pretenden captar una realidad siempre más compleja. De ahí en cada formación histórica coexiste lo

²⁴ BECK, U.: «Teoría de la modernización reflexiva», *cit.*, pág. 224.

²⁵ En la modernidad la economía es la regulación social que sucede a la política. Es el principio regular de las sociedades individualistas e igualitarias, sean cuales sean las manifestaciones concretas de la igualdad. Salirse de la economía es recaer en la subordinación, en la dependencia personal, en un orden en el que los individuos no son ni libres ni iguales. Véase MÉDA, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, pág. 214, exponiendo la posición de L. Dumont.

²⁶ BARBERO, A., y VUOLO, L.: *La modernización excluyente*, Buenos Aires, Losada, 1995; MONE-REO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Ed. Comares, 1999.

²⁷ Véase críticamente NISBET, R.: *Historia de la idea de progreso*, Barcelona, Gedisa, 1981. El tema es en cierto modo «recurrente»; no debe causar extrañeza: en realidad los mitos son «historias» que presentan un alto grado de constancia en su núcleo narrativo y, asimismo, unos acentuados márgenes de capacidad de variación y medios de expresión. La pervivencia de constantes mitológicas renovadas en la cultura del capitalismo (implícitas a la garantía del principio de eficiencia y del «progreso» económico y tecnológico como factores de determinación social) se corresponde bien con la idea, por decirlo con Hans Blumenberg, de que el mito es una forma de expresarse el hecho de que el mundo y las fuerzas que lo gobiernan no estarían dejados a merced de la pura arbitrariedad, sería la expresión de un orden naturalista (BLUMENBERG, H.: *Trabajo sobre el mito*, Barcelona, Paidós, 2003).

²⁸ Véase al respecto las obras de DUMONT, L.: *Homo aequalis: génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1999; RONSAVALLON, P.: *Le Capitalisme utopique: histoire de l'idée de marché*, Paris, Editions du Seuil, 1999

orgánico y lo mecánico con mayor o menor intensidad, prevaleciendo lo orgánico —a su entender— en las sociedades pre-capitalistas y lo mecánico o artificial, lo disgregador, en las sociedades industriales dominantes en la modernidad. Ambos tipos de organización social permite una explicación sociológica de la formación del capitalismo y de las grandes instituciones de la modernidad. En Tönnies la comunidad o *Gemeinschaft* se corresponde al enfoque holista (que por oposición al individualismo valora ante todo la totalidad social en la que se inserta el individuo unido a otros por lazos comunitarios originarios, de manera que el individuo no es abstraído de su contexto social) por contraposición al individualismo (que por contraposición al holismo valora al individuo como ser independiente y autónomo, subordinando a él la totalidad social a la que se asocia por vínculos derivados) más propio —en su lógica interna— a la *Gesellschaft*. Se pretendía *desvelar la utopía liberal de una «sociedad de mercado», según la cual el mercado económico no el espacio político es la auténtica instancia reguladora de la sociedad en su conjunto*. De manera que es el gobierno de la sociedad liberal correspondería más al mercado que a la política. Es la utopía del mercado como elemento axial de la organización social, asentada también en la utopía antropológica que capta el mundo social como exclusivamente integrado de individuos absolutamente autónomos y aislados, en el marco de un orden artificial al servicio del mercado (a la que se viene a reducir la «sociedad civil»); la sociedad humana se reduciría a un conjunto de relaciones mercantiles. Se afirma la independencia, autonomía y primacía de lo económico respecto de la esfera político-social. Al tiempo la utopía quedaría en entredicho en los hechos²⁹, así como, en relación a ello, el fracaso de la transposición del «individualismo posesivo» al ámbito de lo político a través de la forma temprana de la «democracia liberal»³⁰: se reflejó en la crisis del Estado de derecho liberal. La economía de mercado, no fue nunca una «economía natural» y tampoco el resultado supuestamente espontáneo de un proceso de evolución, pues su constitución obedeció a decisiones político-institucionales que favorecieron su implantación³¹. Ni el Estado Social, ni el Derecho Social del Trabajo pueden ser relegados a simples instrumentos institucionales al servicio de la racionalidad del mercado. En su dinámica se introduce la dialéctica del poder y de la racionalización, como un proceso complejo de control tecnificado de la existencia humana y cristalización dinámica de las luchas sociales en el contexto de las formas de interacción social. De ahí

²⁹ Véase POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Eds. de la Piqueta, 1989, espec., págs. 215 y sigs.; MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1970; ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, París, Editions du Seuil, 1999; BARCELLONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996,

³⁰ Véase la crítica de MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1970, espec., págs. 225 y sigs. Para la formación del individualismo moderno puede consultarse GUREVICH, A.: *Los orígenes del individualismo europeo*, Barcelona, Crítica, 1994.

³¹ Véase las obras citadas de Polanyi, Dumont y Barcellona.

que las corrientes críticas de la modernidad insistieran una crítica social y apostar por una reforma social a la cual era inmanente una crítica del poder y del proceso de racionalización formal del mundo de la vida. Este enfoque permite comprender que los aspectos o elementos de decadencia de la civilización moderna no derivan tan sólo del proceso de racionalización —y lo que ello comporta de dominación tecnológica progresiva de la naturaleza³², sino también —y más complejamente— de la lógica de «lo social» y su impronta política —que remite a los conflictos de poder que presiden la configuración contingente de la organización de la vida social—³³.

No es fácil iluminar las transformaciones históricas acontecidas en los dos últimos siglos, pues ello exige atender a todas las dimensiones explicativas (política, social, jurídica, económica, cultural, etc.), y, además, supone que la reflexión y autorreflexión crítica ha de partir del contexto histórico en que ella misma se inserta, habida cuenta de que es sostenible seriamente que pueda adoptarse una perspectiva jurídico-social independiente de ese contexto histórico-social. En este sentido las transformación del mundo de la vida en el desarrollo histórico de la modernidad (desde la fase originaria a la tardía actual) reflejan avances innegables en el proceso de civilización³⁴, pero también las aporías de razón instrumental, la dominación política frecuentemente autoritaria y la dominación irresponsable (en el sentido de irresponsabilidad social organizada³⁵) sobre la naturaleza. Es ahí que la teoría crítica se dirige al núcleo central del modelo de sociedad del capitalismo moderno. Y no sólo del capitalismo liberal originario sino también el capitalismo organizado posterior —y actual— que expresa el desplazamiento de un orden liberal basado en un mercado mínimamente regulado por un orden político-jurídico administrado burocráticamente. Ciertamente, el Estado social resolvió problemas pero planteó otros nuevos. No es sólo la «jaula de hierro» maxweberiana, sino también las tendencias destructivas de la modernidad tardía en la que se construyó la nueva configuración de lo político (totalitarismo en sus diversas formas, guerras, terrorismo, expoliación

³² Punto en que insistió —en la estela de la teoría crítica de la modernidad de Max Weber— HORKHEIMER, M. y ADORNO, TH.W.: *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1996; HORKHEIMER, M.: *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Trotta, 2002.

³³ Apuntada ya en HABERMAS, J.: *La teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid, Taurus, 2003, y más perfilada en su libro recopilatorio, *El discurso filosófico de la modernidad. Doce lecciones*, Madrid, Taurus, 1989, y por la «tercera generación» de la teoría crítica, como HONNETH, A.: *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*, trad. e introducción de Germán Cano, Madrid, Antonio Machado Libros, 2009; ID.: *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, Buenos Aires, Katz, 2007, y WELLMER, A.: *Sobre la dialéctica de la modernidad y posmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*, Madrid, Visor, 1992; ID.: *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Valencia, Frónesis-Cátedra, 1996.

³⁴ Véase ELÍAS, N.: *El proceso de civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, FCE, 1989.

³⁵ Véase BECK, U.: *Sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, y sobre todo JONAS, H.: *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995.

del medioambiente, etc.)³⁶. En esa línea crítica no caerse en planteamientos míticos de la ilusión del progreso, ya que la transición del capitalismo liberal (su forma política es el Estado del capital) a las formas del capitalismo burocrático organizado estatalmente (su forma política es el Estado intervencionista, social o el emergente «post-social», es decir, «Estado mercado» o «Estado de competencia económica») no pueden ser captada de modo simplista y unilateral como manifestación explícita de un progreso histórico lineal, sino como un proceso mucho más complejo en la tensión inherente a la dicotomía entre las formas de dominación en el capitalismo y las promesas de liberación del ser humano. Para no caer en la «ilusión del progreso» —y por ello no advertir el carácter paradójico y contradictorio de la modernidad— es suficiente atender a los hechos históricos y del presente, que reflejan la centralidad constitutiva del mercado mundializado o globalizado en el desenvolvimiento de la sociedad contemporánea, donde el Estado no desplaza al mercado como determinante de la vida sociedad, sino que asume su racionalidad económica unidimensional: una forma de Estado intervencionista al servicio del mercado, en la que preside una lógica social «economizante» en la organización de la vida social, que prevalece sobre una lógica social «socializadante»³⁷. Se verifica, de nuevo, con la crisis económica actual, en cuyo marco el Estado intervencionista se muestra especialmente activo y programador de medidas de regulación institucional de los mercados. Pero sin que —en el nuevo orden emergente— la esfera política haya pretendido sustituir a la esfera económica, sino que persigue una regulación jurídico-institucional de la economía, de las relaciones laborales y de los problemas generados, en apoyo y complementación de las fuerzas del mercado; y sólo en la medida estrictamente necesaria para garantizar su «buen funcionamiento» en términos de eficiencia y competitividad. De este modo, más que postular la primacía de la política sobre la economía, se actúa una regulación jurídico-institucional basada en una racionalidad instrumental que hace prevalecer la eficiencia económica como principio axial del orden socio-económico. Así, el desarrollo económico se convierte un desarrollo que es objeto de una regulación programadora consciente y en continúa tensión provocada por la dinámica contradictoria del capitalismo, que hoy adquiere una dimensión

³⁶ En esta autorreflexividad crítica tiene un papel importante la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, y su crítica a la racionalidad instrumental y la defensa del principio de responsabilidad. Aparte de la obra precitada, es paradigmático el libro de JONAS, H.: *El principio vida. Hacia una biología filosófica*, Madrid, Trotta, 2000.

³⁷ El modo de economizar se orienta —decía Bell— hacia la eficiencia funcional y el control de las cosas (y de los individuos, considerados como cosas). Por el contrario el modo de sociologizar establece criterios sociales más amplios, pero involucra necesariamente una pérdida de eficiencia, una reducción de la producción y un aumento de los costes por la introducción de valores no económicos. En la lógica de esos dos modelos idel-típicos, se puede constatar que el equilibrio entre ambos es el problema principal de la sociedad post-industrial. Cfr. BELL, D.: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid, Alianza Universidad, 1986, págs. 317 y sigs.; *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza Universidad, 1994. Bell, destaca, por ejemplo, que las empresas modernas han evolucionado del modo estricto de economizar al de sociologizante respecto a sus trabajadores, ofreciéndoles más seguridad en el empleo y mayores cauces de satisfacción en el trabajo.

global y crítica. En esta coyuntura se pone nuevamente a prueba la capacidad de los Estados para intervenir y controlar el proceso económico, garantizando el crecimiento económica y resolviendo —conjurando— las crisis económicas cíclicas y de incierta aparición o surgimiento. En todo caso, siempre se ha de tener en cuenta que la trayectoria de los desarrollos históricos realmente existentes no es lineal y sincrónica, sino asincrónica más allá de la constatación de ciertas tendencias. Ello es tanto más necesario en la «era de las rupturas» (tercera revolución industrial, nueva organización científica del trabajo, la revolución cultural, el despertar del nuevo individualismo, la creciente interdependencia mundial, etc.)³⁸.

Y, sin embargo, todavía sigue siendo proponible —y posible— un modo de sociologizar que atienda a criterios no sólo de economizar y de asociación, sino también de carácter más comunitario y comunicativo, enjuiciando las necesidades de la sociedad de manera más consciente y de hacerlo conforme a una concepción explícita del interés público y de la justicia social en una sociedad democrática y pluralista. Poniendo a prueba, como se ha podido afirmar, «el potencial para un entendimiento del orden social como una relación comunicativa institucionalmente mediada entre grupos integrados culturalmente que, en la medida en que el ejercicio del poder se distribuye de forma simétrica, tiene lugar en el medio de la lucha social»³⁹.

En gran medida esa constatación crítica se había olvidado en la era de la globalización económica, en la que ha dominado el «pensamiento débil»⁴⁰. Es una época en la que tras la ideología jurídica liberalizadora subyace un fuerte *nihilismo jurídico-económico*, y más específicamente un *nihilismo del mercado*⁴¹.

La idea social en el constitucionalismo democrático-social se traduce en el concepto de constitución del trabajo, vinculado a la constitución jurídico-social de la clase trabajadora en sustitución de la constitución liberal del trabajo, ésta última permitió el funcionamiento del capitalismo pero se hizo a costa de agudizar la cuestión social y de los desajustes en el funcionamiento de la economía presidida por la secuencia diacrónica de sus crisis cíclicas. La constitución jurídico-social del trabajo —que en esta sede mantiene una naturaleza esencialmente compromisoria— establece las bases en virtud de las cuales se organiza el trabajo

³⁸ Véase COHEN, D.: *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial*, Madrid-Buenos Aires, Katz, 2007.

³⁹ HONNETH, A.: *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*, trad. e introducción de Germán Cano, Madrid, Antonio Machado Libros, 2009 pág. 444. Igualmente del mismo autor, «Una patología social de la razón. Acerca del legado intelectual de la Teoría Crítica», en LEYVA, G. (ed.): *La teoría Crítica y las tareas actuales de la crítica*, Barcelona, Anthropos, 2005, pág. 446.

⁴⁰ Véase ARNAUD, A.-J.: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; YETES, N.: *Globalizzazione e politica sociale*, Gardolo-Trento, Ed. Erickson, 2004; PURCALLA BONILLA, M.Á.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2009.

⁴¹ Para la vinculación existente entre el nihilismo jurídico, el nihilismo económico y la racionalidad económica, véase IRTI, N.: *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005, y la obra clásica de SIMMEL, G.: *Filosofía del dinero* (1900), trad. e introducción de Ramón García Cotarelo, Granada, Ed. Comares, 2003.

como relación social de tipo económico y garantiza un status de ciudadanía para las clases trabajadoras. Ese carácter «estatuido» en el constitucionalismo social se refleja en la protección del trabajador frente a la autorregulación del mercado laboral, la imposición de límites a los poderes empresariales de organización y en el fomento de los procesos de autorregulación de los grupos sociales (autonomía colectiva); en una dirección que trata de tutelar la exigencia de la libertad y dignidad humana por encima de los criterios mercantiles. La constitución económica del Estado liberal clásico se resuelve en la autorregulación del mercado y en la primacía de la racionalidad económica sobre la esfera política. Frente a ella, la constitución del Estado Social actúa como límite a la razón económica, afirmando la primacía de la política en la ordenación de la economía⁴².

No obstante, el cambio imprimido por el constitucionalismo social supone una reorientación o corrección socializante pero no una desaparición de la «sociedad posesiva de mercado», dada la persistente subordinación de la «sociedad política» a las exigencias de la economía de mercado. Se mantiene que la esfera económica sea (relativamente) autónoma, a condición, por un lado, de que la «sociedad política» intervenga siempre como instancia reguladora de las reglas de juego y de los desequilibrios y disfuncionalidades de los mercados supuestamente autónomos. Pero también a condición, por otro lado, de hacer primar el principio axial de eficiencia económica —que engloba la competitividad de las empresas— sobre el principio de protección del trabajo dispensado igualmente por el Estado social. La sociedad contemporánea continúa transmitiendo la mejor imagen de una hegemonía del proceso económico-productivo sobre los demás ámbitos de la vida. Ciertamente, la dirección de la economía aparece como una exigencia de racionalización del funcionamiento del sistema económico del capitalismo organizado. Por lo demás, la acción del Estado en el gobierno de la economía tiene un carácter político y eminentemente jurídico, que deja en gran medida *intacto el armazón jurídico del capitalismo moderno* (propiedad privada, contrato libre, libertad de iniciativa económica, empresa capitalista, régimen salarial, etcétera). Ello permite al capitalismo organizar el mercado y la organización interna de la empresa (trabajo asalariado incluido). No se progresó hacia la «democracia social» a través de la profundización del proceso de democratización iniciado con la formación del Estado social de Derecho⁴³.

En la actualidad, el particular el modelo económico intervencionista es una exigencia de racionalización *funcional* del sistema económico. Ripert —un conservador lúcido— pudo afirmar con naturalidad, que el «el capitalismo es una

⁴² Véase CANTARO, A.: *Costituzione ed ordine economico*, Acireale, Bonanno Editore, 1999; ID.: *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, Casa editrice Ediesse, 2006.

⁴³ En el sentido defendido por autores como Hermann Heller y Hugo Sinzheimer. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; ZACHERT, U.: «Hugo Sinzheimer: juriste praticien et pionner du droit moderne: autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale», en *Les Juristes de Gauche Sous la République de Weimar*, Paris, Kimé, 2002, págs. 49 a 67.

forma de la economía, el dirigismo es una *política*, por tanto no puede haber oposición entre ellos», aunque se cambie el antiguo liberalismo, «el capitalismo solamente puede hacer si el dirigismo no le amenaza seriamente»⁴⁴. El Estado del capitalismo avanzado, trata de «encuadrar» al mercado en su política de ordenación del sistema económico, es decir, en el marco del diseño de un modelo económico-social. En otras palabras, un modelo mixto de economía de mercado, que incorpora la heteroregulación y control pública. El nuevo ordenamiento jurídico de la economía se apartaba así del viejo esquema que cristalizó en el proceso codificador llevado a cabo en el siglo XIX.

Es ahí cuando se da nacimiento al Estado social contemporáneo, como factor central y especialmente caracterizador de la sociedad del capitalismo organizado. Forma de Estado que supone una modificación de las fuerzas del mercado por la protección social pública de los individuos. Es una respuesta a las exigencias de racionalización del capitalismo, pero también a las crecientes demandas de igualdad socio-económica. Con todo, el Estado social es una respuesta política y jurídica a la creciente necesidad de regular las complejas relaciones económicas y sociales, vinculadas al proceso de industrialización y modernización, y al mismo tiempo a las exigencias de una mayor protección social de los ciudadanos. Este tipo de Estado se basa en la «idea social», conforme a la cual el Estado social sería la «lógica de la democracia política hacia la democracia económica» (Hermann Heller).

El Derecho Social del Trabajo clásico —que reclamaban los reformadores sociales como parte institucional del «guardián de las promesas»— debería crear formas jurídicas inclusivas de los trabajadores que contribuirían a materializar las promesas de liberación del proyecto de la modernidad. Ese sector del ordenamiento jurídico era parte institucional del «guardián de las promesas» de la segunda modernidad abierta (frente a la restringida del liberalismo individualista) encarnada en el Estado Social. Con ello trató de reforzar la dimensión comunitaria la sociedad del capitalismo industrial. Ese componente comunitario —componente estatutario/democrático introducido heterónomamente en los contratos de trabajo— pretendía hacer valer su condición de instrumento de desmercantilización de la fuerza de trabajo, a través del reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía —que formalizan el principio de protección legal del trabajo profesional, y con ello los grandes valores constitucionales—⁴⁵. Pero sin olvidar

⁴⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El derecho de la economía*, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XIII a CL, en particular pág. LXXXVII.

⁴⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «La política social en Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización», en *Revista de Trabajo*, núm. 19 (1995), págs. 7 a 46; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, espec... (sobra la rectificación del proceso de organización social del trabajo desde el «contrato» al estatuto democrático-social); *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.

tampoco que ese modelo social intervencionista es al mismo tiempo una exigencia de la racionalización *funcional* del sistema económico. De ahí la naturaleza contradictoria y transaccional, de compromiso político-social, que siempre ha tenido el Derecho Social del Trabajo (pues la idea social —la razón social— tenía que conciliarse con la idea individual —razón económica— en el contexto del sistema del capitalismo organizado).

En la etapa actual de crisis del constitucionalismo social (anterior a la crisis económica del presente; de ahí también las dificultades para dar respuesta a los retos que ella plantea) se tiende a hacer prevalecer el principio axial de eficiencia económica y competitividad sobre el principio de protección del trabajo, de manera que el Derecho del Trabajo tiende a conformarse como una forma de Derecho *no-contradictorio*, sino más unilateralmente favorable a los intereses de la economía y de las empresas (Del mismo modo que la «Constitución económica» del Estado social se hace también «no-contradictoria», pues tiende a diluir la lógica de correctiva de la razón social). Ello se hace acompañar —y exige— una revisión profunda del constitucionalismo democrático-social. En este sentido el persistente compañero de viaje del Derecho del Trabajo de la modernidad, que es la crisis económica, no hace sino poner de manifiesto la subordinación permanente del trabajo al servicio de la lógica de racionalidad económica. Pero no puede pasar desapercibido que la crisis del Derecho Social del Trabajo constituye una de las dimensiones más significativas de la crisis de la modernidad y un aspecto de la crisis de la forma política del Estado Social contemporáneo.

Las reformas liberalizadoras —neoliberales— se orientan hacia el desplazamiento del garantismo flexible por la instauración de una constitución flexible del trabajo viene siendo *reforzada y legitimada* en la presente coyuntura de crisis estructural. Es la tentación de convertir el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía; un Derecho de regulación funcional-instrumental (de apoyo promocional a los procesos de autorregulación social y de establecimiento de reglas de juego), pero no de gobierno o intervención social en los procesos económicos. Es la adhesión a la ideología económica del progreso coincidente con la racionalidad del mercado tal como se muestra desde la falacia neoliberal. Es la pretensión utópica de subordinar la organización de la sociedad al mercado, sin que se haga un mínimo esfuerzo de replantear la lógica de sistema económico que se legitima en términos de principio, pero que seguramente debería seriamente cuestionarse desde una perspectiva ética y desde una modernización reflexiva de racionalismo crítico. Es la idolatría del mercado regulador. Se hace acompañar de una «simplificación» de las causas que no serían estructurales al propio sistema (excesos de la tecnocracia; errores de ciertas políticas y de las élites y responsables políticos...). En suma, se produce una «canalización» de la crisis. El *orden económico se «naturaliza»* y tan sólo se tiende a criticar desde una racionalidad instrumental que atiende a verificar sus disfuncionales coyunturales, necesitadas tan sólo de «ajustes», de «adaptaciones» a los cambios tecnológi-

cos y a la mundialización de la economía. Pero no se postula —y ni siquiera se imagina— una transformación de las estructuras económicas actuales que mantienen una lógica mercantilizadora de las necesidades humanas insuficiente en sí misma para instaurar una sociedad civilizada digna del hombre. En esa concepción *instrumentalista del Derecho (al servicio de la economía)*, y en particular del Derecho del Trabajo, éste aparece como una herramienta al servicio del funcionamiento de la economía del mercado. Asume la función de mantenimiento del orden económico, con su efecto de normalización y naturalización consiguiente del mismo. Oculta la realidad jurídica de que con ello las empresas encuentran un marco institucional más favorable para la perpetuación de su dominación.

Todo ello se hace acompañar de una «simplificación» de las causas que no serían estructurales al propio sistema (excesos de la tecnocracia; errores de ciertas políticas...etc.). En suma, la «banalización» de las causas, reflejo de una más generalizada banalización de la política. No tendrían la virtualidad de cuestionar el modelo de desarrollo económico existente.

En esa lógica del mercado, la empresa es un campo del poder, donde se plantea para cada momento, la forma de la configuración de los poderes en el seno del campo del poder *sobre* la empresa (como organización productiva); y es así como se puede entender la lógica específica de las tensiones conflictivas en las que se determinan los fines de la empresa. Es un ámbito de la lucha social entre unos agentes que tienden a identificar sus intereses específicos (dependientes de su posición en la empresa y de sus disposiciones) con los intereses de la empresa, y cuyo poder se mide por su capacidad efectiva para identificar los intereses de la empresa con *sus intereses en* la empresa. Esas luchas de definición van asociadas a luchas por la determinación de las prioridades, esto es, por el predominio que es oportuno conceder, en los proyectos de futuro, a las *reestructuraciones* que se atribuyen a una determinada función, financiera, mercantil o «comunicativa», y a un determinado responsable de la adopción de las decisiones. En esta lucha por la delimitación los fines y del futuro de la empresa, se contraponen los distintos intereses en presencia⁴⁶.

Esa funcionalización a las exigencias de la economía y de competitividad de las empresas produce una nueva morfología de lo social, que subordina la constitución social del trabajo a la constitución económica, con el paso paulatino del modelo de constitución democrático-social del trabajo basada en el garantismo flexible al modelo de constitución flexible del trabajo basada en la flexibilidad liberal que sólo es capaz de admitir un garantismo de mínimos como auxiliar de la liberalización de los mercados_(es la concepción de las políticas de flexiseguridad liberal que postulan las instancias de gobierno «oficial» de la Unión Eu-

⁴⁶ Véase BOURDIEU, P.: *Las estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2003, págs. 271 y sigs.; ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006.

ropea, en la Línea del Libro Verde de la Comisión), pues los mercados tienden a despolizarse (despojados de intervenciones sociales fuertes) a través de la re-mercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía, y la funcionalización de ciertos derechos de ciudadanía neoliberal como elementos de compensación de la desprotección político-institucional de los mercados. En esa perspectiva de política del Derecho, la «idea social» y su institucionalización político-jurídica es paulatinamente desplazada por la «idea individual» situada en la lógica de la individualización negativa⁴⁷.

Con ello se desconoce la virtualidad de los derechos de ciudadanía sociolaboral como instrumentos de integración política y de participación en la vida económica de los trabajadores subordinados. El Derecho del Trabajo clásico es situado en «crisis institucional», privándole de legitimidad, para ser progresivamente reformulado como Derecho del Trabajo Flexible⁴⁸, es decir, un instrumento de ordenación y regulación de los procesos de flexibilidad liberal de los mercados de trabajo. El Derecho del Trabajo Flexible asume en su propia dimensión finalista la racionalidad mercantil, la lógica del mercado, al servicio de la rentabilidad del capital, su reestructuración y su movilidad. Este modelo de Derecho del Trabajo parte de una «neutralización» de lo político y de la *desconstitucionalización* del modelo clásico «garantista» de Derecho del Trabajo, produciéndose una inoperatividad e ineficiencia del modelo constitucional, al tiempo que una «mutación fáctica», pues ese modelo de la constitución formal tiende a ser desplazado «legalmente» por un modelo distinto, el de la constitución real correspondiente a la nueva «realidad constitucional», que obedece a una racionalidad jurídico-material de corte diverso a la racionalidad jurídico-material del garantismo jurídico: una ordenación jurídico-laboral puesta al servicio de los ajustes estructurales de los mercados laborales, bajo la lógica de una «normalización» jurídica de la «excepción» del gobierno de la economía. En el programa

⁴⁷ Para el fenómeno diverso de la individualización institucionalizada vinculada a la segunda modernidad emergente, puede consultarse BECK, U.: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 2003, espec., págs. 27 y sigs. Conviene retener la distinción entre la idea neoliberal del individualismo del libre mercado y el individualismo institucionalizado, que actúa como una característica estructural de una sociedad altamente diferenciada y donde las instituciones cardinales de la sociedad moderna están orientadas ante todo al individuo: la individualización se está convirtiendo en un componente existencial de la segunda modernidad propiamente dicha, que hace más complejo lo social dada la disgregación (fragmentación) de las crecientes desigualdades no solo de clase sino más novedosamente sin unos vínculos colectivos. *Lo cual dificulta los mecanismos más apropiados para general comunidad o colectividad en la modernidad reflexible global*. La economía neoliberal descansa en la imagen de un yo humano autárquico. Esa ideología no se corresponde con la realidad, donde el individuo se muestra autosuficiente y cada vez más vinculado a los demás. La ideología neoliberal del individuo autosuficiente comporta en última instancia la desaparición de toda obligación mutua —de la solidaridad—, razón por la que el neoliberalismo representa inevitablemente una seria amenaza para el Estado social. Es así que se ha de diferenciar el sentido social-científico de la individualización y el sentido neoliberal.

⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1996.

del nuevo Derecho del Trabajo Flexible se establecen nuevas formas de tutela y modos de vida del trabajador que estarían funcionarizadas consolidar un nuevo tipo de economía liberada de «cargas sociales» directas; despolitizada en la ordenación «contractual» de las relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo (es decir, el trabajo por cuenta ajena y dependiente). Las solidaridades sociales se hacen «externas» al trabajo, dejando curso «libre» a la articulación del trabajo abstracto, por lo que la solidaridad social desaparece del corazón del proceso de producción, esto es, del interior de la empresa flexible y de las relaciones contingentes nacidas de la movilidad del trabajo en un grado de intensidad hasta el momento desconocidas, pues el trabajador puede «circular» de un modo fluido como una mercancía en el campo de las relaciones mercantiles cuyo objeto es el trabajo (aunque con la «compensación» de un sistema de protección social público proveedor de prestaciones mínimas, es decir, el modelo propio de un Estado Social «Residual» de mínimos de cobertura de orientación típicamente asistencialista).

Todo ello en contraposición al Derecho del Trabajo Clásico del garantismo flexible que propiciaba las formas jurídicas inclusiva de los trabajadores en los distintos ámbitos de la sociedad moderna: una ciudadanía laboral, civil y política. El Derechos del trabajo flexible hace «opaco» el proceso de liberalización y explotación laboral del trabajo en la sociedad del mercado. Es una forma de Derecho «decisionista» de normalización o de emergencia, según los casos y «situaciones», para la reestructuración permanente de la empresa (normalización de las prácticas) y para el ajuste o salvación del sistema económico y de las empresas (emergencia). Todo ello comulga con la «necesidad» de reducir la fuerza normativa de la Constitución al servicio de la fuerza de lo fáctico —la constitución económica realmente existente—. Esa es la operación de política del Derecho. La legitimidad de la decisión de política del Derecho deja de fundarse en la Constitución jurídica para asumir las exigencias de gobierno de lo económico conforme a lógicas normativas adaptadas a los movimientos del capital y a las necesidades «objetivas» —naturalizadas— de su reestructuración bajo esquemas propios de la racionalidad instrumental. Su resultado es que sin reformar las estructuras formales de la Constitución democrático-social, se da nacimiento a nuevas formas de organización del sistema económico y de las relaciones laborales en su sentido contrapuesto al constitucionalismo garantista formalizado en los textos constitucionales formalmente vigentes. Es así que se produce una suerte de «vaciamiento» de las categorías constitucionales de referencia del modelo clásico del Derecho del Trabajo.

En el *Estado de competencia económica* o «Estado-mercado» —en donde se reconvierte el viejo Estado Social en entredicho—, y su nuevo Derecho de la Economía —que comprende al propio derecho del trabajo desprovisto de programas de liberalización y redistribución social— se convierte en un aparato normativo-institucional al servicio de las exigencias cambiantes de la economía

y de la adaptación flexible de las empresas. La *desconstitucionalización* del Derecho del Trabajo hace perder su contenido «social» (en el sentido garantista, donde «lo social» es exigencia de intervención y regulación desmercantilizadora a través de un sistema de derechos sociales de ciudadanía y de organización de solidaridades distributivas) y lo convierte en una parte más del Derecho de la Economía, sujeto al primado de la razón económica. Ese Estado de competencia económica no puede reconducirse en absoluto —como muestra el acusado intervencionismo regulativo y de control que caracteriza la coyuntura actual— a una especie de «Estado mínimo» mítico, tal como es postulado por las teorías del neoconservadurismo contemporáneo⁴⁹.

La crisis actual es, en gran medida, la consecuencia de la *subordinación de la Sociedad al Mercado*, esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental (Polanyi; Horkheimer-Adorno-Marcuse; Kirchheimer y Neumann; Habermas). Por contraposición a este enfoque, deben utilizarse los instrumentos del constitucionalismo social, siendo necesario recuperar las políticas propias del Estado social tanto a nivel europeo como nacional, que evite que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permita proyectar sobre el futuro un gobierno democrático de la economía y otorgar una eficacia real a conjunto de los derechos fundamentales.

II. Estrategias de «ajuste» y «reestructuración» y «flexibilidad laboral». Modelos

1. Perspectiva de conjunto

En este contexto se sitúan las estrategias de «ajuste», «reestructuración» y «flexibilidad laboral». Es el campo de la lucha de modelos de flexibilidad y competitividad, el de la lucha por la definición de los modelos de flexibilidad y competitividad, que cristaliza en la contraposición entre el modelo de flexibilidad «defensiva» y «ofensiva» en la regulación jurídica del trabajo y de la competitividad.

En la orientación de la política de empleo seguida en Europa, como, en sintonía con ella, las reformas legislativas operadas en nuestro país sobre el mercado de trabajo a partir de las década de los noventa, respondían objetivamente a una lógica compleja, marcada por la tensión existente entre el impulso hacia la no existencia de ningún poder externo al mercado capaz de establecer normas de Derecho necesario (se reclama así el principio del *laissez faire* liberal como ele-

⁴⁹ Es el caso paradigmático de NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y utopía* (1971), Buenos Aires, FCE, 1991. En su concepción filosófico política se tiende a contraponer el Estado justo el Estado legítimo. Puede consultarse al respecto, RUBIO CARRACEDO, J.: *Paradigmas de la política: del estado justo al estado legítimo* (Platón, Marx, Rawls, Nozick), Barcelona, Anthros, 1990.

mento regulador del contrato de trabajo) y la exigencia de instauración de un garantismo flexible que reclama la atribución de una función ordenadora a la normativa estatal y la liberación de espacios a la negociación colectiva en la determinación de condiciones de trabajo.

(A). En todo caso, no conviene ignorar la orientación de tendencia concreta, en la opción de política del Derecho, encaminada a instaurar gradualmente un ordenamiento flexible del trabajo («constitución flexible del trabajo»), que puede ser calificado globalmente como «flexibilidad defensiva», la cual fomenta la flexibilización a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores y las propias regiones⁵⁰. Es la opción neoliberal que continúa apostando por un modelo de crecimiento económico basado en la reducción de costes del factor trabajo. Es ésta una forma o modelo de flexibilidad que contribuye a la dualización-segmentación del mercado de trabajo, el cual queda formado, por un lado, por los trabajadores con empleos estables y protegidos y por otro, por trabajadores con empleos precarios y con estatuto jurídico-protector débil o más debilitado. Existe un deterioro del estatuto protector del trabajador. Y es que es el garantismo jurídico el que garantiza al trabajo valor y dignidad: es la mediación jurídica lo que puede arrancar al trabajo del dominio del mercado y de la individualización del poder contractual desigual. Precisamente el estatus democrático social del trabajador se entiende como el conjunto de los derechos y deberes que se definen con independencia de la voluntad de la persona (señaladamente, a través de la norma estatal y de los convenios colectivos). El trabajo es mucho más que el medio de vida de la población trabajadora, es un vínculo social y un cauce de participación activa en la generación del producto social⁵¹. El trabajo se vinculada a la ciudadanía: la ciudadanía social encuentra su base en el trabajo en el marco de una «sociedad del trabajo». En este tipo de sociedad el trabajo es fuente de integración social, el trabajo permite insertar a la persona del trabajador en una comunidad de derechos y obligaciones que superan el simple intercambio mercantil. Alrededor del trabajo se ha tejido una tupida red de protecciones sociales «des-mercantilizadoras». Esta estrategia «defensiva» comporta el traslado al trabajo de los costes de la crisis, pero también prosigue la orientación de desplazar costes privados hacia el sistema público, es decir, una tendencia hacia la constante «socialización» de los costes de empresa, sin que no sólo se hayan socializado los beneficios, sino que ni siquiera se haya exigido normativamente —coactivamente— una verdadera responsabilidad social en la actuación empresarial.

⁵⁰ Véase LIPIETZ, A. y LEBORGNE, D.: «Flexibilidad ofensiva, flexibilidad defensiva. Dos estrategias sociales en la producción de los nuevos espacios económicos», en BENKO, G., y LIPIETZ, A.: *Las regiones que ganan*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1994, págs. 331 y sigs.

⁵¹ Véase, las perspectiva general y no sin ciertas reservas críticas en algunos aspectos de su argumentación, trazada por MÉDA, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Gedisa editorial, 1998.

Por ello no es aceptable sustituir estatuto social del trabajo por estatuto de protección social «externo». Se ha de rechazar un modelo social que pretenda dicho objetivo liberalizador. Es preciso mantener la lógica interna del constitucionalismo democrático-social, conforme a la cual se ha de situar la recuperación económica como un medio para al desarrollo de las personas, no como un fin en sí mismo.

En realidad, la flexibilidad «defensiva» (y su objetivo o parámetro de referencia: la «competitividad por los costes»), al incidir en la precarización del empleo y la reducción de las políticas de protección social, acaba rompiendo el principio de continuidad de las rentas del trabajo tanto en la vertiente laboral (medidas de estabilidad del trabajador, continuidad de la relación laboral, etc.) como en la vertiente de protección social (política de prestaciones económicas de sustitución de rentas de activo), y por tanto no resulta arriesgado decir que las medidas flexibilizadoras adoptadas conforme a este modelo de política del Derecho, pueden resultar contradictorias al objeto mismo del Derecho Social del Trabajo —su función transaccional—, allá donde la intervención pública contribuya a acentuar las desigualdades en lugar de compensarlas. Las estrategias de flexibilidad «defensiva» cuestionan las bases de la dimensión estatutaria del constitucionalismo democrático social y tienden a desplazarla por un modelo de mercado. Es la lógica del paradigma neoliberal que implica la redefinición restrictiva en «lo social» de las funciones del Estado. Esa redefinición «liberista» (que no se puede confundir con el liberalismo social) supone el abandono del objetivo de una sociedad justa asociada a una promesa de emancipación y de dignidad del hombre.

(B) Frente a esta opción político-jurídica, otros países (Escandinavia, Alemania, Dinamarca, Francia —tan sólo en algunos aspectos relevantes—, etc.) han puesto en práctica, de forma desigual y desplazando a una parte más o menos amplia de la sociedad del trabajo, otro modelo de flexibilidad que puede denominarse «flexibilidad ofensiva» (*y su parámetro de referencia: la competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación*), que supone un nuevo compromiso en los lugares de trabajo, intercambiando la implicación de los trabajadores en la lucha por la productividad y competitividad y la calidad del producto, por diversas garantías y ventajas laborales y de carácter social, que mantienen el carácter «desmercantilizador» del trabajo. Este modelo de «flexibilidad ofensiva», al contrario que en el modelo de flexibilidad precaria, defensiva, otorga preferencia a la estabilidad laboral, a la modernización tecnología y a la formación profesional, y se articula a través del sistema de negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la posibilidad de acuerdos tripartitos, que establecen las reglas de juego, compaginándolo con los convenios de empresa que singularizan el tratamiento de las condiciones de trabajo, el sistema de organización del trabajo y la implicación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa. Se sitúa en el centro un modelo de *desarrollo cualitativo* basado en la innovación y en la potenciación del conocimiento. En este contexto es de destacar que prima el enfoque antropológico en la consideración del trabajo en el marco del «tiempo de vida» de las personas, donde se trata de hu-

manizar el trabajo y de gestionarlo de conforme a criterios del «garantismo flexible» (principio legal de norma mínima y potenciación de la autorregulación colectiva de mejora y adaptación; la técnica del garantismo flexible ha jugado ante todo con la técnica normativa del «derecho necesario relativo»).

Por otra parte, la flexibilidad «ofensiva» se inclina por un método de *flexibilidad consensuada*, es decir, con la participación activa e implicación de los distintos agentes implicados en distintos ámbitos (empresa, supraempresarial y del Estado; y espacio de la Unión Europea). Ello da lugar a diversas formas de neocorporativismo democrático (que, aun comprendiéndola, va más allá de la concertación social estricta), que si bien presentan unas características nacionales muy diferenciadas, continúan configurando actualmente a los sistemas democráticos de los Estados europeos más desarrollados⁵². En los países europeos más desarrollados se impone la concertación social como cauce más adecuado y eficiente para elaborar un plan de medidas sociolaborales, con carácter previo y complementario de la labor que le corresponde al Parlamento. Por lo demás, la concertación social aporta un plus de legitimidad adicional a la legitimidad que ofrecen las instituciones típicas del régimen parlamentario. Parte de la idea de que la participación en las decisiones es un instrumento no sólo de democratización económica (el derecho a participar en aquellas decisiones que les afectan), sino también un valioso mecanismo de legitimidad procedimental de las mismas. Esa democracia se extiende al ámbito de la empresa, donde la participación puede traducirse en «implicación» combinada con participación en los ingresos o beneficios, garantías reales de estabilidad en el empleo y respecto al conjunto de los derechos sociales de los trabajadores en el ámbito de la organización productiva. Así se podrá pedir —incluso exigir— compromisos con la productividad y la solidaridad de los trabajadores frente a una crisis empresarial. En realidad, todo ello está en sintonía con la potenciación del papel de los agentes sociales en la lógica del neocorporativismo democrático desplegada en todos los ámbitos de decisorios en materia socio-económica. Por lo demás ese fomento de las prácticas neocorporativas —unas veces explícito, y otras silencioso e implícito— adquiere una papel central en los procesos de gobernanza de las reestructuraciones internas y externas de las empresas⁵³.

⁵² Esa persistencia renovada se aprecia en el análisis comparado realizado en FERNER, A. y HYMAN, R. (Dir.): *La transformación de las relaciones laborales en Europa*, trad. de Santiago Borrajo Iniesta, Madrid, MTAS, 2002, espec., págs. 15 y sigs.

⁵³ En la perspectiva de los procesos de reestructuración empresarial, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006. Un exponente significativo es la misma idea subyacente en la creación y fomento de la Sociedad Anónima Europea (SAE). Preside la SAE su configuración funcional como un gran instrumento societario para gestión racionalizada de las operaciones de reestructuración empresarial. En tal sentido la necesidad de métodos más consensuados y flexibles de diseminación del conocimiento dentro de la empresa y el establecimiento de una más efectiva consulta (o instancias de codecisión) dentro de las empresas hace del proceso de creación de reestructuración en una SAE una oportunidad para la introducción de cambios institucionales y organizacionales que incrementen las posibilidades de implicación real y activa de los trabajadores en las organizaciones productivas. Este es el elemento de conexión entre las exigencias

El modelo de flexibilidad ofensiva —basado en el «garantismo flexible»— constituye una alternativa viable de organización jurídica de las relaciones de trabajo que pretende combinar la clásica racionalidad centralizada del Estado

organizativas y productivas y los mecanismos de institucionalización de un «papel activo» del trabajo en la empresa. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., GARCÍA VALVERDE, M.^a D., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2007, espec., págs. 62 y sigs.

Esta funcionalidad reestructuradora de la SAE es explicitada en las Exposiciones de Motivos de los distintos instrumentos comunitarios reguladora de dicha institución societaria. Así en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre, que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), se expresa que «la realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Comunidad implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una *reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción...* Una reorganización de este tipo requiere que las empresas ya existentes de los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración y fusión... La realización de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico...». Esas mismas premisas se aprecian en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003, de 22 de julio, que aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). Más nítida es la instrumentalidad reestructuradora que le otorga la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la SAE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, pues hace notar que el Reglamento (CE) 2157/2001, «está destinado a establecer un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los distintos Estados miembros puedan planear y llevar a cabo la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria». No se olvide que en las «Disposiciones de referencia» se garantiza que el órgano de representación constituido en la SAE tiende competencias informativas en materia de reestructuración: «cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores, y en particular en los casos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos o despidos colectivos, el órgano de representación tendrá derecho a ser informado. El órgano de representación o, cuando así lo decida —en particular por razones de urgencia—, el comité restringido tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la SE o con cualquier otro nivel de dirección más adecuada de la SE que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores». Lo mismo cabe decir de la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Todavía resulta más significativa la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, que establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, precisamente por proyección más general en materia de derechos participación-implicación. En su Exposición de Motivos se justifica a Directiva señalando que «Es necesario reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, aumentar la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reformar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de ésta». Estos derechos de participación débil (información y consulta) se incardinan en una lógica preventiva y de anticipación a los procesos de cambio: la intervención de los agentes sociales (en una operación de política del Derecho encaminada a promover el diálogo social en las empresas) «con la suficiente antelación constituyen una *condición previa de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía*, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo» (Es dimensión preventiva se refleja en el art. 4.2.b) de la Directiva 2002/14/CE). Evidentemente, esa funcionalidad de la SAE se recoge en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en la SAE y Cooperativas Europeas.

Social moderno con formas plurales de racionalidad «autorreflexiva» de los grupos sociales bajo la cobertura de una legislación promocional —o de apoyo— de la autonomía colectiva negociada. Se trata de un modelo dualista de regulación que combina ley y negociación colectiva como medios instrumentales para regular el mercado laboral, y que, aun cuando otorga a la ley la función de fijar un marco de regulación general, no excluye la posibilidad de hacer uso de la negociación colectiva para flexibilizar, sin precariedad ni inestabilidad, las relaciones laborales en el seno de la empresa.

Esto no significa que no puedan existir aporías y disfuncionalidades en ese modelo de flexibilidad, pues a pesar de que este modelo mantiene una relación más equilibrada entre los diversos mercados de trabajo, potencia al sindicato y la negociación colectiva y apuesta por garantizar una red de protección laboral y social (que en su conjunto garantiza un mayor reparto de los frutos del crecimiento de la productividad), manifiesta también una peligrosa tendencia a apartar del «reparto» de los beneficios de la protección laboral y social a amplios sectores de la población, contribuyendo a la formación de una infraclase, constituida por aquellas personas que tienen una situación de mayor debilidad en el mercado de trabajo o que se hallan completamente excluidas del mismo. La polarización del mercado de trabajo entre normas de incorporación estandarizada y desestandarizada de la fuerza de trabajo originará una nueva escisión del mercado de trabajo entre la parte normal propia de la sociedad industrial y otra correspondiente al mercado del subempleo, flexible y plural, expuesta a mayores riesgos sociales. Este proceso de fragmentación del mercado laboral continuará ampliándose cuantitativamente hasta que el mercado de trabajo atípico, flexible y precario, domine al modelo de trabajador estable-típico de la sociedad industrial.

Para evitar esas perversas tendencias hacia la dualización social, es necesario realizar una política global (integrada) que, partiendo de la interdependencia entre el modelo de regulación económica y social, no se desentienda del problema del trabajo y de la escasez de empleo, puesto que el trabajo continúa siendo percibido como uno de los factores más importantes de integración social. De ahí que un objetivo preferente de las políticas de regulación (del trabajo y de las políticas sociales) deberá ser facilitar el reparto del empleo, reducir progresivamente la duración de la jornada laboral, sin tener que disminuir la retribución del trabajo (o utilizando la figura de las rentas de inserción o ingresos de ciudadanía para la garantía compensatoria de rentas), compensando esa reducción con un aumento de la productividad; y estableciendo mecanismos de rentas complementarias allí donde la reducción de la jornada no sea posible compensarla, en su totalidad, con los incrementos de productividad. A la postre esta racionalización del orden económico-social participa del fin instrumental de todo proceso de racionalización, que no es otro que el aumento de la productividad del trabajo (algo no ajeno al lúcido modo de pensar de Otto Bauer).

De este modo la flexibilidad no puede ser tratada en abstracto y de modo indiferenciado, pues ésta adquiere diversas formas; formas que pueden combinarse⁵⁴. Ese compromiso público se hace realidad a través de la garantía, entre otros, el derecho al trabajo, el derecho a la reinserción profesional, y la promoción a través del trabajo. Todo ello, en un marco socioeconómico en el que «toda la riqueza del país, en su distintas formas sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128 CE). Por ello mismo, el Derecho Social del Trabajo ha de cumplir la función de ser un ordenamiento compensador e igualador en orden a corregir, al menos parcialmente, la desigualdad de origen característica de las relaciones laborales. De lo contrario, este sector del ordenamiento jurídico estará dejando de desempeñar la función integradora y pacificadora (mediante la garantía de ciertos niveles de justicia social) que había venido desarrollando en el capitalismo intervenido. En el marco de la *Unión Europea* se impone una política de ordenación del trabajo que busque un mayor *equilibrio entre flexibilidad y seguridad* y, en ese marco, el establecimiento de políticas reguladoras atiendan a la doble lógica que siempre ha estado presente en el Derecho del Trabajo: la lógica social (tutela de la persona del trabajador) y la lógica económica (atención a las exigencias de la organización productiva). El debate europeo —y la falta de acuerdo— sobre la flexiseguridad muestra las especiales dificultades persistentes. El problema se plantea en términos preocupantes, ya en el «Libro Verde», pues se orienta hacia la facilitación en la introducción de modificaciones en las obligaciones mínimas en materia de ordenación del trabajo para ofrecer mayor flexibilidad⁵⁵.

⁵⁴ Se ha observado que la flexibilidad laboral puede adoptar dos formas principales: —. La «mejor vía» de mejorar la productividad desarrollando entornos laborales de elevado rendimiento basados en la formación y participación de los trabajadores, los incentivos salariales y la seguridad en el empleo; los trabajos manuales y no manuales se reorganizan en torno a nuevas formas del modelo de trabajo no manual en el que los trabajadores persiguen objetivos de rendimiento individuales y colectivos y son recompensados por lograrlos y en el que los trabajadores no perciben como amenaza la flexibilidad y la fluidez; y —. La «vía secundaria» de reducción de los costes laborales mediante la subcontratación del trabajo, contratos laborales eventuales y a tiempo parcial y presiones sobre el gobierno para que reduzca los salarios mínimos reales y el poder de los sindicatos». Cfr. CARNOY, M.: *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza editorial, 2007, pág. 95. En una y otra dirección se suelen situarse los mecanismos de flexibilización de las jornadas para cumplir los planes de producción y reducir los costes laborales en períodos de escasa actividad. Por lo demás, en los distintos modelos de flexibilidad existe una combinación entre flexibilidad e intervención pública, pues el componente institucional es ineludible.

⁵⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006. COM(2006) 708 final, pág. 15. Sobre el Libro Verde puede consultarse en una perspectiva crítica, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social» (I y II), en revista *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, núms. 206-207 2008, págs. 9 a 35 (I) y 9 a 20 (II) y MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas, en revista *Lan Harremanak*, n.º 16, 2007, págs. 167 a 242. En el ámbito político, científico y jurídico cobra fuerza la idea de «flexiseguridad» como principio ordenador de las políticas laborales y

En este enfoque de flexibilidad ofensiva en el marco del garantismo flexible y dinámico, puede adoptarse igualmente medidas para otorgar seguridad al trabajo en la sociedad del riesgo y de la incertidumbre. El estatuto protector del empleo —como base de la ciudadanía social (asociar protecciones y derechos a la condición del propio trabajador)⁵⁶— debe ser completado asociándole un estatuto protector de la persona en cuanto tal. Más que sustituir ese estatuto protector del trabajo se trataría de completarlo —enriquecerlo— con un estatuto protector de las personas. De este modo el «trabajador móvil» tendría una protección no exclusivamente dependiente de la realización de un trabajo concreto. Pero la solución no reside en la simple re-mercantilización del trabajo profesional con la liberalización de los mercados de trabajo de supuestas trabas institucionales que impiden o dificultan su buen funcionamiento. Ello supondría —se diga lo que se quiera— la consideración del trabajador en el ámbito económico (relaciones sociales de producción cuyo objeto es el trabajo) como una pura

sociales. En al dirección auspiciada por la Unión Europea la operación consistiría en transitar desde la «seguridad en el empleo» (flexibilizando la relación laboral) hacia la «seguridad en el mercado de trabajo (a través de políticas activas de empleo y mecanismos de protección social). Dicha concepción impulsa el larvado tránsito de una constitución «social» del trabajo hacia una constitución «flexible» del trabajo, debilitando la racionalidad específica del Derecho del Trabajo como instrumento de integración social y sus efectos redistributivos del bienestar social y del poder en el ámbito de las relaciones de trabajo.

⁵⁶ Entonces el trabajo deja de ser un una relación estrictamente mercantil retribuida en el marco de una relación pseudocontractual entre un empleador fuerte y un trabajador débil. *El trabajo se vuelve así «el empleo», esto es, una estado dotado de un «estatuto» que incluye garantías no mercantiles* (v.gr., derecho al salario mínimo legal y otros derechos laborales legalmente garantizados, derechos de seguridad social, etc.). Se trata de sobre todo de una sociedad en la que la inmensa mayoría de la población accede a la ciudadanía social en primer lugar a partir de la consolidación del estatuto del trabajo. El Estado social ha tenido un papel central en la organización de lo estoes dispositivo de protección laboral y de seguridad social; el desarrollo del Estado social es estrictamente coextenso a la expansión de las protecciones públicas, siendo el Estado un «reductor de riesgos sociales». Ello permitió superar la primera gran crisis de la modernidad, la «modernidad restringida» del liberalismo individualista. No resultó suficiente transferir los derechos del estatuto del empleo a la persona del trabajador. Hay que tomar nota de que el rol desempeñado por las protecciones sociales («la propiedad social») en la construcción de una sociedad de seguridad («sociedad asegurada» estatalmente), ha sido la de introducir una cierta domesticación del mercado; y ello precisamente fue lo que hizo posible vencer la inseguridad social. Y, a sensu contrario, es cierta «remercantilización» del trabajo la principal responsable del mayor nivel de inseguridad social actual mediante la erosión de las protecciones sociales que están vinculadas al empleo, con la consiguiente desestabilización y desestructuración de la condición salarial. Un Estado Social flexible y activo no puede renunciar al control y canalización del mercado, en el marco de un compromiso entre el mercado abierto (ahora flexible) y el trabajo (devenido flexible y móvil) bajo la dirección del Estado Social (readaptado como instancia pública activa de regulación y control de los procesos sociales para enmarcar la anarquía de un mercado libre que sin control democrático conduciría a una sociedad fragmentada y dividida entre ganadores y perdedores. Precisamente los contrario a la una sociedad de semejantes, solidaria y justa). Por ello, para luchar contra la inseguridad social del presente hay que salvar el Estado Social y democrático de derecho, porque sólo así se podrá civilizar el trabajo neutralizando las tendencias de la actual racionalidad económica a convertir el trabajo —a la persona del trabajador— en una pura mercancía. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007.

mercancía («cosas productiva móvil»)⁵⁷. No se olvide que la pretensión del constitucionalismo social ha sido rescatar al hombre de la naturaleza de mercancía, en un mundo ya enteramente fabricado conforme a criterios de racionalidad y de eficiencia⁵⁸. Hay que dignificar la condición salarial poniendo límites legales a la precarización del trabajo, como causa de una gran parte de los problemas relativos a la nueva cuestión social en las sociedades post-industriales, sin limitarse a atenuar o amortiguar sus efectos a través de los instrumentos de protección social «externos» a la empresa y a la dinámica del contrato. No se puede compensar satisfactoriamente por esta vía tutelar externa la degradación de la condición del trabajador en el marco de la empresa y del contrato de trabajo, pues de ser así se estaría desconociendo gravemente la lógica de un derecho al trabajo concebido como un derechos de integración social y política, que permite la participación activa del trabajador en la esfera de decisión económica (derecho a la intervención en la creación del producto social) y política (derecho de participación política en la formación de las decisiones colectivas, esto es, en la elaboración de las políticas públicas y en el proyecto social en su conjunto).

2. Reestructuración de plantillas. Despidos

En este orden de ideas —y dentro de la lógica racionalizadora de la «flexibilidad ofensiva garantista»—, es manifiesta la diferencia específica entre los *modelos de tratamiento* de la reestructuración y saneamiento de la empresa monista y el correspondiente a la empresa pluralista y socialmente responsable. En éste último modelo de empresa pluralista el poder soberano es atenuado por el poder funcional y eficiente referido a fines no sólo internos a la organización sino también referidos a fines que le son exteriores, de manera que esta «forma empresa» supone un nuevo modo de legitimar el poder directivo empresarial, el cual no se ejercitaría de modo unilateral, sino en atención a un conjunto amplio de intereses en presencia (de ahí el deber de motivar las decisiones —con posible control del juez— y la procedimentalización y control colectivo de los poderes empresariales a través del reconocimiento al personal de derechos de información, consulta, participación y negociación). La empresa se configura como una estructura abierta sometida a un sistema de controles internos (accionistas; representantes de los trabajadores; el interés del personal como grupo específico, esto

⁵⁷ Este puede ser uno de los riesgos de las políticas de flexibilización o liberalización de los mercados de trabajo, con el retroceso de las garantías laborales en el trabajo. Debe atenderse a los costes humanos de las políticas de flexibilidad laboral en los procesos de reestructuración empresarial y en las políticas de construcción de los mercados de trabajo transicionales. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1996, espec., págs. 99 y sigs., y GALLINO, L.: *Il lavoro no è una merce. Contro la flessibilità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y GORELI HERNÁNDEZ, J.: «Tiempo de trabajo y Subordinación», trabajo inédito incluido en VV.AA.: *Trabajo y Subordinación*, Cacucci, 2009, en prensa.

⁵⁸ Véase REVELLI, M.: *Oltre il Novecento*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2001.

es, su interés «interno» a la organización de la empresa pluralista) y externos (el control de los poderes públicos, puesto que se produce una cierta «publicación» de los problemas y del empleo en las empresas en reestructuración y en crisis). Es, éste, el enfoque integral de los partícipes, el cual presupone el pluralismo interno y externo a la organización empresarial, yendo más allá de la democracia industrial.

Los instrumentos de intervención jurídico-económica reflejan la existencia de un marco legal para las reestructuraciones y solución de las crisis empresariales que está fuertemente marcado por ese enfoque integral, aunque disperso y a menudo de articulación poco coherente desde el punto de vista tanto de su racionalidad técnica como desde la perspectiva del logro de una racionalidad equilibrante entre la razón social y la razón económica. El intervencionismo público sobre la empresa en proceso de ajuste viene asumiendo una función compleja: función de «regulación» y de «impulso» a la autonomía de los agentes socio-económicos implicados. Entre formas de *Derecho vertical* (normas técnicas de regulación) y *formas de Derecho reflexivo* (proliferación de normas de organización y procedimiento que impulsan y enmarcan la actividad de autorregulación de los grupos sociales y económicos entre sí y con el poder público o autoridad pública). La autonomía colectiva tiene un lugar central en el marco del Derecho reflexivo («legal», estatal y comunitario). El modelo de intervencionismo público en los procesos de reestructuración y saneamiento empresarial adquiere una dimensión tripolar en el tratamiento de las reestructuraciones ordinarias y extraordinarias. Su papel es determinante en las reestructuraciones ordinarias (crisis de empresa o grupo de empresas), extraconcursales (encauzada a través de los procesos de autonomía social y, en su caso, de procedimientos administrativos) y concursales (encauzada a través de procedimientos judiciales con apertura de espacios a la autonomía social), y en las reestructuraciones extraordinarias (procesos de reestructuración y reindustrialización intervenidos de modo más o menos dirigista; crisis de sector o de grandes empresas). Ello arroja tipológicamente las siguientes *formas de regulación y control público y colectivo de los procesos de reestructuración y saneamiento de las empresas*⁵⁹:

- a) Intervencionismo administrativo (es el paradigmática de *garantismo flexible* del sistema regulador del Estatuto de los Trabajadores). Donde coexiste un control interno del personal (consulta-negociación, que no supone derecho de veto) con el control externo propiamente administrativo (que puede alcanzar en el caso de los despidos a la autorización administrativa previa). El modelo de intervencionismo administrativo con

⁵⁹ Tres paradigmas o modelos tipo que, en sus rasgos generales, pueden en gran medida ser generalizables a los sistemas jurídicos de los países más desarrollados de la Unión Europea, no sólo, por tanto, a España. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006, Parte I, págs. 20 y sigs. y Parte II, págs. 87 y sigs.

función mediadora y de procedimentalización colectiva es el que se refleja en las Directivas comunitarias sobre reestructuración de empresas. Los mecanismos de regulación e intervención pública laboral despliegan toda su potencia y fuerza en una fase extra-concursal, bien por cierre de empresa (con el consiguiente tratamiento de los despidos) o bien por reestructuración productiva (determinante de modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales; entrando en juego el grupo normativo formado por los arts.40, 41, 47, 49, 50, 51 (forma de despido propuesta) y 52 (forma de despido directo) de la LET⁶⁰, y normas concordantes del mismo cuerpo legal, de la Ley de Procedimiento Laboral⁶¹ y de la Ley General de Seguridad Social⁶²). El control judicial es eventual y posterior a la adopción de la decisión empresarial. Pero puede entrar también en juego *de forma modalizada* en el curso de un procedimiento concursal, en cuyo marco —sin perjuicio del principio de preferencia de las normas laborales especiales insertas en el Derecho concursal— la aplicación supletoria de la legislación laboral ordinaria será inexcusable en numerosos aspectos, incluyendo ciertas intervenciones administrativas instrumentales (Informe de la autoridad laboral). La misma Ley Concursal realizar varias remisiones a la normativa laboral ordinaria desde su propia lógica interna (v.gr., art. 64.11 y 149.2 LC). El modelo estatutario es muy flexible tanto en el plano causal (puede ser justificado motivo tanto las situaciones de corte crítico como las necesidad de reorganización de la empresa o unidad productiva inferior), como en la perspectiva de los procedimientos de adopción de medidas preventivas, pro-activas y de acompañamiento social en el marco de una negociación colectiva gestional o deliberativa dentro del llamado período de consultas previa.

- b) Intervencionismo judicial *necesario, «ex ante» e inicial* (es el sistema de *garantismo flexible* regulador de la Ley Concursal⁶³). Donde coexiste también el control interno del personal (consulta-negociación, que no alcanza al derecho de veto) y el control externo judicial de carácter «autorizante». En el procedimiento concursal existe un control directo del Juez externo a la estructura jurídica de la empresa. El control judicial es un control realizado esencialmente por el Juez de lo mercantil, que en la práctica jurídica actúa como un Juez del concurso, sin recibir, empero de modo generalizado, esta denominación técnica. La LC contiene normas laborales especiales que se someten a una doble lógica: la lógica de racionalidad concursal y la lógica de racionalidad del ordenamiento laboral

⁶⁰ Texto Refundido aprobado por RD.Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

⁶¹ Texto Refundido aprobado por RD.Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁶² Texto Refundido por RD.Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

⁶³ Ley 23/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que se integra con la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LOPJ de 1985 (LORC).

- general (vg., art. 64, 65, 66, 149.2, etcétera; todos ellos en relación con la norma de atribución de competencia exclusiva ex art. 86 ter LORC).
- c) Intervencionismo gubernamental, *necesario y «ab initio»* (es el sistema de *garantismo flexible* regulador de la Ley de Reversión y Reindustrialización, y, en sólo en parte, la legislación de promoción industrial y otras normas de reestructuración sectorial y de desarrollo regional o local)⁶⁴. En esta ordenación legal de las reestructuraciones industriales, de vigencia residual, se produce un control interno (consulta-negociación), un control sindical externo y unos mecanismos de concertación y diálogo social, que en el caso de aprobación de los planes de reestructuración industrial adquiere la fisonomía típica de la administración concertada. El Real Decreto de Reversión regulará las medidas establecidas en el «plan» previamente diseñado (con o sin acuerdo con las organizaciones profesionales representativas) (art. 3 de la Ley 27/1984). La negociación del plan de reversión está reservada a las organizaciones profesionales junto con la Administración Pública actuante. El Real Decreto de reversión regulará las medidas establecidas en el Plan (con o sin acuerdo con las organizaciones sindicales (art. 3 de la Ley 27/1984). La financiación pública ha sido un rasgo fundamental de los planes de viabilidad y de los planes sociales de acompañamiento (asumiendo los costes sociales de las reestructuraciones, especialmente a través de medidas de tratamiento de los excedentes de personal). No obstante, debe recordarse las limitaciones que las políticas comunitarias imponen al otorgamiento de ayudas públicas derivadas del Derecho de la competencia, de manera que toda ayuda significativa a las empresas ha de pasar por el control autorizante de las instituciones comunitarias para evitar un «falseamiento» de la competencia. En la experiencia española las políticas de reestructuración públicamente intervenidas (reversiones industriales) han estado organizadas y legitimadas por procesos de concertación político-social y la adopción de Acuerdos Marco Interconfederales. Esto ha sido así desde los primeros años ochenta, pasando por los del 97 hasta llegar a los de 2002 y 2003-2004 (que parece será extensible al ANC de 2005-2006), los cuales contienen claves importantes sobre los procesos de reestructuración y tratamiento preventivo de las crisis empresariales.

El grupo normativo integrador del Derecho laboral de la reestructuración, en esas tres fórmulas-tipo de regulación, toma como punto de partida la movilidad del capital y de la «forma empresa» en que de modo proteiforme ella se expresa desde el punto de vista jurídico-organizativo. La coyuntura actual se caracteriza, efectivamente, por un proceso de gran movilidad del capital y de

⁶⁴ Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reversión y reindustrialización; RD. 1990/1984, de 17 de octubre, sobre desarrollo de las medidas laborales de la reversión industrial.

transformación de la forma empresa. Las reestructuraciones se han convertido en un proceso permanente de adaptación de la empresa a los cambios del entorno. La empresa no es una organización aislada, sus objetivos adquieren verdadero sentido en la medida en que se corresponden con las exigencias del mercado. Se habla de la empresa flexible como de una organización flexible y de adaptación permanente. La coyuntura actual está presidida por una remodelación constante de las estructuras económicas y jurídicas del capital. En muchos casos las empresas se pulverizan como espacio vacío, con una «desintegración» de la *forma jurídica* de las actividades económicas. Las empresas se reestructuran o reorganizan incesantemente. Se hacen flexibles y difusas, a la vez, alcanzando incluso a conformarse como una organización desmaterializada; o simples centros de beneficios. La diversificación de la nueva forma de empresa flexible determina, a su vez, una desestructuración de las formas de empleo, que se ha de adaptar de modo flexible a un entorno no fácilmente predecible y con exigencias rápidamente cambiantes. La flexibilidad del trabajo constituye, así, uno de los ejes centrales de las estrategias empresariales (ofensivas y defensivas). En este contexto de cambios e incertidumbre de los mercados y de los ciclos económicos, se vienen produciendo constantes variaciones en las formas de organización de la empresa y modificaciones de su estructura jurídica (transformación de sociedades, fusiones, escisiones, adquisiciones y otras formas de transmisión de empresa). En tal sentido las transmisiones de empresas constituyen un instrumento al servicio de las actividades de concentración jurídica, de formación de grupos de empresa y de vertebración de sistemas de descentralización productiva. Las reestructuraciones de las empresas provocan consecutiva e inducidamente despidos colectivos, modificaciones o suspensiones contractuales, los cuales se justifican por la necesidad de salvaguardar la competitividad o la rentabilidad de las empresas, atendiendo a la lógica del mercado, siempre persistente y hoy más revalorizada. En este contexto el Derecho Flexible del Trabajo *tiende a ser un sector del sistema jurídico más funcional a las exigencias impuestas por la racionalidad jurídico-económica que preside el Derecho de la concurrencia* (aunque sin llegar a ser «absorbido» por éste). En esa lógica de regulación jurídica la posición de la empresa tiende a ser preeminente; tiende a hacer prevalecer sus propios criterios de racionalidad y los métodos de solución a ellos correspondientes. El Derecho Flexible del Trabajo se impregna de *racionalidad instrumental*, dispuesto a remodelar sus reglas según los cambios de la coyuntura (carácter contingente) y de las preferencias de política del Derecho de la economía y de «lo social⁶⁵». El Derecho del Trabajo se pliega a las exigencias del orden económico según los términos de apreciación y valoración de la política del Derecho de la economía.

⁶⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postindustrial: El modelo de constitución flexible del trabajo», en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMENEZ, R. (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.

Por otra parte, las situaciones de riesgo (la «sociedad del riesgo»)⁶⁶ y de mayor incertidumbre de los mercados favorece la generación de los estados de insolvencia empresarial. El lugar de los procedimientos de reestructuración y saneamiento en ese contexto es importante sea porque la crisis concursal (vinculada a situaciones de insolvencia técnica⁶⁷) se produce por un problema de «adaptación» de la posición competitiva de la empresa en el mercado; o sea, en otro caso, por el fenómeno de la «crisis inducida», esto es, una crisis concursal provocada por estrategias adoptadas en un centro de decisión del grupo o de la gran empresa nacional o transnacional. Las iniciativas legislativas comunitarias, significativamente, han tomado en consideración el factor comunitario. Así, en el Preámbulo del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia⁶⁸, se indica, por un lado, que el buen funcionamiento del mercado interior exige que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, y, por otro, que las actividades empresariales tienen cada vez más repercusiones transfronterizas por lo que cada vez con mayor frecuencia están siendo reguladas por la legislación comunitaria. Como quiera que la insolvencia de dichas empresas afecta al buen funcionamiento del mercado, es necesario un acto comunitario que exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente. Se tiene también presente el riesgo del «dumping» económico y social, cuando se afirma que para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable («forum shopping»). La misma Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, parte en su Preámbulo de la premisa de que la evolución del Derecho en materia de insolvencia en los Estados miembros así como el desarrollo del mercado interior exigen una adaptación de determinadas disposiciones de dicha Directiva, siendo preciso adaptar la regulación del estado de insolvencia a las nuevas tendencias legislativas en la materia en los Estados miembros y abarcar igualmente, por medio de este concepto, los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación.

No menos significativa todavía resulta la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 80/987/CEE

⁶⁶ BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

⁶⁷ Sobre el presupuesto objetivo del concurso, véase, por todos, ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005.

⁶⁸ Téngase en cuenta que conforme al art. 199 LC («De las relaciones entre ordenamientos») «las normas de este título (Título IX, «De las normas de Derecho Internacional Privado») se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia».

del Consejo⁶⁹, en cuya «Exposición de Motivos» la Comisión justifica la necesidad de proceder a una modificación de la Directiva en los siguientes términos argumentativos: «conforme pasan los años, las *nuevas realidades del mercado de trabajo y las reestructuraciones y reconfiguraciones realizadas dentro de las empresas imponen una revisión de la Directiva en una serie de puntos concretos en los que no está al día*» (apartado 2). La misma noción comunitaria de insolvencia debe adaptarse teniendo en cuenta la finalidad social de la Directiva (el principal objetivo social de la Directiva es proteger los créditos salariales impagados a los trabajadores en caso de insolvencia del empresario) así como las nuevas tendencias del Derecho de insolvencia en los Estados miembros, y que sirva, al mismo tiempo, para mejorar la coherencia con otras Directivas comunitarias. Entiende que la modificación de la Directiva 80/987/CEE es la única manera de establecer una nueva noción de estado de insolvencia, *que es necesaria para hallar un mejor equilibrio entre el Derecho de insolvencia y el Derecho del Trabajo* así como para garantizar la coherencia con la Directiva 98/50/CE del Consejo. En esas coordenadas político-jurídicas existe una especial preocupación por las situaciones transnacionales, esto es, los casos de insolvencia de empresas que disponen de centros operativos en distintos Estados miembros, lo cual ha planteado una fuente permanente de inseguridad jurídica y ha conducido a litigios ante los tribunales nacionales. El número de esos casos no ha dejado de aumentar con el desarrollo continuo del mercado interior y de la transnacionalización de las actividades de las empresas. Y es que, en efecto, la realización del mercado interior va acompañada de una tendencia a la *reorganización* de las empresas que desean aprovechar plenamente las ventajas y las posibilidades ofrecidas por la integración de los mercados. Las operaciones de reorganización y, por tanto, las actividades de las empresas tienen un carácter cada vez más transnacional. Al propio tiempo, los estados de insolvencia de empresas y grupos de empresas de dimensión europea son cada vez más frecuentes, en un marco de mayor incertidumbre en el que las empresas asumen mayores riesgos de supervivencia y dificultades económicas y financieras.

La crisis de la empresa, puede (sin agotarse en ello) ser el resultado de procesos de reestructuración productiva que han fracasado, o que no se ha llevado a cabo preventivamente y con la prudencia necesaria; o, en otro caso, puede ser resuelta a través de un proceso de reestructuración interna o externa (dentro o fuera del procedimiento concursal) que garantice su viabilidad. En este caso la reestructuración es un procedimiento reorganizativo preordenado a la «conservación» de la empresa. En esta perspectiva las reestructuraciones laborales externas (que se hacen acompañar de reestructuraciones laborales internas de organización del factor trabajo) se articulan a través de la descentralización productiva, la utilización sistema de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), pero también

⁶⁹ Bruselas, 15.01. 2001. COM (2000) 832 final. 2001/0008 (COD).

a través de operaciones de fusión, absorción y «filialización» societaria, de concentración en la pluralidad mediante la formación de grupos de empresas.

En esta coyuntura sobresalen tres aspectos o dimensiones de la reestructuración empresarial. La reestructuración puede afectar a *empresas aisladas* (*reestructuración de empresa de estructura simple*) o en grupo (*reestructuración de grupos de empresas o empresas de estructura compleja*⁷⁰), pero también a *sectores enteros* —cuando se ven afectados negativamente por crisis económicas o cambios en la estructura de la demanda— y/o *regiones* —por ejemplo, cuando están fuertemente especializadas en un único sector industrial—. La *gestión de estos cambios* será diferente a gran escala, existiendo distintos métodos y procedimientos de colaboración entre empresas, agentes sociales, actores locales y servicios de empleo públicos. La situación económica actual y los procesos de cambio acelerado, ponen de manifiesto las distintas dimensiones de la reestructuración. Sin embargo, *la reestructuración (a diferencia de lo que acontece de ordinario con las situaciones de insolvencia empresarial) no es normalmente —por utilizar el símil médico— un proceso patológico, sino fisiológico* y en muchos casos necesario para la *modernización* de los sistemas productivos. De ahí su normalización y «regularización» desde el punto de vista jurídico e institucional. En efecto, aunque presenta consecuencias sociales a menudo muy graves y traumáticas, la reestructuración empresarial puede ser útil y constituir un motor hacia un cambio positivo de mayor calidad. Puede contribuir a incrementar la productividad y a introducir en el aparato productivo las nuevas tecnologías, renovando empresas y sectores. Puede contemplarse esa dimensión positiva y necesaria, valorando correctamente la incidencia social y económica de la reestructuración. Ello implica —como ha advertido la Comisión Europea⁷¹— conjugar de manera efectiva y equilibrada los intereses de las empresas, sujetas a cambios en las condiciones que regulan su actividad, y los intereses de los trabajadores, que se ven amenazados con la pérdida de sus empleos o puestos de trabajo. No se trata, pues, de cuestionar la existencia del fenómeno y ni su posible utilidad renovadora del tejido económico y empresarial.

La apuesta es desarrollar un *enfoque preventivo, positivo y activo* de la reestructuración empresarial, en el sentido de que el desafío para la economía europea pasa por articular políticas de alta calidad que permitan anticiparse a los cambios, desarrollar la capacidad de adaptación y la integración ocupacional de los trabajadores, e involucrarlos en la marcha de las empresas mediante un colaboración social activa. Este es el punto de vista de la Comisión Europea, que en-

⁷⁰ Es un dato relevante la configuración del grupo de empresas como instrumentos para la búsqueda permanente de mecanismos de flexibilidad de estructuración y reestructuración organizativa de la empresa. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Ed. Comares, 2002, *passim*.

⁷¹ Véase el Documento comunitario sobre la «Prever y gestionar el cambio: un enfoque dinámico de los aspectos sociales de las reestructuraciones de empresa», cit.

tiende que las reestructuraciones orientadas de modo preventivo y eficaz son necesarias y pueden tener efectos decididamente positivos⁷². De ahí la importancia estratégica de una «participación en sentido fuerte»; esto es, desde la perspectiva institucional de la implicación y la corresponsabilidad en la gestión del cambio estructural. Dentro de sus fundamentos de adaptación, en la Estrategia Europea de Empleo, al igual que en las Directrices Generales de Política Económica, se recomienda el desarrollo de una combinación apropiada de flexibilidad y estabilidad, y se subraya la necesidad de promover, a través del diálogo con los agentes sociales, una organización del trabajo más flexible, y la reforma del marco regulador. La competitividad en Europa se fundamenta en la investigación, la innovación y la capacidad de creación y adaptación de los trabajadores. La reestructuración —como también el saneamiento de las empresas— comporta ajustes o reorganizaciones de plantillas, que a menudo van acompañados de despidos colectivos. Ello exige establecer mecanismos de control y amortiguamiento del impacto negativo potencial de las reestructuraciones⁷³. Se realza el papel protagonista de los agentes sociales, porque la gestión del cambio requiere compromisos y colaboraciones firmes. Está basada en el diálogo y en un entendimiento común de los retos y oportunidades que conlleva el cambio, lo que resulta especialmente importante en el contexto de la reestructuración. Por eso el objetivo de la Comisión es promover el diálogo social sobre la reestructuración empresarial en el ámbito comunitario. Dentro de la lógica de aproximación flexible por objetivos que viene siguiendo la Unión Europea (muy especialmente en materia de política social) se señala que la iniciativa comunitaria sobre la gestión del cambio no pretende impulsar la armonización normativa, sino más bien promover y divulgar, a todos los niveles, mecanismos que favorezcan la transformación de la economía y mejoren el rendimiento económico a resultas del permanente proceso de reestructuración.

Atendiendo a este marco (modelo) normativo regulador, que responde la lógica del garantismo flexible, la solución más coherente no reside en asumir la estrategia de flexibilidad «defensiva» (de orientación neoliberal que otorga preferencia a la reducción de costes y a la individualización de las relaciones laborales) y de «competitividad» por la reducción de costes del factor trabajo.

En esa dirección «defensiva» se inserta paradójicamente la propuesta de Paul Krugman —premio Nobel de Economía y asesor económico del Gobierno Obama—, según el cual «en el pasado, España habría tratado de mejorar su com-

⁷² Cfr. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: «Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea», Bruselas, 31.3.2005. COM (2005) 120 final.

⁷³ Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2001, B-5-0089/2001. Véase Comunicación de la Comisión Europea sobre «Acompañar los cambios estructurales: una política industrial para la Europa ampliada», COM (2004) 274 final. Puede consultarse el Dictamen del CES, «Transformaciones industriales y cohesión económica, social y territorial», CES606/2004.

petitividad devaluando su moneda. Pero ahora su moneda es el euro, y parece que la única forma de salir adelante es iniciar un demoledor proceso de recortes salariales. Esto habría sido difícil en la mejor de las épocas; y será casi inconcebiblemente doloroso si, como parece muy probable, la economía europea en su conjunto está en crisis y con tendencia a la deflación durante años. ¿Significa todo esto que Europa cometió un error al permitir una integración tan estrecha? ¿Significa, en concreto, que la creación del euro fue un error? Tal vez. Pero Europa todavía puede demostrar que los escépticos se equivocan, si sus políticos empiezan a dar muestras de una mayor capacidad de liderazgo. ¿Lo harán?»⁷⁴.

Esta medida supone hace recaer (trasladar) en la posición jurídico-económica de los trabajadores todo el peso fundamental del «Ajuste» económico. Precisamente cuando las «causas» de la crisis no residen en el mercado de trabajo, y menos aún el nivel de salarios, donde España no puede decirse que esté por encima de la media europea en ningún aspecto.

Tampoco reside en la *estrategia de «Abaratar» los costes del despido* por causas empresariales, o imponiendo la generalización del «despido libre» («ad nutum» o sin causa; con el reconocimiento del derecho al libre desistimiento laboral del empresario), más o menos indemnizado:

El punto de partida para el tratamiento de la reestructuración de plantillas (despidos por causas empresariales) es el siguiente:

- Los procesos de reestructuración se han convertido en una *realidad permanente* —no marginal ni coyuntural—. Al fenómeno del cambio estructural inducido por las transformaciones tecnológicas y organizativas, la organización de «economías de escala» impulsadas por la apertura de los grandes espacios económicos (inherente a la globalización de la economía mundial y al avance del proceso de integración de la Unión Europea), se añade actualmente la coyuntura de la crisis económica (la de más envergadura después de la de 1929, con secuelas de todos conocidas).
- Tales procesos de reestructuración de las empresas se hacen *acompañar de reducciones de plantillas y supresión* de puestos de trabajo, afectando —con mayor o menor intensidad— a los trabajadores de las grandes, medianas y pequeñas empresas. La Destrucción de empleo es una característica del tiempo de crisis.
- Las «causas» de la crisis —y, en particular, de las crisis empresariales— no están en el mercado de trabajo ni en la regulación jurídico-institucional de las relaciones laborales. Estamos ante una *crisis extralaboral* en su origen, y con consecuencias extraordinariamente negativas sobre el mercado de trabajo y el empleo. Tampoco residen en dicha regulación (el Derecho

⁷⁴ KRUGMAN, P. : «Qué le pasa a Europa?», artículo publicado en el periódico *El País*, domingo 22 de marzo de 2009, «Negocios», pág. 19.

del Trabajo) las «soluciones» a la crisis, aunque siendo este sector del ordenamiento una variable autónoma —fuertemente condicionada, eso sí, pero no dependiente— del subsistema económico, tiene un papel relevante en la regulación jurídico-institucional de las relaciones e instituciones económicas.

- El Derecho del Trabajo puede tratar de *racionalizar* los procesos de reestructuración de plantillas procurando conciliar o armonizar la «razón económica» (necesidades objetivas de la empresa) con la «razón social» (protección de los trabajadores que forma parte de la organización productiva). Puede garantizar, al mismo tiempo, la «paz social» a través del fomento de soluciones negociadas entre los actores sociales implicados. Puede propiciar medidas de flexibilidad alternativas o elusivas de los despidos. Téngase en cuenta la última reforma que fomenta las regulaciones temporales de empleo.
- La ordenación jurídica de los despidos por causas empresariales *no es el único procedimiento de reestructuración de plantillas*. Uno de los principales tiene que ver con la utilización del trabajo temporal como fórmula de flexibilidad y de abaratamiento de las extinciones contractuales. Es de advertir, pues, que la mayoría de las recientes reducciones de plantilla no se han canalizado y tratado jurídicamente a través de EREs. También se utiliza el «despido individual libre indemnizado» (despido improcedente o ilegítimo)⁷⁵, cuya utilización sistemática permite una reestructuración de plantillas eludiendo las garantías sustantivas (señaladamente, la exigencia del principio de causalidad) y procedimentales (de modo destacado, el control sindical y público) establecidas para los despidos por causas empresariales (despidos colectivos y despidos por circunstancias objetivas). Este cauce alternativo de despido resulta especialmente utilizado por las medianas y grandes empresas, las cuales —no sin ciertas contradicciones— parecen preferir realizar estos despidos para eludir el control causal considerado «externo» (donde incluyen a los agentes públicos y sindicales), a pesar de que la ruptura contractual unilateral resulta así más cara. Todo ello con el agravante de que nuestro sistema se basa en una estabilidad de eficacia no efectiva (o real), sino meramente obligatoria⁷⁶. De ello se infiere que existe un amplio espacio para el «despido material libre» (más o menos indemnizado); lo que en sí es criticable dada la necesaria protección frente al despido injustificado (art. 35.1 CE —SSTCo 22/1981 y 20/1994— y 30 de la Carta de

⁷⁵ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Despidos colectivos y autorización administrativa», en *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2009), págs. 1 a 22; ID.: «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», en *RL*, núms. 15-16 (2009).

⁷⁶ Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a.N.: *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir., Efrén Borrajo Dacruz, Madrid, Edersa, 1994, págs. 189 a 431, espec., págs. 192 y sigs.

los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —de eficacia normativa ex art. 6.1 del TUE, en la versión del Tratado de Lisboa⁷⁷—, a cuyo tenor, «Todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales»). Del mismo modo, atendiendo a que muchas empresas utilizan la externalización también por la vía de la subcontratación, la reestructuración de personal se puede producir de forma indirecta mediante la resolución de contratos de servicios con otras empresas auxiliares, o con trabajadores autónomos (normalmente sin costes económicos en dicha extinción); o incluso, de manera no menos significativa, con trabajadores «económicamente dependientes»). De nuevo: la subcontratación (forma de descentralización productiva) permite que se pueda eludir las garantías de los Expedientes de Regulación de Empleo; se enmarcan los EREs —y la autorización administrativa que comportan— en inequívocos procesos de reestructuración de plantillas o ajustes de «trabajadores indirectos».

- Es necesario llamar la atención sobre la existencia de un supuesto relevante de despido individual improcedente por causas objetivas compensable a través de una indemnización legal inferior a la prevista con carácter general. Se trata del contrato de fomento de la contratación indefinida regulado en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para reforma del mercado de trabajo para el incremento y la mejora de su calidad. Se establece, así, que «cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el art. 53.5 LET, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el art. 56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Si se procediera según lo dispuesto en el art. 56.2 LET, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el art. 53.1 b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior».
- Nuestros mercados y su regulación jurídico-laboral son muy flexibles, y en no pocos casos obedecen a técnicas de flexibilización «nociva» (negativa) y disfuncional respecto a la tutela de intereses más generales. No es un Derecho rígido, especialmente a partir de las reformas de la década de los noventa, con la formación de un «Derecho Flexible del Trabajo».

⁷⁷ Conforme al art. 6.1 del TUE, «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

La estrategia de «goteo», es decir, un paso regresivo más sobre lo ya andado en las reformas laborales precedentes de carácter liberalizador.

Así pues, en los hechos, se utilizan alternativas individualizadoras al despido típico por causas empresariales (no se olvide que está impregnado ex art. 51 LET de una lógica colectiva que coexiste con el interés del empresario):

- 1.º Contrarios precarios (temporales y otras modalidades de empleo precario; trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal). Diversificación de tipos contractuales que supone una diferenciación de estatutos protectores respecto al estatuto tipo de referencia tutelar.
- 2.º Individualización del Despido por causas empresariales: el despido improcedente como modelo de tarificación del coste de la decisión extintiva. Solución que viene siendo impuesta por los propios empresarios (normalmente cara, porque se trata de un incumplimiento grave y culpable del empresario). Es, además, una «buena» solución para las medio-grandes y grandes empresas, porque pueden pagar esas indemnizaciones fácilmente con rapidez en el ajuste (el problema del tiempo) y sin controles ni colectivos ni público. Por ello se ha advertido, con razón, que la orientación de los empresarios a negociar de modo individualizado el despido ha contribuido decisivamente al incremento del coste del despido, existiendo un elevado grado de responsabilidad empresarial en ese aumento del coste, que llevar a la práctica un despido «ad nutum» encubierto (una libertad de despido) prefiere pagar un alto coste⁷⁸. Lo que —no se olvide y téngase muy presente— que constituye una vía fraudulenta de las normas reguladoras de las extinciones colectivas a través de extinciones contractuales individuales en masa; despidos individuales

⁷⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Sobre el contrato de trabajo «único»», en *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2009), págs. 1 a 13, en particular pág. 8. Para el cual la reducción de las indemnizaciones legales del despido no resuelve el problema de los procesos de ajuste de plantillas, siendo necesario atender al sistema global de garantías del despido, pues de lo contrario se plantearían gravísimas disfuncionalidades y se abriría la vía de posibles abusos y arbitrariedades. Por lo demás, el despido individual improcedente ha visto facilitado por el hecho de que la doctrina judicial tiende a no computar para el umbral de los despidos colectivos los calificados ya de improcedentes y se ha indemnizado o los que su improcedencia fue reconocida por el empresario, y porque se mantiene una interpretación muy restrictiva y cuestionable del ámbito de aplicación de los artículos 51 y 52.c) LET (v.gr., STS de 22 de enero de 2008). Cfr. del mismo autor, «Despidos colectivos y autorización administrativa», en *RL*, núm. 2 (2009), pág. 7 y LAHERA FORTEZA, J.: «Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, recurso 1689/2007)», en *RL*, núm. 2 (2009), págs. 45 y sigs., para el cual la reforma laboral instrumentada en la Ley 45/2002 supuso que la regulación del despido en España responde a un modelo de despido individual libre pagado sustentado en la descausalización, desjudicialización y certidumbre económica de la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte del empresario. Y precisamente la configuración legal de un despido libre pagado con tales rasgos, encaja en la categoría jurídica del desistimiento empresarial indemnizado. Una revisión sobre la figura del desistimiento empresarial del contrato de trabajo, en CEINOS SUÁREZ, Á.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), 2008, espec., pág. 39 y sigs.

improcedentes con abono de la indemnización de resarcimiento como modo de reducir plantilla sin sujeción a un control previo⁷⁹ (Fraude que formalmente está tipificado en el Modelo estatutario y comunitario de reestructuración de plantillas. Conforme al art. 51.1.c) LET, «Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto»).

- 3.º El propio modelo legal de despido individualizado por causa empresarial regulado en el art. 5.2.c) LET permite que despidos materialmente colectivos —que no entran dentro de los umbrales cuantitativo numéricos del art. 51.1 LET— queden dispensados no sólo de la autorización administrativa previa, sino también de la exigencia legal necesaria de una fase de consulta-negociación en vista de alcanzar un acuerdo sobre la reestructuración empresarial y sus consecuencias sociolaborales. Con esta forma de despido por causa empresarial se priva al proceso de ajuste o reestructuración de la función mediadora de la autoridad laboral y del control público y colectivo preventivo de la decisión de la dirección de la empresa.

No es poco lo que puede hacer el Derecho del Trabajo. Puede introducir medidas de racionalización y de flexibilidad —estructurales y coyunturales— y seguridad dentro de la lógica del «garantismo flexible»:

a) Ha de tomar en consideración las transformaciones estructurales de las relaciones laborales europeas. Fenómeno de cambio cualitativo que es anterior a la crisis económica y que constituye el marco de referencia obligado para adoptar medidas de referencia de largo alcance. Debe atenderse al sentido del cambio en una perspectiva que sobrepasa la actual coyuntura y también la «tentación» de realizar reformas oportunistas y aisladas.

b) Puede tratar de unificar estatutos reguladores reconducción hacia una mayor unidad de actuales modalidades de contratación (entre otras cosas garantizando la eficacia jurídica del principio de justificado motivo en la contratación temporal), pero rechazando la propuesta de instauración de un «contrato único de trabajo» por tiempo indefinido (donde se refundiría las modalidades vigentes de contratos de duración indeterminada y de duración determinada), que pre-

⁷⁹ Véase BAYLOS GRAU, A.: «El lugar del sindicato y de la acción sindical en la modernización del Derecho del Trabajo y de la flexiseguridad en Europea», en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coords.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, pág. 177 y sigs.

supone un *debilitamiento* de las garantías laborales típicas del «garantismo flexible» y la vulneración de las normas fundamentales de garantía frente al despido injustificado (art. 35.1 CE; 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, jurídicamente vinculante conforme al Tratado de la Unión Europea, art. 6, tal como se infiere de la reforma operada por el Tratado de Lisboa; y el Convenio núm. 157 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo)⁸⁰. La dualización del mercado y la muy acusa individualización negociada del despido, que ha contribuido a su encarecimiento, no se resuelve con la figura liberalizadora del contrato de trabajo único, pues el ordenamiento laboral garantista no puede limitarse a reducir la indemnización, sino contrarrestar las causas determinantes del abuso de la temporalidad y de la individualización negociada vinculada a las deficiencias de los instrumentos de control y protección del despido. Es ahí donde debe incidir el proceso de reforma legislativa⁸¹. Esas propuestas que pretenden instaurar un generalizado modelo de despido libre indemnizado se situarían en la lógica del desplazamiento de la constitución social garantista del trabajo hacia la constitución flexible estricta.

Por lo demás, la reducción de las garantías del despido (y otras formas de flexibilidad laboral «fuerte») no son en rigor «compensadas» por mayores garantías de seguridad en el mercado y en los sistemas de protección social, pues se trata de dos aspectos no comparables o sustituibles de la ciudadanía social pues operan en plano distintos, aunque funcionalmente conexos: la una que garantiza la «ciudadanía en al empresa» y la dignificación del trabajo, y la otra que garantiza la protección social de la persona del trabajador ciudadano en las transiciones profesionales y frente a las situaciones de necesidad, esto es, frente a los riesgos sociales dentro (empresa) y fuera (mercado de trabajo y ciclo de vida de las personas) del trabajo, asumiendo un papel activo y positivo mediante la activación los dispositivos de protección sociales orientándolos hacia el gobierno del empleo y en combinación con el Derecho del empleo (lo que opera especialmente en tres ramas de protección pública: el desempleo, las rentas de inserción —dentro y fuera de la protección por desempleo— y las pensiones)⁸². De manera que existe un doble movimiento de las políticas de protección, en ese sentido, a saber: se pretende adaptar las protecciones sociales tanto a las exigencias de cobertura de riesgos/situaciones de necesidad durante las distintas fases del

⁸⁰ Un exposición sucinta sobre ese debate, en MERLATEAU, J.B.: «El contrato de trabajo único: un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 101 y sigs.

⁸¹ En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «Sobre el contrato de trabajo «único»», en *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2009), págs. 1 a 13.

⁸² Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante», en *RMTAS*, núm. Monográfico Extraordinario, N.º. E (2008), págs. 49 a 134. Para los supuestos históricos estructurales, puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

ciclo vital de las personas e interactuar (no meramente adaptación) con las políticas de flexibilidad del mercado de trabajo (que ya conoce manifestaciones de funcionalización de los dispositivos de protección social para el sostenimiento de mercados *flexibles transicionales*). Se trata de dos dimensiones de la ciudadanía social que tienen que operar con carácter complementario, y en las que no debe de existir una relación de sustituibilidad si se desea en verdad que se realice el programa civilizatorio del Estado social de Derecho. En otras palabras: es el modelo de social europeo del garantismo jurídico flexible.

c) En un contexto de crisis económica y empresarial debe protegerse a los trabajadores frente al despido injustificado, precisamente porque su mayor debilidad y sometimiento a los poderes empresariales. Como ya realizara Michael Kalecki, de hecho, en un régimen de pleno empleo permanente, el despido dejaría de desempeñar su papel de medida disciplinaria. La posición social del empresario se vería debilitada, y crecerían la seguridad y la conciencia de clase de los trabajadores. En la realidad, la «disciplina de fábricas» y la estabilidad política son más apreciadas que los beneficios por los dirigentes empresariales, cuyos intereses de clase les dicen que el pleno empleo duradero es poco conveniente desde su punto de vista, y que el desempleo es parte integrante del sistema del capitalismo normal. La coyuntura de crisis económica produce, en ese sentido, un incremento del poder empresarial⁸³.

d) Puede abundar en la diferenciación de reglas y costes extintivos entre la pequeña, la mediana y la gran empresa (atender, pues, a la dimensión de la empresa). Sin que ello tenga que suponer una reducción de las protecciones legales frente al despido.

e) Puede, igualmente, *lege ferenda*, trasladarse —con las precisas garantías de control— parte de la indemnización de los despidos por causas empresariales al FOGASA (fondo financiado solidariamente por todas las empresas; art. 33 LET), sin condicionarla a la acreditación de una situación de insolvencia en sentido técnico (concursal) y con un pago inmediato a los trabajadores.

f) Puede llevarse a cabo políticas de Derecho propias del garantismo flexible a través de la democracia procedimental deliberativa: concertada (tripartismo entre los tres grandes actores del sistema de relaciones laborales) o convencional (negociación colectiva bilateral entre las organizaciones profesionales) a distintos nivel que es consustancial al modelo social europeo. Una democracia deliberativa que se enmarca en la realización de políticas públicas de intervención y control sobre la economía y las relaciones laborales. Forma de democracia proce-

⁸³ KALECKI, M.: «Political Aspects of Full Employment», en HUNT, E.K. y SCHWARTZ, J.G. (eds.): *A Critique of Economic Theory*, Baltimore, Penguin Books, 1972, págs. 420 a 430, en particular 424-425 (Traducción castellana, *Crítica de la teoría económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977).

dimental y deliberativa que tiene ante sí el reto de re-inventarse —re-institucionalizarse— a escala europea para hacer frente al proceso de internacionalización de la economía de mercado.

g) La acusación/reproche empresarial de que en los ERES existen excesivas limitaciones institucionales, no parece que sea razonable, pues no está basada en argumentos objetivos. Es verdad que habría que acentuar muchos más la función mediadora y de impulso de la autoridad laboral en la línea postuladas por la Directiva sobre despidos colectivos. Pero en sí el modelo de reestructuración de plantillas del art. 51 LET es bastante razonable por varios motivos:

- 1) Es homologable con las previsiones de la Directiva comunitaria, que exige, además, esa intervención necesaria de la autoridad administrativa. No sólo para conciliar, sino también —y en relación a ello— para buscar y proponer soluciones (mediar) y apoyar iniciativas de las partes sociales implicadas. La idea de «procedimentalización» y de «plan social» en los despidos por crisis se sitúa en esa dirección⁸⁴.
- 2) Pretende potenciar la solución negociada de la reestructuración, como procedimiento comunicativo más idóneo para llevarla a cabo.
- 3) Se basa en el principio de «justificado motivo» para la extinción contractual, en la línea comunitaria de protección frente al «despido injustificado» y en la lógica del «despido propuesta» (art. 35.1 CE y doctrina del Tribunal Constitucional)⁸⁵. Sobre esta base se exige un juicio de racionalidad de la decisión extensiva para la aceptabilidad jurídica de la decisión empresarial, que pone en conexión funcional la causa acreditada y medida extintiva proyectada. La idea-fuerza es objetivar e individualizar —en lo posible de modo consensual— el interés objetivo singular de la empresa en crisis o en reestructuración (en atención a la pluralidad de intereses en presencia), realizando que se apuesta por dicha identificación a través de un proceso de negociación colectiva gestional cuyo éxito (con acuerdo colectivo de reorganización productiva) determina que la autoridad administrativa sólo puede dictar un acto reglado normativamente, no discrecional.

⁸⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 1997; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Reestructuraciones empresariales y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006. Sobre los expedientes de regulación de empleo y los planes en los despidos por causas empresariales, véase BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; SERRANO GARCÍA, J.M.ª: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova, 2002. Para el debate sobre la reforma del marco legal vigente, pueden consultarse las aportaciones de SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Medidas laborales para Empresas en Crisis*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009.

⁸⁵ Véase PÉREZ REY, J.: «La modernización del régimen del despido: el debate europeo», en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coords.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 135 y sigs. Una reflexión global sobre la significación político-jurídica del despido, en BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

- 4) Admite una pluralidad de soluciones alternativas negociadas para los despidos y de medidas de acompañamiento a través de medidas o Planes sociales, orientadas a las amortiguación social y, a menudo, a la recolocación (reinserción) laboral de los trabajadores expulsados de la organización productiva. En realidad, «no se debería de dramatizar en exceso el tema de la autorización administrativa, lo importante es el establecimiento de unas verdaderas garantías jurídicas de negociación de la reestructuración y, en su caso, el favorecimiento (como quiere la Directiva) de un plan social para los trabajadores afectados por despidos colectivos, cuya efectividad sea garantizada por el poder público»⁸⁶. Es manifiesto que los representantes de los trabajadores deben cada vez más ostentar facultades de gestión en las decisiones de gestión empresarial, incluidas las que se operan en los procesos de reestructuración, ordinaria y extraordinaria.
- 5) Se garantiza una indemnización mínima razonable y modesta en su cuantía (veinte días de salarios por año de antigüedad en la empresa; que compensa el periodo de servicios y la pérdida del empleo de un trabajador que se ha dedicado más o menos tiempo al servicio de la empresa en cuya organización se inserta a través de un contrato de trabajo de causa compleja (de cambio y de organización). No es un despido precisamente «caro»; es barato. La indemnización tiene una doble finalidad: de resarcir al trabajador de la pérdida del empleo (resarcimiento del daño) y de compensarle por el período de dedicación del trabajador a una organización empresarial en cuya estructura organizativa estaba inserto.
- 6) La desviación hacia los despidos individuales de despidos que técnicamente deberían de calificarse como colectivos, deriva de que se pretende escapar a toda costa del control colectivo y público de las decisiones de gestión empresarial. El empresario busca —aunque sea más caro— el despido no sujeto a control «externo» (se tiende a verlo como una «intromisión» en las decisiones empresariales). Se trata de un sistema de «compra» individual del despido (culpa de los empresarios que lo fomentan). Son los llamados «despidos silenciosos» (en cuanto que no son objeto de «transparencia» pública o sindical. En este sentido pasan desapercibidos.

De ahí que se explique por sí mismo los pocos EREs que se tramitan, con o sin acuerdo colectivo de reorganización productiva. Pues la mayoría de las extinciones son realizadas por el cauce de un despido libre indemnizado («ad nutum», reconducible al desistimiento «ad nutum» del empresario)⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 141.

⁸⁷ Puede consultarse LAHERA FORTEZA, J.: «Las paradojas del despido libre pagado», en *RL*, núm. 2 (2009), págs. 45 a 52.

- 7) Cuando las organizaciones empresariales demandan una reducción de costes de los despidos (y lo hacen en general no sólo para los despidos por causa de funcionamiento de la empresa), en realidad lo que buscan el despido libre («*ad nutum*») indemnizado minimamente; y a ser posible sin indemnización alguna. Su enfoque es decididamente sometido a la lógica de racionalización instrumental para la racionalización finalista de la rentabilidad de la empresa. En esa lógica el trabajo es solo factor de producción prescindible como los demás: el trabajador es un elemento extraño a la empresa, no parte integrante de la misma. La empresa es el capital y se identifica con su titular. Es la concepción absolutista de la empresa como esfera patrimonial del empresario la que subyace a este tipo de planteamientos y modos de razonar. Una concepción —y un modo de razonar— propio del liberalismo individualista radical, que desconoce que todo capital es trabajo acumulado (desde Carlos Marx hasta la misma Carta encíclica *Laborem exercens* de Juan Pablo II sobre el trabajo humano, en el noventa aniversario de la *rerum novarum*, 14-IX-1981)⁸⁸. Desde este enfoque la respuesta al interrogante de quién tiene que correr con el coste de la crisis empresarial es nítida: el trabajador como pretendido sujeto extraño y ajeno a la organización empresarial.

Con todo, el enfoque de residenciar las respuestas institucionales del Derecho del Trabajo a la gestión del cambio y a la crisis económica en el despido libre y en la reducción del coste del despido es desacertada y políticamente unilateral y desequilibrada respecto a la tutela de los intereses implicados. Las objeciones se magnifican por el visible cuestionamiento de valores constitucionales y la intensificación de la anomalía jurídica que supondría un modelo que pivote sobre el despido sin causa. En todo caso, es necesario estudiar las anomalías y enfocar las soluciones en el marco de un Derecho del Trabajo distribuidor de riesgos sociales. Téngase como premisa que las anomalías y disfuncionalidades efectivamente existentes no derivan de un pretendido exceso del coste de los despidos.

- Se plantea el problema de mantener el actual sistema de la autorización administrativa previa en los despidos colectivo o sólo consagrar la función mediadora de la autoridad laboral. En gran medida un falso problema: no reside ahí la gran cuestión. La autorización administrativa en los despidos colectivos no es un arbitraje obligatorio. Es un acto autorizante de comportamientos de interés público (la siempre decisión del empresario de despedir, que nunca es expropiada en

⁸⁸ Una perspectiva general de la dicotomía flexibilidad-seguridad en materia de despido, en GIL Y GIL, J.L.: «Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 143 y sigs.

el sistema de la LET; cuestión distinta pudiera ser la situación del sistema de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, donde el despido no se encauza a través de un expediente administrativo sino a través de un procedimiento judicial que termina con una decisión de Juez del Concurso), que resuelve un problema técnico-jurídico. Cuando ha habido acuerdo previo en el marco de la fase de consulta-negociación la decisión autorizante de la autoridad laboral es típicamente un acto reglado. La decisión es recurrible judicialmente. No parece conveniente suprimir en la actual coyuntura la autorización administrativa previa en los despidos colectivos. Aunque tampoco debe sacralizarse su mantenimiento a ultranza: sencillamente en ella no reside verdaderamente el núcleo de los problemas de los despidos por crisis empresariales. Realizar un traslado de la autorización administrativa a la autoridad judicial es poco realista en la coyuntura actual, porque, entre otras cosas, la judicialización acentúa el problema del tiempo en los despidos colectivos, aparte del dato relevante de que el Juez carece de una formación técnica especializada que no facilitaría una solución razonable de los despidos por crisis empresariales. Dentro de una opción racionalizadora del sistema vigente se podría pensar en la supresión del recurso de alzada y en atribuir el control judicial de la autorización administrativa al orden social de la Jurisdicción⁸⁹.

- Es posible realizar típicas medidas racionalizadoras del marco jurídico vigente respecto al régimen de los despidos colectivos. Puede reconducirse las controversias jurídicas sobre despidos colectivos y reclamaciones contra los actos decisorios de la autoridad laboral. Es viable reconducir a *unidad la jurisdicción competente en la Jurisdicción Social*, superando las disfuncionalidades que viene planteando la dualidad actual de jurisdicciones intervinientes (orden social de la Jurisdicción y orden contencioso-administrativo). Pero evitar la excesiva «judicialización» y garantizar la eficacia de las soluciones adoptadas llevaría a mantener la exigencia de autorización administrativa previa en los despidos colectivos (autoridad laboral técnicamente especializada para esa tarea), atribuyendo el control de la decisión al orden social de la Jurisdicción. Eso sí, destacando el papel de la autoridad administrativa no sólo como instancia de control sino también y ante todo con funciones de mediación e impulso del proceso de negociación y de búsqueda de soluciones (planes sociales) para los

⁸⁹ En este sentido SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A.: «La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», en *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2009, tomo 1). Un exhaustivo estudio actualizado de la problemática que suscitan los expedientes de regulación de empleo puede encontrarse en BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, tirant lo blanch, 2009, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Civitas, 2009.

trabajadores despedidos. El despido colectivo debe ser todavía bajo la modalidad de «despido propuesta» con control «ex ante». La idea que prevaleció, críticamente, en el modelo individualizado (de individualización refractaria a la lógica de lo colectivo) del art. 52.c) LET no fue sólo el rechazo a la autorización administrativa previa, sino también la des-sindicalización del procedimiento de despido, pues se hizo desaparecer la obligatoriedad legal del período de consulta-negociación. (Esto demuestra que muchos empresarios —y sus organizaciones de intereses— son refractarios al control sindical/colectivo de las decisiones sobre reestructuración o ajuste de la empresa derivada de causas de funcionamiento de la empresa).

Por otra parte, más allá de la pervivencia de régimen de autorización administrativa previa a los despidos colectivos, lo más importante es realizar la función mediadora, preventiva y de apoyo público a los procesos de reestructuración empresarial, que es lo que más obliga la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos⁹⁰.

- Se puede instrumentar nuevos sistemas de despido objetivo. Se ha de rechazar la propuesta de suprimir el sistema del art. 51 LET y reconducirlo sin más hacia el esquema del art. 52.c) LET. Basta reparar en el hecho de que esa reconducción no respetaría el sistema de garantías sindicales y de intervencionismo público mínimo (función mediadora). Por el contrario, el problema del tiempo puede afrontarse recortando períodos y agilizando procedimientos. Para el despido objetivo por crisis (art. 52.c) LET) se debería imponer *ex lege* un período de consulta-negociación abreviado que permitiera propiciar una solución negociada al despido; la experiencia ha demostrado que la negociación colectiva ha sido incapaz para implantarlo de modo generalizado minimamente. Lo cual tendría la ventaja no sólo de garantizar la paz social sino también de evitar una excesiva «judicialización» de los despidos por causas empresariales. Por otra parte, se debería unificar el elemento causal de estos despidos con el despido colectivo ex art. 51 LET.
- Igualmente se podrían realizar políticas articuladas de mercado y de protección de las personas, para afrontar el hecho de las constantes transiciones profesionales (laborales o trabajo autónomo) y apoyos públicos fuera de un «empleo concreto».

⁹⁰ Pero significativamente, es el criterio sustentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en su «Comunicación» sobre «Reestructuración y Empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea», Bruselas, 31.3.2005. COM(2005) 120 final. Véase MONEREO PÉREZ, J.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006, espec., págs. 20 y sigs.

- Sería necesario establecer reformas del sistema normativo vigente que evitaran efectivamente la dualización de los mercados de trabajo. Ello exigiría la predisposición de medidas que hiciesen valer el principio de justificado motivo en la contratación temporal, evitando su sistemática utilización fraudulenta. Cualquier sistema de flexibilidad desde la perspectiva del garantismo flexible exige el respecto al principio de «justificado motivo» en la contratación, a la par que la prohibición del desistimiento «ad nutum» o sin causa (esto es, su reconducción a la esfera del despido ilegítimo). En este sentido la solución no puede consistir en la propuesta de un contrato único de trabajo que supusiera eliminar el principio de justificado motivo, tanto en su proyección en la contratación como en el despido. El justificado motivo se corresponde con la garantía de efectividad del derecho al trabajo como derecho de ciudadanía social operante en las relaciones intersubjetivas privadas.
- Una política del Derecho en la lógica del garantismo flexible exige una mejora del régimen de garantías sociales de los mecanismos de externalización, especialmente en lo relativo a la normativa en gran medida obsoleta (por inadaptación a las formas reales proteiformes en que aquélla se viene realizando). Tiende a hacerse compatible la flexibilidad laboral inherente a la técnica de subcontratación con la seguridad necesaria para la totalidad de los trabajadores fragmentados (directos e indirectos). De ahí la centralidad de una flexiseguridad garantista de las llamadas relaciones laborales triangulares. En el sistema normativo vigente existe un desequilibrio entre la flexibilidad laboral imperante en la subcontratación y el régimen de garantías de seguridad de los trabajadores afectados.
- Salir de la «trampa» actual: lógica de la individualización, cuando el problema es «colectivo» a resolver a través de soluciones típica e idóneamente colectivas. Lo que implica la predisposición de medidas normativas y de control que impidan la elusión de los procedimientos colectivos a través del recurso fraudulento a despidos individuales masivos.
- La reestructuración de empresas es un fenómeno permanente, lo que implica que ha de procederse a un marco institucional realmente preparado para una reestructuración constante. Es decir, la gestión permanente de cambio estructural, en situaciones críticas y en situaciones de reorganización. En este sentido sería necesario establecer medidas preventivas, curativas y evaluadoras de las reestructuraciones permanentes y las coyunturalmente críticas.
- Es necesario revisar la legislación concursal para afrontar mejor las crisis de insolvencia empresarial (situaciones críticas concursales): perfeccionando los mecanismos de prevención de los estados de insolvencia; potenciar el acuerdo colectivo y mejorar la tutela de los

créditos laborales y de Seguridad Social. Acentuar el principio de conservación de la empresa viable, manteniendo un equilibrio entre los principios de rendimiento y de protección social dentro de una visión pluralista de la empresa económica.

- Negociación colectiva «ad hoc» de todo el proceso de reestructuración o ajuste (cuyo objeto sería no sólo las indemnizaciones, sino también la protección del empleo en sí y de las transiciones profesionales o laborales). Es una apuesta por el modelo de flexibilidad negociada. La organización capitalista de la producción exige un cierto nivel de consentimiento activo: una participación —en términos de implicación y corresponsabilidad— limitada de los representantes de los trabajadores en la gestión de la organización⁹¹.

h) Se puede también, «lege ferenda» mejorar (con criterios de eficiencia y solidaridad social) la protección de Seguridad Social y los mecanismos de protección social pública «compensatoria» (v.gr., mejora del sistema de protección legal por desempleo; generalización de las renta de inserción o renta de ciudadanía como derecho social a nivel de todo el Estado, etcétera). La renta básica no sólo tiene la virtualidad en la coyuntura actual de atenuar los efectos dramáticos de la situación de desempleo, sino que supone una redistribución progresiva de la renta a favor de los más débiles.

Ahora bien: toda medida de reforma del mercado en sentido garantista-flexibilizador (por diferencia a la estrictamente liberalizadora) exige y presupone el garantismo legal laboral, y el garantismo legal de Seguridad Social compensador, pero nunca con carácter sustitutivo. No es correcto sustituir el estatuto del trabajador por el estatuto de Seguridad Social de la persona fuera de la empresa, pues de lo contrario ello supondría aceptar una progresiva «degradación» de las tutelas del trabajo contradiciendo el derecho al trabajo y su función de dignificación de la condición del trabajador y su funcionalidad integradora en la sociedad democrática. Esto significa que no se puede aceptar la concepción de la «flexiseguridad liberal» («*Liberista*») propia de la concepción del liberalismo económico individualista⁹².

En este orden de ideas, la Unión Europea debe adoptar una política coordinada en la dirección del garantismo flexible. Se debe corregir la política evidente de «re-nacionalización» de la Unión. Ésta (dentro del proceso diacrónico de instrumentación normativa del Derecho social comunitario) está impulsando políticas flexibilizadoras, de desregulación sociolaboral y de contención del gasto público en protección social. Precisamente, el carácter mundial, global, de la cri-

⁹¹ Es clásico el estudio de BURAWOY, M.: *El Consentimiento en la producción: los cambios del proceso productivo en el capitalismo monopolista*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

⁹² Véase CROCE, B. y EINAUDI, L.: *Liberismo e liberalismo*, 2.^a ed., Introduzione di Giovanni Malagodi, Milano-Napoli, Ricardo Ricciardi Editore, 1988.

sis exigiría una intervención reguladora «fuerte», de control y de coordinación de las iniciativas nacionales por las instancias políticas de la Unión, siendo decididamente insuficientes los instrumentos flexibles de aproximación del Derecho europeo. Ello supone evitar la fácil tentación de llevar a cabo una re-nacionalización de las políticas sociolaborales (hacia donde transitaría el «método abierto de coordinación» basado en un Derecho débil (*Soft law*), no orientado hacia la armonización fuerte a través de instrumentos normativos, sino a la coordinación y aproximación por objetivos comunes y con el rasgo significativo de que escapa al control del TJCE)⁹³. En cierta medida existe un «ocultamiento» de Europa al no utilizarse todos los instrumentos de gobierno de la economía social de mercado que permite una constitución económica «fuerte» como es la diseñada en el sistema de los Tratados fundamentales. Ello no supone que no se estén realizando iniciativas, sino más que esas iniciativas son manifiestamente insuficientes y deficientes⁹⁴. La superación del primado absoluto de la lógica económica exige postular la elaboración de una Constitución Europea «fuerte», que supondría la garantía de los derechos fundamentales en su conjunto integrador y la plena competencia del TJCE para su protección, esto es, un Tribunal Europeo que se atenga efectivamente al garantismo jurídico defendiendo una Constitución de nuevo tipo respecto de la cual se considera necesariamente vinculado). De ahí que se puede decir que la frecuente tensión entre las libertades económicas y los derechos sociales tendrá su mejor solución jurídica en la reforma Constitucional europea, porque el problema principal reside en la fuente, es decir, en que estamos ante una Constitución europea en la cual «lo social» —la constitu-

⁹³ Puede consultarse, en una perspectiva crítica, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado», en *RL*, 2005/I; y la insuficiencia de esta forma de regulación a través de reglas blandas y no de normas de Derecho fuerte o imperativo para una garantía efectiva de los derechos fundamentales a escala europea («constitución social europea»), MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

⁹⁴ Entre las iniciativas adoptadas cabe destacar la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, «Un Plan Europeo de Recuperación Económica», Bruselas, 26.11.2008 COM(2008) 800 final. En ella se establecen los objetivos estratégicos de dicho Plan de intervención económica: —Estimular la demanda con celeridad y aumentar la confianza de los consumidores —.Amortiguar el coste humano del bache económico y su incidencia en los más vulnerables. Son muchos los trabajadores y sus familias que ya sufren o sufrirán en breve las consecuencias de la crisis. Se pueden tomar medidas que contribuyan a detener la pérdida de empleos y posteriormente a ayudar a los trabajadores a regresar rápidamente al mercado laboral en lugar de enfrentarse al desempleo de larga duración.— Contribuir a que Europea esté preparada para sacar cuando se reanude el crecimiento, de forma que la economía europea se adapte a las exigencias de la competitividad y las necesidades del futuro, como se señala en la estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Ello supone llevar a cabo las reformas estructurales necesarias, apoyar la innovación y crear una economía del conocimiento.— Acelerar la transición hacia una economía con bajo nivel de emisiones de carbono. De esta forma, Europa estará en buenas condiciones para aplicar su estrategia de lucha contra el cambio climático y fomento de la seguridad energética: una estrategia que fomentará el uso de nuevas tecnologías, creará nuevos empleos «verdes» y abrirá nuevas oportunidades en los mercados mundiales que encuentran en rápida expansión, mantendrán a raya el coste de la energía para los ciudadanos y las empresas y reducirá la dependencia de Europa del suministro energético del exterior.

ción social— está subordinada (y en gran medida «diluido») a la constitución económica fuerte, tal como viene consagrada en el sistema de los Tratados fundacionales.

En España las reformas que se vienen realizando presentan un carácter esencialmente coyuntural y excesivamente disperso. Falta una programación o planificación del intervencionismo público (general y específicamente laboral) ante la crisis económica. Las reformas realizadas tratan de restablecer los equilibrios del sistema económico, crear puestos de trabajo incrementando la inversión pública, incentivando la contratación laboral mediante la reducción del importe de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores desempleados, en conjugación con otras medidas de carácter financiero y fiscal y fiscales. No se ha hecho una reflexión sobre la posible exigencias de reformas estructuras del mercado de trabajo. Con ese carácter parcial y fragmentario se realizó la «Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la progresividad y el progreso social», firmada en la Moncloa el 19 de julio de 2008 por el Gobierno y los agentes sociales. La primera prioridad ha sido al relanzamiento económico con un conjunto de medidas instrumentadas a través del Real-Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la dinamización de la Economía y el Empleo, y en el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda⁹⁵.

A ellas hay que añadir las previstas en el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. En él se recogen un conjunto de intervenciones anticrisis. Su punto de partida son los efectos de la actual crisis económica siendo especialmente significativos en el mercado de trabajo como lo pone de manifiesto el importante aumento del desempleo y la destrucción de empleo que se ha producido. En la Exposición de Motivos se deja constancia de las dificultades para establecer medidas consensuadas. Así se expresa que «el Gobierno y los Interlocutores Sociales han analizado y valorado en el marco del diálogo social estas medidas, y aunque no ha sido posible alcanzar un acuerdo sobre las mismas, sí que ha habido coincidencia en la necesidad de ponerlas en marcha con carácter urgente». Precisamente sería el momento para adaptar un gran *Pacto Social por la estabilidad económica y el empleo*, que busque soluciones equilibradas en el campo económico y sociolaboral. Entre las medidas previstas en el RDL. 2/2009 se incluye la de favorecer la *regulación temporal de empleo* en lugar de la extinción de los contratos, bonificando las cotizaciones empresariales por contingencias comunes de la Seguridad Social en un cincuenta por ciento en aquellos supuestos en que se proceda por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a un

⁹⁵ CAVAS, F.: «El Derecho social ante la crisis», en *Aranzadi Social*, núm. 19 (2009), págs. 11 y sigs.

ajuste temporal del empleo con la perspectiva de garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, siempre que el empresario asuma el compromiso de mantener el empleo durante al menos un año después de finalizada la situación de suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada. El fomento de la regulación temporal de empleo puede ser un instrumento para el mantenimiento del empleo, no sólo en sentido dilatorio de la medida, sino también porque en sí la suspensión puede ser una medida *preventiva* para buena marcha posterior de la empresa y del mantenimiento de un nivel razonable de empleo dentro de la misma. Sin embargo, la suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales cuenta con un marco legal deficiente que ha impedido que se pueda utilizar de modo eficiente. La institución suspensiva por crisis goza de un régimen laboral desajustado y de un sistema de protección de Seguridad Social descompensado. La mayor descompensación en los EREs suspensivos se operó con la promulgación de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que introdujo una reforma normativa de la prestación por desempleo «al servicio del despido»⁹⁶. Es un hecho acreditado el que la protección por desempleo ha ayudado a las rotaciones laborales y la expulsión de los trabajadores (especialmente a través de los planes de prejubilaciones y otras formas de anticipación de la edad ordinaria de jubilación)⁹⁷.

La segunda medida recogida en el Real Decreto-ley consiste en la modificación de la regulación del convenio especial de la Seguridad Social que se suscribe en el marco de determinados expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal. Con ello se verifica, de nuevo, la estrecha colaboración institucional e internormativa entre el Ordenamiento laboral y el Derecho de la Seguridad Social en los procesos de reestructuración empresarial y la generación de una mayor complejidad normativa en dichas relaciones. Un tercer conjunto de medidas están dirigidas a mejorar la protección social de los trabajadores. La primera de ellas consiste en reponer la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a los que se les haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada por un ERE y, posteriormente, se les extinga o suspenda el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Su finalidad es la de favorecer el mantenimiento de los contratos de trabajo a través de ERE, evitando con ello la destrucción de puestos de trabajo. También se suprime el plazo de espera de un mes

⁹⁶ Véase la breve, pero excelente exposición, de CABEZA PEREIRO, J.: «Expedientes de regulación de empleo suspensivos como herramienta de mantenimiento del empleo: propuestas y alternativas», en *Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 5 (2009), págs. 34 a 41.

⁹⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, tirant lo blanch, 1997; ID.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, tirant lo blanch, 2003; ID.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006; DE LA CASA, S.: *La protección por desempleo en España: configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. y DEL VALLE, J.M.: «Contratación laboral y desempleo. Perspectiva desde la flexiseguridad», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 243 y sigs.

para el percibo del subsidio de desempleo que hasta ahora se aplicaba en determinados supuestos; se eliminan con ello periodos de desprotección de los trabajadores desempleados afectados. Por último, se establecen un conjunto de medidas para incentivar el empleo de las personas desempleadas. En este sentido el art. 5 se regula una novedosa medida que tiene por objeto incentivar al empresario para la contratación indefinida de trabajadores beneficiarios de las prestaciones por desempleo, como medida de política activa de empleo de aplicación preferente sobre las políticas meramente pasivas (art. 5). Por lo demás, se establecen, entre otras, medidas encaminadas a impulsar la celebración de contratos indefinidos a tiempo parcial. Se trata, pues, de medidas «empleativas», relativas al mantenimiento y al fomento del empleo y dirigidas a la protección de las personas desempleadas.

Son medidas de urgencia o emergencia de intervención pública reguladora y de control —expresadas en la misma naturaleza del instrumento que las establece, el Real Decreto-ley—⁹⁸, pero que adolecen del doble defecto que viene caracterizando a toda esta etapa de repuesta legislativa a la crisis económica: por un lado, la falta de una programación concertada de conjunto que valore los objetivos y tome en consideración las sinergias existentes entre los diversos ámbitos de intervención; y, por otro, la creciente convicción de que esas medidas aisladas son insuficientes para atender a los problemas derivados de la crisis económica y del empleo.

III. La política europea de «modernización» del derecho del trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora

«La eliminación de la miseria y la indigencia no puede ser forzada en una democracia, ni puede serle dada. Ha de ser ganada por ella. Para ganarla necesita coraje y fe y un sentido de unidad nacional: coraje para enfrentarse a los hechos y las dificultades y superarlas; fe en nuestro futuro y en los ideales de juego limpio (*fair-play*) y la libertad por las que, siglo tras siglo, nuestros antepasados estuvieron dispuestos a morir; un sentido de unidad nacional que se sobreponga a los intereses de cualquier clase o sector».

Lord BEVERIDGE⁹⁹

⁹⁸ Entre ellas cabe destacar, el RDL 9/2008, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Económica y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación; el RDL 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y el RDL 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

⁹⁹ BEVERIDGE, L.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge I* (1942), Madrid, MTSS, 1989, págs. 288-289.

Las instituciones de la Unión Europea están impulsando la «flexiseguridad». Dicho concepto —sobre el que no existe una base conceptual unívoca o generalizadamente aceptada— se presenta como un nuevo principio ordenador de las políticas laborales y sociales. Se trataría de reformar esas políticas renovando —suprimiendo o trasladando al plano de otras políticas («extralaboralizando» la propia política laboral)— los instrumentos garantistas —jurídico-laborales— a favor de los trabajadores, trasladándolas hacia una más etérea «seguridad en el mercado de trabajo». El objetivo es la acomodación del conjunto político e institucional de tutela del trabajador (tutela jurídico-laboral, política de empleo, política formativa, sistemas de seguridad y protección social) a las exigencias de los cambios tecnológicos, y de los sistemas de producción que el nuevo capitalismo exige. En realidad, por lo que respecta al Derecho laboral, se trata de renovar el tradicional equilibrio de intereses en que se mueve el mismo, de un lado garantizar seguridad jurídica y económica a los trabajadores, de otro, garantizar una utilización flexible de la mano de obra dentro de las organizaciones productivas¹⁰⁰.

Respecto a este nuevo principio de política del Derecho Social, y cómo instrumentar las políticas jurídicas que lo implementen a través de los métodos abiertos propios de la nueva gobernanza europea, versan algunos documentos recientes (en forma de recomendación o de cierto *soft law*) de las instituciones comunitarias. Entre ellos se enmarca el «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006. Este documento se produce en cumplimiento del mandato del Consejo Europeo de la primavera de 2006, donde se encomienda a la comisión estudiar la posibilidad de establecer un conjunto de principios comunes sobre flexiseguridad. El documento ha abierto un renovado debate comunitario sobre «flexiseguridad» en el que han aparecido interesantes documentos tanto de las instituciones comunitarias, de los interlocutores sociales a escala comunitaria y nacional, de la doctrina jurídica y de la propia judicatura. El Libro Verde alienta reformas del marco normativo de los mercados de trabajo en la línea de una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las exigencias derivadas de un entorno económico extremadamente competitivo. La virtualidad del documento es situar en el orden del día de la agenda europea al Derecho del trabajo. Sus resultados podrían caminar hacia una convergencia que sea capaz de conciliar eficiencia y equidad social,

¹⁰⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social» (I y II), en *Tribuna Social*, núm. 206-207 (2008), págs. 9 y sigs., y ampliamente respecto al debate sobre la flexiseguridad, MORENO VIDA, M.^aN.: *El debate sobre la flexiseguridad en Europa*, Ponencia temática primera del XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009. Para el marco de referencia de ese debate sobre el modelo de relaciones laborales en Europa, véase el completo estudio de ORTIZ LALLANA, M.^aC.: *El futuro de los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Ponencia general de dicho Congreso Nacional.

pero también suscita el riesgo de un «régimen competitivo» si los Estados inician una «carrera de reformas a la baja», lo que favorecería la ampliación de las diferencias sociales entre áreas de Europa. También debemos ser conscientes que las políticas de flexiseguridad integran distintas políticas y que afectan a intereses en conflicto, y que, además, no pueden dejar de tener en cuenta las características del sistema económico nacional, del mercado de trabajo y de las relaciones laborales ni las tradiciones de cada ordenamiento laboral interno.

En la dirección del Libro Verde se sitúa la Comunicación de la Comisión: «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final. El Libro Verde parece «culpabilizar» al Derecho del trabajo «clásico» de la incapacidad del sistema económico para generar empleo suficiente y de calidad, lo que conllevaría la necesidad de flexibilizar o des-regular parte de los elementos básicos (sistema de derechos y garantías) que configuran este tipo de Derecho laboral. Se sobrevalora así el papel del Derecho del trabajo en la consecución de ambiguos objetivos previstos en la agenda de Lisboa. Aunque luego el texto presenta una cobertura en la que es observable un hilo conductor que —al menos en apariencia— pretende dotar de mayores garantías a los trabajadores ante el cambio productivo.

Se estima que la «flexiseguridad» generará un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo ante la innovación y los cambios, y más inclusivo, y evitará los desfases existentes entre los marcos jurídico y contractual y la realidad del mundo del trabajo. Sin olvidar sus beneficios y costes globales, la mejora y modernización del Derecho del trabajo podría fomentar una flexibilidad asociada a la seguridad en el empleo, incrementar el empleo y reducir el desempleo, y conseguir que los distintos tipos de contratos y los derechos laborales favorezcan la creación de empleo, ayuden a los trabajadores y a las empresas, al facilitar las transiciones en el mercado de trabajo¹⁰¹, y permitir a las empresas y a los trabajadores comprender mejor sus derechos y obligaciones, ofreciendo incentivos a los trabajadores para explorar más oportunidades de empleo mediante un marco regulador que refuerce la capacidad de los trabajadores. Pero el *gran «déficit» del Libro Verde es estructurar un enfoque al margen de los derechos sociales fundamentales*. En efecto, es muy significativa una ausencia en el Libro Verde: las referencias a los derechos sociales fundamentales inherentes al constitucionalismo social. Se

¹⁰¹ Sobre la regulación social de los mercados de trabajo transicionales, puede consultarse, MARTIN, PH.: «Modernizar la protección social para garantizar los mercados de trabajo transicionales», en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 159 y sigs. En la perspectiva económica, SCHMID, G. y SCHÖMANN, K.: «El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el estado de la cuestión», en TOHARIA, L. (Comp.): *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Informes y Estudios, Serie Empleo núm. 29, Madrid, MTAS, 2006.

trata de unos derechos que *deberían* ineludiblemente ser el eje vertebrador de todo proyecto de reforma del Derecho social en la UE. El Libro Verde muestra una total indiferencia hacia el lenguaje de los derechos fundamentales, que ha penetrado en el ordenamiento de la UE a través de la jurisprudencia del TJCE, y que luego se ha recibido por los Tratados europeos y en particular por el art. 6 TCE, tal como resulta del Tratado de Lisboa. El razonamiento de la Comisión se ha desarrollado totalmente al margen de los Tratados internacionales donde se configuran derechos sociales como derechos fundamentales, como también respecto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros¹⁰².

Tales derechos fundamentales —específicos e inespecíficos— actúan en la «zona contractual» de la condición de trabajador y empresario, caracterizada por un contrato de intercambio económico, y actúan como límites —aunque sea «moralizados»— a la autonomía privada, y contribuyen decisivamente a la salvaguarda de un componente axiológico en la relación de trabajo. Las jurisprudencias constitucionales han jugado un papel fundamental en la ampliación material del campo de la constitucionalidad hacia las relaciones inter-privadas (eficacia horizontal de los derechos). Los derechos colectivos e individuales del trabajo han sufrido un proceso de extensión por la fuerza de irradiación de los derechos constitucionales a los diferentes sectores de la vida laboral tanto en aspectos sustantivos (libertad y dignidad personales v. subordinación) como procesales (indefensión)¹⁰³. Tales derechos constitucionales, en tanto canalizan el respeto de los valores personales de que es portador el trabajador, actúan como correctivo a las exigencias de eficiencia y competitividad de las empresas y contribuyen a delimitar de manera racional y equilibrada lo que puede justificarse en la lógica de un contrato cambiario, de lo que debe respetarse por pertenecer al patrimonio de derechos fundamentales del ciudadano-trabajador. Cualquier operación remodeladora del Derecho laboral habrá de ajustarse a los cánones de constitucionalidad y el respeto por los contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales¹⁰⁴. Por lo demás, la *Carta de Niza* contempla los derechos socio-económicos como derechos *pleno iure* afirmando (en su Preámbulo) la indivisibilidad entre todas las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos. Tanto más teniendo en cuenta que el art. 6 del TUE —tal como resultado del Tratado de Lisboa— confiere a la CDFU una eficacia normativa vinculante análoga a la de los Tratados de la Unión Europea.

El Libro Verde parece establecer la necesidad —casi ineludible— de reducir los costes y la tutela de los despidos, pero no alude a su conjugación con límites

¹⁰² Vid. en esta dirección, LOY, G.: «Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI», *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 47 y sigs.

¹⁰³ CASAS BAAMONDE, M. E.: «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo», *RL*, núm. 11, 2004, pág. 12, y ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

¹⁰⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

—como la justificación del despido y la existencia de un resarcimiento adecuado del trabajador, que son manifestación del derecho al trabajo reconocido en la mayoría de los ordenamientos constitucionales europeos. La Carta de Niza (art. 30) no sólo reconoce el derecho del trabajador a la tutela contra el despido ilegítimo, sino también que la misma habrá de reconocerse en conformidad con el Derecho comunitario además de con el de las legislaciones nacionales. El documento de la Comisión implícitamente acepta la orientación más liberal por la que la «seguridad» existencial del trabajador es alcanzable exclusivamente por el *corpus* de reglas que disciplinan el contrato de trabajo, mientras que la propia Carta de Niza ha ampliado la visual al plano de la «ciudadanía social», de los servicios públicos destinados a los procesos formativos y a la garantía de un mínimo vital, protegiendo así en parte al ciudadano frente a los eventos ocupacionales.

Es de advertir que el Libro Verde obvia la importancia de los principios constitucionales, los derechos anti-discriminatorios y los derechos fundamentales como el esquema conceptual que a nivel de la UE debería ser el referente para la venidera agenda de política social. En este sentido, parece alejado de las propuestas relativas a la conveniencia de abordar más convenientemente los riesgos de reducir la aplicabilidad de ciertos derechos o de excluir determinadas categorías de trabajadores de los derechos laborales básicos, que sería contraproducente para la expansión de la cobertura de los derechos fundamentales y preservar el propio carácter «autónomo» del Derecho laboral¹⁰⁵.

El Derecho laboral europeo debería estructurarse a partir de un sistema de derechos fundamentales garantizados al máximo nivel, con atención especial al principio de igualdad real y efectiva que limite los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social. El Derecho laboral no puede funcionalizarse en exclusiva hacia el empleo y el mercado de trabajo, so pena de perder su carácter de sistema autorreferente. Ciertamente, debe ser selectivo en sus prioridades (atendiendo a la posición del trabajador en el mercado de trabajo), quizá —en algunas facetas— algo menos protector y más proactivo (promoviendo el reparto de oportunidades, la calidad en el empleo y el desarrollo personal), y también estar más interconectado con las políticas sociales y económicas relativas a los mercados de trabajo y las instituciones sociales, pero tampoco debe olvidarse que su función clave es estructurar y ordenar la relación de trabajo sobre un *sistema* —*individual y colectivo*— de derechos y garantías, actuando una situación de equilibrio frente a los poderes empresariales, que dejan de estar así inmunes frente a la acción pública y la tutela colectiva. Esta es una vertiente que no aparece en el documento, el Derecho laboral es un mecanismo de juridificación del conflicto social, por tanto, desempeña una función igualadora entre trabajadores y empleadores, y también se funcionaliza hacia la productividad mediante

¹⁰⁵ SCIARRA, S. (dir.): *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, vol. I: General Report, European Commission, Luxemburgo, 2005, págs. 62-63.

las posibilidades jurídicas de gestión flexible de la relación contractual. Es una visión sesgada funcionalizar exclusivamente el Derecho del Trabajo a la política de empleo, obviando las demás finalidades político-jurídicas del mismo. Como ha señalado el CESE, el Libro Verde, «en ningún momento menciona el histórico papel protector y emancipador del Derecho laboral en sentido amplio, incluido el surgido de los convenios colectivos, con sus especificidades ligadas a las características culturales, sociales, económicas y jurídicas de los distintos Estados miembros»¹⁰⁶; «...debe reafirmarse el papel fundamentalmente protector y emancipador del Derecho laboral y garantizarse mejor su aplicación para impedir que se ejerza presión sobre los trabajadores, teniendo en cuenta los nuevos desafíos de la globalización y el envejecimiento demográfico»; como también que: «Todo razonamiento que considerara el Derecho laboral protector un obstáculo al crecimiento y al empleo constituiría una visión reductora, en la que el Derecho laboral quedaría reducido a un simple instrumento de política del mercado laboral o a una variable económica»¹⁰⁷.

Por otro lado, el documento comunitario obvia el dato de que en mercados de trabajo ampliamente *desregulados y segmentados* la inclusión por la vía del empleo deja de presentar un ineludible efecto integrador, sino que pueden darse situaciones de riesgo de exclusión social si el empleo no garantiza los mínimos económicos y de protección social para una vida digna (el «trabajador que vive por debajo del umbral de pobreza»). Precisamente, las políticas de flexibilidad laboral han erosionado la propia capacidad de integración social tradicionalmente atribuida a la inclusión por el trabajo, y la precarización aparejada tampoco ha demostrado un especial influjo en la creación de empleo (en algunos casos, ha supuesto un efecto de desplazamiento o sustitución de trabajo estable por trabajo precario). Como ha tenido ocasión de afirmar el Parlamento Europeo: «... los estudios recientes de la OCDE y otros organismos han mostrado que no hay pruebas para la afirmación según la cual la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales estándar facilitan el crecimiento del empleo»; señalando «que el ejemplo de los países escandinavos muestra claramente que un alto nivel de protección contra el despido y de normas laborales es plenamente compatible con un alto crecimiento del empleo»¹⁰⁸. El caso español es paradigmático en el sentido contrario, las reformas de 1994 y 1997 introdujeron numerosas medidas de flexibilidad interna y de salida, eliminando anteriores tutelas legales, las reformas laborales de 2002 y 2006 abarataron el coste del despido e impusieron límites máximos a la contratación temporal, pero todo ello no ha supuesto una reducción de la temporalidad en nuestro país, que continuó siendo de las más altas de Europa.

¹⁰⁶ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde – Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, cit., observación general 2.12.

¹⁰⁷ *Ibid.*, observación general 2.14-15.

¹⁰⁸ *Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI*, de 11 de julio de 2007, apartado 13.

Es criterio de la Comisión europea («Libro Verde») que resulta obsoleto el *contrato laboral estándar*. El Libro Verde traza una panorámica sobre las bases en que se asentaba el Derecho del Trabajo «tradicional» basado: en un empleo permanente a tiempo completo; unas relaciones laborales regidas por el Derecho en torno al contrato de trabajo; la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores. El Libro Verde señala que el «modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica. Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva». Se obvia que la seguridad y estabilidad en la relación laboral es también un prerrequisito importante para el progreso de la productividad. La repuesta que se propone en el libro Verde al dilema flexibilidad-seguridad se aborda en la perspectiva minimalista consistente en una reducción de los derechos y niveles de tutela, con contenidos mínimos de tutela. Ello implica la «re-mercantilización» del factor trabajo y la aceptación acrítica de la pérdida de derechos (seguridad) de amplias capas de trabajadores, generalizándose en cambio un núcleo mínimo de derechos que no garantiza un nivel suficiente de estabilidad laboral.

Nada puede aportar a estos objetivos un planteamiento que consista en el debilitamiento de la tutela laboral «en el trabajo». Frente a este posicionamiento, parece ineludible mantener una opción clara por el fomento del empleo estable por tiempo indefinido como fórmula contractual que mejora el funcionamiento y favorece la implicación de los trabajadores en el proyecto empresarial amén de evitar los consabidos problemas que el exceso de precariedad laboral conlleva a la empresa, a los mercados de trabajo y a los sistemas de protección social. El caso español es un ejemplo preclaro de que la temporalidad no es el mejor instrumento para la creación de empleo, pues fomenta la precariedad (especialmente de los más débiles en el mercado de trabajo, con mayores dificultades de integración), afecta gravemente al principio de igualdad y resiente la productividad empresarial y la formación de los trabajadores, incrementa la siniestralidad laboral, y además, tiene un efecto que suele infravalorarse: introduce un elemento de disciplina empresarial (el «miedo a la no renovación» o la no renovación «como sanción o represalia») que termina por reforzar los poderes empresariales y por debilitar la solidaridad colectiva intragrupal de los trabajadores, su poder negocial y el potencial del activismo sindical. Desde el punto de vista empresarial parece absurdo un modelo defensivo de competitividad en Europa, mientras que la producción de alto valor añadido —la única que ofrece un futuro a los países más industrializados— ha de asentarse sobre instrumentos contractuales y de gestión opuestos a los contratos

atípicos, es decir, que persigan la estabilidad, la fidelidad y la mejora continua de la cualificación de la mano de obra.

En verdad, lo que se propone es un intercambio en la articulación de las tutelas del trabajador, un intercambio de *flexibilidad laboral por «seguridad en el mercado»* (*transitando del ámbito tradicional del Derecho laboral a la política de empleo y los sistemas de protección social*)¹⁰⁹. Frente a los postulados sostenidos por la Comisión, críticamente puede señalarse que la flexiseguridad no debe eliminar los estándares de tutela desde la perspectiva del Derecho laboral. *La seguridad «fuera de las relaciones laborales» no es propiamente una alternativa al Derecho laboral, salvo que el mismo pierda cualquier elemento de «autorreferencia» y pase a ser un mero instrumento o anexo incondicionante de la racionalidad de mercado*. Pero esta es la tesis de la seguridad, un nuevo compromiso social en el que, como contrapartida a las mayores dosis de movilidad en los mercados, se ofrezca a los trabajadores una mayor seguridad en el mercado y en los itinerarios laborales. Como contrapartida a la menor protección del puesto de trabajo, la flexiseguridad ofrece «una mayor seguridad en el decurso profesional, ampliar la seguridad y la protección de los trabajadores atípicos, políticas activas de mercado de trabajo que ofrezcan oportunidades de empleo y sistemas más flexibles de protección social que atiendan las necesidades de las personas que cambian de empleo o que dejan el mercado de trabajo temporalmente, lo que implica una regulación laboral legal y colectiva menos rígida que facilite la adaptabilidad en el mercado y en la organización del trabajo, y mayores niveles de seguridad de estar y de progresar en el mercado de trabajo y con adecuada y fuerte protección social, en particular mediante medidas activas y activadoras»¹¹⁰.

Conforme al modelo promovido por la OCDE¹¹¹, las políticas de flexiseguridad se caracterizan por los siguientes elementos: una flexibilidad de las condiciones de trabajo y de la protección frente al despido (Derecho del trabajo), o dicho de otra forma, una legislación de protección «en el trabajo» moderada; una alta participación en el aprendizaje permanente; un nivel relativamente alto de subsidios por desempleo, para subvenir a las necesidades derivadas de la transición entre dos empleos (sistemas de Protección Social); una activación de los dispositivos de inserción profesional, con la finalidad de reducir el tiempo entre la pérdida de un empleo y la contratación en otro (políticas de empleo y de formación profesional continua). En realidad, como puede comprobarse, tales cuestiones nunca han estado —ni estarán— escindidas del Derecho del trabajo,

¹⁰⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social» (I y II), en *Tribuna Social*, núm. 206-207 (2008), págs. 9 y sigs., y en particular, 22 y sigs.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», *RL*, núm. 15-16, 2007, pág. 9.

¹¹¹ OCDE: *Boosting Jobs and Incomes, Policy Lessons from Reassessing the OECD Jobs Strategy*, 2006.

como tampoco se puede culpabilizar a éste en exclusiva de las deficiencias de los mercados de trabajo.

El mensaje implícito en el Libro Verde tiene el riesgo de que también permite una lectura recondutora de la flexiseguridad a una flexibilidad por la vía de la «desregulación», cuando lo más adecuado sería la adecuación de los derechos laborales a nuevos enfoques que eliminen rigideces, pero integren elementos suficientes de seguridad jurídica y económica. Esto es, la idea es reconciliar flexibilidad y seguridad, la flexiseguridad como alternativa a la desregulación y la flexibilidad estricta. En lugar de liberalizar los mercados de trabajo se necesita un nuevo tipo de seguridad basado también en un trabajo más flexible. En su conjunto la reflexión de la Comisión incurre en una simplificación ideológica sobre la función, estructura y contenidos de la legislación laboral¹¹².

En el modelo que plantea la Comisión, se trataría de reducir significativamente la protección «dentro» de la relación laboral a cambio de una mejora de la protección y asistencia frente al desempleo. En la óptica de la Comisión, el binomio flexibilidad/seguridad se salda concentrando la primera en la relación de trabajo, dejando que la seguridad se alcance a través de los sistemas de protección frente al desempleo. En cierta medida, supone «externalizar» o trasladar el riesgo empresarial hacia los instrumentos de protección social, que asumirán el coste «social» derivado de una gestión flexible de la mano de obra que otorgue ventajas competitivas en el marco de la economía globalizada. La aceptación incondicionada de esta concepción supondría una crisis del modelo de trabajo con cierta protección y derechos (que actúan como límites al poder empresarial). Este espacio de protección pasaría a cubrirse con una política pública asistencial (compensar a través de instrumentos de tutela pública la falta de garantías dentro de la relación contractual de trabajo). También en este plano el documento obvia el lenguaje de los derechos sociales, pero el problema más relevante de este enfoque es no tener en cuenta que los sistemas de protección social tienen menor capacidad de tutela cuando son más necesarios, esto es, en las etapas de dificultad económica cuando las tasas de desempleo son más altas. Por ello, la mejor manera de garantizar el equilibrio financiero de tales sistemas, es una política jurídica que también fomente la estabilidad *en el trabajo*. Repárese de la complejidad de la operación, en sistemas de protección por desempleo que operan sobre una base prevalentemente contributiva el efecto de segmentación puede incrementarse, mientras que si se opta por una dimensión más universal y asistencialista, el sistema vendría gravemente afectado por su ineficiencia para una cobertura económica adecuada del desempleado.

Es lo cierto que en aquélla lógica de instauración del Derecho flexible del Trabajo (que es la proyección en el campo jurídico-laboral del Estado «social»

¹¹² Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares», en *RL*, núm. 3 (2009), págs. 1 a 11.

de competencia económica o «Estado de mercado») se inserta la *Comisión de las Comunidades Europeas: «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»* (Bruselas, 22.11.2006, COM (2006) 708 final) y la Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre «flexi-seguridad» de 27.6.2007¹¹³. En este documento se refleja la referida tendencia a pasar del Derecho del Trabajo Clásico —garantista en sentido fuerte— al Derecho flexible del Trabajo emergente de modo cada vez más patente¹¹⁴, donde las reformas postuladas son típicamente estructurales, pues se redefinen los fines, las instituciones y las estructuras normativas de este sector de ordenamiento jurídico. Debe retenerse, así, el carácter estructural de las políticas de flexibilidad.

Entiende la Comisión que el modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica (sic.). Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva. Este enfoque es criticable por establecer una correlación discutible (por disolvente del garantismo jurídico-social y de las políticas de desmercantilización que le son inherentes) entre las protecciones sociales en el trabajo y el supuesto desincentivo de los empleadores para contratar. Es, éste, un típico enfoque «postsocial». Se explica que el CES haya critica esta filosofía social liberalizadora que subyace al Libro Verde de la Comisión Europea¹¹⁵.

Constata la Comisión que, en efecto, las reformas de las legislaciones nacionales sobre protección del empleo iniciadas desde comienzos de los años noventa se centran fundamentalmente en la relajación de las normas vigentes para *aumentar la diversidad contractual, lo que acaba por incidir en la carrera profesional*. El

¹¹³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexiseguridad y la seguridad*, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones», Bruselas, 27.6.2007 COM (2007) 359 final. La propia Comisión Europea ya había intervenido en este asunto. Así, de modo destacado, en la COMISIÓN EUROPEA: «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo. Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. COM (2003) 6 final. Consúltense también la Consejo Europeo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, «Hacia los principios comunes de flexiseguridad», diciembre de 2007.

¹¹⁴ Es la progresión de la tendencia ya advertida en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanc, 1996.

¹¹⁵ Ello se inserta en la lógica interna a la nueva constitución flexible del trabajo. Respecto a los rasgos constitutivos de esa nueva constitución flexible del trabajo véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional...», *cit.*, págs. 1527 y sigs.

objetivo de estas reformas era aumentar la flexibilidad «en los márgenes», es decir, instaurar formas de empleo más flexibles acompañadas de una menor protección contra el despido, para facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo y permitir, a los que lo desearan, disponer de un mayor número de opciones de empleo. Como consecuencia, los mercados de trabajo experimentaron una creciente segmentación. Se establece de nuevo una correlación problemática entre la flexibilización del despido y la inserción laboral de los trabajadores jóvenes.

En realidad, su apuesta político-jurídica reside en la creación de un *mercado flexible e inclusivo*, partiendo del hecho de que la proliferación de distintos tipos de contratos se ha producido en ausencia de una adaptación más completa del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la rápida evolución de la organización del trabajo y de la sociedad. Al utilizar estos contratos atípicos, las empresas buscan mantener su competitividad en una economía mundializada, evitando, entre otras cosas, el coste que acarrea el respeto de las normas relativas a la protección del empleo, los plazos de preaviso y el pago de las correspondientes cotizaciones sociales. El objetivo, al parecer, es «normalizar» el trabajo atípico, con instrumento de flexibilidad y de reducción de costes del factor trabajo. Es, sin embargo, criticable que no se pretenda reconducir las formas anómalas de trabajo atípico al tipo contractual normal que permite una incorporación más plena de los derechos sociales de ciudadanía.

No es de extrañar la posición crítica del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde. El Parlamento Europeo, por su parte, ha aprobado su Resolución sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007. En dicha resolución —aparte de las indicaciones que ya han sido reseñadas— se expresan discrepancias de procedimiento y de concepto frente al contenido del Libro Verde. En todo caso, la Comisión Europea ha mantenido en lo principal su criterio. En efecto, el resultado del proceso de consulta abierto con el Libro Verde ha culminado —conforme a sus previsiones— con la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad»*, de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final. En este punto, la Comisión relanza una idea ya desplegada en el Libro Verde consistente en que los «ciudadanos necesitan cada vez más la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo, ya que cada vez son menos los que conservan el mismo puesto de trabajo de por vida». La Comisión se alinea con las exigencias de flexibilidad al señalar que las empresas «deben ser capaces de adaptar su mano de obra a unas condiciones económicas cambiantes. Han de poder contratar a trabajadores que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables, aumentando así su capacidad de innovación y competitividad». Como se observa, nada nuevo respecto a los postulados ideológicos neoliberales, la necesidad de que los

sacrificios correspondan a los trabajadores en función de las cambiantes exigencias empresariales determinadas por condicionantes de competitividad, que son precisamente los postulados que han conducido a una intensa precarización de los mercados de trabajo europeos. Paradójicamente, luego se añade que la UE y sus Estados miembros «deben avanzar hacia una economía del conocimiento dinámica y boyante, que reparta los dividendos de la prosperidad de una manera más homogénea entre el conjunto de la sociedad». La Comisión parece ignorar que un status jurídico-laboral de derechos es tradicionalmente una garantía de seguridad económica y jurídica para los trabajadores, actuando una importante función redistributiva en el seno del *welfare*. ¿Cómo se favorece la movilidad social ascendente con la degradación de derechos laborales? El documento es un nuevo «caballo de Troya» para el Derecho «clásico» del trabajo.

La Comunicación de la Comisión desarrolla lo que se denomina un «enfoque integrado» de la flexiseguridad, que profundiza en el enfoque del Libro Verde. La decisiones estaban tomadas en el Libro Verde (no es de extrañar que muchos tacharan a sus planteamientos de falta de objetividad y a sus interrogantes de capciosos por prefigurar en sí mismos las respuestas) y el debate abierto no ha logrado modificar la idea originaria de la institución comunitaria. Este enfoque integrado consiste en abordar actuaciones conjuntas en los ámbitos de flexibilidad en los mercados de trabajo, organización del trabajo y de las relaciones laborales, y la seguridad, tanto del empleo como la proveniente de los sistemas de protección social.

La Comisión configura la «flexiseguridad» como estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. Y comienza a definirla por el primer elemento del binomio en una definición que podríamos calificar de *pan-flexibilidad*: «la flexibilidad hace referencia a los avances logrados («transiciones») en el curso de la propia vida: del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o la inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación». Resulta cuando menos curioso que también el desempleo y la inactividad en el trabajo se considere un «avance» en la vida profesional, considerándolos componentes estructurales de modelo propuesto, cuando son conocidas las dificultades de ciertos colectivos para reincorporarse al mercado de trabajo con un empleo de calidad. La definición no puede ser más críptica en este punto, nos evangeliza en el adiós al mundo de las certezas, y el abandono de las seguridades proporcionadas por las tradiciones europeas de salvaguarda de los derechos laborales. Dicha flexibilidad —según el documento— «no se limita a la mayor libertad de las empresas para contratar o despedir» (con lo cual se quiere ir mucho más allá) y —paradójicamente— «no implica que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos», sino que aludiría a una nuevo objetivo de referencia: «la progresión de los trabajadores hacia mejores empleos, a la «movilidad ascendente» y al desarrollo óptimo del talento». Asimismo, en una perspectiva *micro* la flexibilidad se considera «característica de una organiza-

ción del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción», y —con un tinte bidireccional poco preciso— al añadirse que «es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas». Ambas flexibilidades *no son las mismas*, la primera obedece a intereses empresariales y no conllevan automáticamente la consecución de la segunda si no es a través de la institucionalización de derechos socio-laborales que tutelen adecuadamente al trabajador en la adopción de decisiones para conciliar la vertiente laboral con las necesidades personales, familiares, formativas, etcétera.

Piensa la Comisión que todos los Estados miembros —dentro de sus diferentes situaciones nacionales— deben afrontar el mismo reto de la modernización y de adaptación al cambio. Por ello, para facilitar los debates nacionales en el marco de los objetivos comunes de la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, se señala la necesidad de alcanzar un consenso en el seno de la UE sobre una serie de «principios comunes de la flexiseguridad», que podrán ser una referencia útil «para lograr unos mercados de trabajo más abiertos y con mayor capacidad de respuesta, y unos lugares de trabajo más productivos». Según la Comisión, tales principios comunes podrían ser los siguientes:

1. «La flexiseguridad entraña disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde el punto de vista del empleador y el empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera»), estrategias de aprendizaje permanente globales, políticas activas del mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad social modernos. Su objetivo es potenciar la aplicación de la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, mejorar cuantitativa y cualitativamente el empleo y reforzar los modelos sociales europeos, mediante el establecimiento de las nuevas modalidades de flexibilidad y seguridad encaminadas a aumentar la adaptabilidad, el empleo y la cohesión social».
2. «La flexiseguridad se sustenta sobre el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas».
3. «La flexiseguridad debería adaptarse a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales específicos de los Estados miembros. La flexiseguridad no gira en torno a un único modelo de mercado laboral ni a una única estrategia de actuación». Resulta paradójico que el documento se asiente sobre unos presupuestos bien definidos sobre las reformas en las que profundizar, para luego señalar que no existe un único modelo o estrategia de actuación.
4. «La flexiseguridad debería reducir la brecha abierta entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él. Los que ahora están dentro necesitan apoyo para preparar las transiciones de un empleo a otro y estar protegidos mientras éstas duren. Los que ahora están fuera —incluidas las personas inactivas, entre las que las mujeres, jóvenes y emigran-

- tes están excesivamente representados— necesitan puntos de entrada al empleo que les faciliten el acceso al mismo y puntos de apoyo que les permitan progresar hacia unas modalidades contractuales estables».
5. «Debe promoverse la flexiseguridad interna (en una misma empresa), pero también la externa (de una empresa a otra). Un grado suficiente de flexibilidad en la contratación y el despido ha de ir acompañado de seguridad en las transiciones de un empleo a otro. Debe facilitarse la movilidad ascendente, así como entre el desempleo o la inactividad y el empleo. Unos lugares de trabajo de elevada calidad dirigidos por personal capaz, una buena organización del trabajo y la mejora continua de las capacidades son algunos de los objetivos de la flexiseguridad. La protección social debe apoyar la movilidad y no inhibirla».
 6. «La flexiseguridad debe apoyar la igualdad de género potenciando la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a empleos de calidad y ofreciendo posibilidades de conciliar la vida laboral y la familiar, así como dando las mismas oportunidades a los emigrantes, los jóvenes, las personas con discapacidad y los trabajadores de más edad».
 7. «La flexiseguridad requiere un clima de confianza y diálogo entre las autoridades públicas y los interlocutores sociales, en el que todos estén dispuestos a asumir la responsabilidad del cambio y que produzca políticas equilibradas».
 8. «Las políticas de flexiseguridad tienen repercusiones presupuestarias y su aplicación debería contribuir también a políticas presupuestarias sólidas y sostenibles desde el punto de vista financiero. Deberían perseguir, asimismo, una distribución justa de los costes y los beneficios, en particular entre las empresas, los particulares y los presupuestos públicos, prestando especial atención a la situación específica de las PYME. Unas políticas de flexiseguridad eficaces pueden contribuir al mismo tiempo a este objetivo global».

Para ayudar a implementar tales objetivos, la Comunicación contiene el diseño de cuatro itinerarios tipo (anexo I), desarrollados sobre la base de la situación de los Estados miembros y del informe del Grupo de Expertos sobre Flexiseguridad¹¹⁶. Se trata de propuestas para que los Estados miembros, en consulta con sus interlocutores sociales, y en función de sus situaciones particulares, puedan elaborar sus propios itinerarios detallados hacia la flexiseguridad. Tales itinerarios tipo «deberían servir también como instrumento de aprendizaje mutuo y de referencia en el marco de la Estrategia de Lisboa renovada».

Todos los itinerarios coinciden en la necesidad de facilitar —procedimental y económicamente— el despido. Pareciera como —si a juicio de la Comi-

¹¹⁶ *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, Report by the European Expert Group on Flexicurity, junio de 2007.

sión— el elemento central de la modernización del derecho del trabajo pasaría indefectiblemente por la reducción de la protección frente al despido por razones empresariales. Este punto de vista es criticable, pues resulta importante reclamar una cierta autonomía, principios y valores básicos de los que es portador el Derecho del Trabajo. Una protección adecuada frente al despido ilegítimo es la propia base para que los trabajadores puedan reclamar frente a condiciones de trabajo ilegales o abusivas, y hacer oír su voz frente a los comportamientos arbitrarios o injustificados del empleador, como también es un elemento determinante en la propensión de los trabajadores hacia la afiliación sindical y la participación en acciones sindicales colectivas. Solamente cuando varios sistemas interrelacionados demuestren un funcionamiento eficaz para la tutela del trabajador podría aceptarse un rediseño de los niveles de protección en el trabajo, en concreto, sería necesario un sistema que provea a los trabajadores una política activa del mercado de trabajo con un elevado nivel de protección por desempleo en el marco de una implantación sindical adecuada o un marco de diálogo social desarrollado que garantice los instrumentos necesarios para una participación activa en la negociación de los cambios y las modificaciones institucionales que sean pertinentes. La flexiseguridad —al modelo danés— con normas liberalizadoras del despido, no puede considerarse al margen del contexto del Estado del bienestar y de un sistema sindical y de diálogo social sólido, esto es, los interlocutores sociales deben desempeñar un papel central en el proceso decisorio políticos y en la aplicación de las políticas de mercado laboral y de la formación continua, y en el contexto de un sistema del Estado del bienestar financiado públicamente con niveles elevados de protección.

La idea-fuerza es introducir los componentes de la flexiseguridad en las políticas generales de los Estados miembros, a través de una especie de método abierto de coordinación (MAC)¹¹⁷. A tal fin, en el análisis de la Comisión sobre los Programas Nacionales de Reforma, en el marco de la Estrategia de Lisboa, dicho órgano incluirá sus primeros comentarios sobre la manera en que los Estados miembros podrían beneficiarse de los principios comunes y de los itinerarios de la flexiseguridad para elaborar sus propias políticas específicas¹¹⁸. A partir de ahí se han dado pasos sobre lo ya andado, en el marco de un interesante y controvertido debate —que alcanza a ser polémico— sobre el sentido, alcance y modelos de flexiseguridad. Debate en el que subyace la contraposición del modelo de flexiseguridad defensiva y neoliberal y el modelo de flexiseguridad ofensiva garantista y democrático-social.

¹¹⁷ Sobre el MAC, véase, en general, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: «Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria», en *RMTAS*, núm. 72 (2008), págs. 71 y sigs.

¹¹⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social» (I y II), en *Tribuna Social*, núm. 206-207 (2008).

A) El modelo de flexiseguridad neoliberal (que traduce la modernización de los mercados de trabajo por la liberalización del sistema de garantías sociales), se refleja en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», Bruselas, 4 de Julio de 2007. En ella se defiende: a) la gestión del cambio mediante la adaptación que requiere un mercado laboral más flexible acompañado de niveles de seguridad que permitan abordar las nuevas necesidades de empleadores y empleados; b) la flexiseguridad se define como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral; y c) la flexiseguridad se vincula al crecimiento del empleo.

En esa onda neoliberal, básicamente pero con ciertas matizaciones, se inserta la Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2008/618/CE). Pero debe retenerse ya su crítica previa en el Dictamen del CESE sobre «La Propuesta de decisión del Consejo relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (en virtud del art. 128 del Tratado CE), 13-14 febrero de 2008. En el dictamen se realza que se «deberían analizar la mejora de la adaptabilidad mediante la flexibilidad interna y convertirla en una dimensión viable y aceptable de la flexiseguridad; la flexibilidad interna puede ser clave para mejorar la productividad, la innovación y la competitividad y, por lo tanto, puede contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia de Lisboa» (=flexiseguridad garantista).

Lo mismo cabe decir, en lo principal, de la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Agenda Social Renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI», Bruselas, 2.7. 2008. COM (2008) 412 final.

B) El modelo de flexiseguridad garantista o democrático-social, es el que, simplificando, se acoge en el «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 22-23 de abril de 2008. EL CESE defiende un modelo sobre la base de las siguientes premisas:

- El concepto de flexiseguridad no significa un recorte unilateral e ilegítimo de los derechos de los trabajadores. Puede permitir una flexiseguridad laboral (en el interior de la empresa y en el mercado de trabajo), al mismo tiempo que nuevas formas de seguridad en el

ámbito de la protección social y de las políticas activas de empleo (especialmente la formación profesional y las medidas de reinserción laboral).

- El CESE considera que Europa debe centrarse en su capacidad de innovación, la alta calidad de sus productos y servicios, en su mano de obra cualificada y su modelo social, y que debe competir con sus competidores mundiales en el terreno de la calidad. Esto debería reflejarse en las Directrices de Empleo. El CESE desearía que los debates sobre flexiseguridad y, especialmente, los relativos a los puestos de trabajo de calidad, produjeran cambios en las directrices. (Lo que implica la adopción de un modelo de competitividad por la calidad y la innovación en la lógica de la flexibilidad «ofensiva» o «garantista»).
- En relación a la conexión entre Flexiseguridad y Empleo subraya que las políticas macroeconómicas sanas que estimulan el crecimiento del empleo, así como un entorno empresarial favorable que apoye y explote plenamente las posibilidades de crecimiento, son condiciones previas importantes para el buen funcionamiento de la flexiseguridad. La flexiseguridad mejora el empleo, pero lo está llamado a crearlo directamente.
- Sistema de protección social. Los sistemas generales de bienestar pueden mejorar la movilidad asegurándose de que los trabajadores no se vean perjudicados cuando afrontan cambios que afectan a su lugar de trabajo.
- El CESE destaca la importancia de asignar recursos económicos a la flexiseguridad. Llevar a cabo la flexiseguridad sin invertir en reforzar las instituciones, en las políticas activas del mercado laboral y en la formación continua no favorecerá el surgimiento de un mercado laboral de elevada calidad. Conviene, a este respecto, extender la seguridad a los puestos de trabajo precario. Las políticas deben centrarse en integrar en el mercado de trabajo a las mujeres, los jóvenes y las personas mayores. La flexiseguridad debe aplicarse con un planteamiento holístico y coherente. A este respecto, resulta esencial asignar los recursos adecuados a fondos europeos como el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
- Defiende un planteamiento integrado, a varios niveles. Dada la naturaleza *multidimensional de la flexiseguridad*, es importante buscar una integración de los diversos niveles de las políticas. Es necesaria una política más coherente para abordar el problema, una interacción mayor entre los diversos actores y niveles para mejorar la cohesión económica y social.
- El CESE sostiene que en la aplicación de flexiseguridad deben tenerse en cuenta los nuevos riesgos y que las transiciones deben recomponerse. La mundialización aumentará los riesgos para los traba-

jadores y para las empresas. Tener en cuenta esos nuevos riesgos será esencial para afrontar el desafío de la mundialización. Resulta crucial promover la movilidad laboral de manera positiva, de alta calidad, invirtiendo en las personas y mejorando la portabilidad de derechos (es el enfoque típico de la flexiseguridad garantista).

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicha Comunicación, Bruselas, 14 de enero de 2009 (COM(2008) 412 final), constituye una réplica parcial a los diversos documentos de la Comisión Europea, se arguye:

- No puede hacerse abstracción de la cuestión de la orientación fundamental de la política macroeconómica, ya que en caso contrario se corre el peligro de que decisiones importantes sigan privadas de una dimensión social tangible.
- La dimensión social de Europa debería concretarse, entre otras cosas, en un verdadero programa de acción social. Una mera agencia social renovada no es suficiente.
- Es preciso trabajar activamente en la consecución de los objetivos sociales. No basta con adoptar una actitud de respuesta, en el sentido de considerar que la misión de la política social es reaccionar ante los cambios y adaptar a los ciudadanos a las nuevas exigencias de la economía. La atención debe focalizarse en las personas y en la inversión en las personas, el objetivo debe ser mejorar las condiciones de vida y de trabajo y la espina dorsal de una política social europea debe estar formada por instrumentos claros, eficaces y vinculantes.

En efecto, ante la *crisis actual* conviene no perder de vista que existe una responsabilidad del conjunto de la sociedad civilizada en relación con el bienestar de los individuos. Esto incluye, en particular, una distribución equitativa de las rentas, posibilidades suficientes de empleo en empresas competitivas, una protección social contra los riesgos de enfermedad, incapacidad, desempleo y vejez, el apoyo a las familias, oportunidades para todos, garantías contra la pobreza y servicios de interés general de calidad y asequibles.

- La dinámica económica y el progreso social no son contradictorios, sino que se refuerzan mutuamente. Una economía de mercado social aúna competitividad y justicia social. Es importante otorgar la misma relevancia a los aspectos sociales, económicos y mediambientales.
- Adoptar medidas en las que se deje claro que las libertades económicas y las normas sobre competencia no tienen primacía frente a los derechos sociales fundamentales.

Por su parte, el Parlamento Europeo insiste en que es indispensable un planteamiento europeo coordinado. Deben coordinarse mejor los esfuerzos

de la Unión Europea y sus Estados miembros, y también las medidas adoptadas en el marco del plan de recuperación económica para abordar las crisis a corto plazo han de ser coherentes con los objetivos de la Unión Europea a largo plazo, según lo establecido en la Estrategia de Lisboa. Por otra parte, la asociación, la cooperación y el diálogo son una condición necesaria para el éxito de cualquier tipo. A este respecto, el *papel de los interlocutores sociales* es particularmente importante para impulsar la confianza en las medidas adoptadas y la toma en consideración de los distintos intereses legítimos en juego¹¹⁹. En la dirección del neocorporativismo democrático que se encuentra consagrada en el modelo social europeo, otorgando a los interlocutores una presencia significativa en las instituciones y en los procesos de elaboración de normas de relevancia comunitaria.

Para aquélla dirección de política del Derecho *liberalizadora* (correspondiente al modelo de flexibilidad neoliberal) y del sentido de la revisión de la constitución democrático-social del trabajo, resulta paradigmática la propuesta de modificación de la directiva reguladora del tiempo de trabajo. Ese enfoque liberalizador desemboca en la propuesta de directiva sobre el tiempo de trabajo, que supondría una revisión estricta de la vigente Directiva 2003/88/CE, sobre ciertos aspectos de la organización del tiempo de trabajo. La Comisión Europea el 30/12/03 y el 22/09/04 una Propuesta de modificación de la Directiva. Se proponían varias modificaciones y una rectificación a las definiciones del tiempo de trabajo (art. 2) y a la jurisprudencia de la Corte de Justicia (Asuntos SIMAP y Jäger). En dicha propuesta inicial se postulaba, principalmente, las siguientes modificaciones: a). Mantener la figura del *op-out* individual (se permite que los trabajadores individualmente puedan optar libremente por renunciar el nivel que garantiza la norma europea), reforzando las condiciones de aplicación, cuando no haya o no pueda haber convenio colectivo. b). Permitir a los Estados Miembros que extiendan los períodos de referencia hasta los 12 meses, bajo la sola condición de que se consulte a los interlocutores sociales. c). Rectificar las definiciones del tiempo de trabajo, para *excluir los tiempos de espera inactivos*, como obligan las sentencias del TJCE de SIMAP y JÄEGER.

No son pocas las dudas que se han suscitado desde entonces sobre si este tipo de regulaciones flexibilizadoras e individualizadoras mantienen el equilibrio que requiere una estrategia de flexiseguridad ofensiva, en virtud de la cual la flexibilidad laboral puede ser positiva, siempre que existan normas mínimas y de salvaguardia así como los controles públicos y colectivos adecuados. En tal sentido la orientación dominante en el Parlamento Europeo ha sido la de considerar que el *opt-out* («no aplicación»; *no es una técnica para flexibilizar la norma*,

¹¹⁹ Cfr. Parlamento Europeo, «Informe sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros», 16.2. 2009. COM(2008)0889.

sino para anularla completamente)¹²⁰. Es discutible que se acomode al texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), conforme a la cual «Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas» (art. 31.2 CDFUE). El *opt-out* cuestiona la realización de los objetivos de protección de la salud y seguridad en el trabajo y la efectiva posibilidad de una conciliación entre vida profesional y vida familiar. Por otra parte, la propuesta de modificar las definiciones sobre el tiempo de trabajo y anular la jurisprudencia del TJCE sobre los periodos de guardia inactivos puede tener consecuencias tan graves como para desvirtuar el futuro del modelo social europeo y sobre los derechos y garantías sociales.

Este criterio de la Comisión no ha sido compartido en aspectos fundamentales ni por el Parlamento Europeo, ni por el Comité Económico y Social. En el Dictamen del Parlamento Europeo —aprobado el 11 de mayo de 2005— se defiende: la finalización de la base legal para el *op-out*; periodo transitorio (*phasing-out*): mientras dure el *phasing-out* se aplicarán normas más restrictivas, y se incrementarán controles y cautelas; anualización; todo el período de guardia es tiempo de trabajo, incluidos los períodos inactivos o de descanso. No obstante, por convenios colectivos o por ley se puede computar específicamente a efectos de la jornada máxima semanal; y, por último, reconciliación de la vida familiar y profesional, de manera que los trabajadores deberían tener el derecho a pedir cambios de su horario y de los modelos de trabajo y los empresarios deberían tener la obligación de considerar tales peticiones. En vista de este Dictamen, la Comisión presentó, el 1 de junio de 2005, una posición modificada acercándola levemente a la posición del Parlamento, proponiendo: mantener el *opt-out* bajo condiciones más severas, mediante el su sometimiento en un marco más condicionado y bajo la premisa de una futura revisión y posible, aunque no segura, revocación; período de guardia: la Comisión rechazó los cambios del Parlamento

¹²⁰ En relación a las condiciones para llevar a efecto la «no aplicación» (*opt-out*), el Consejo de la Unión Europea había señalado que la Directiva actual permite a los Estados miembros acogerse a la posibilidad de no aplicar el art. 6 (tiempo de trabajo máximo semanal). En la propuesta de la Comisión, el recurso a esa excepción debe ser autorizado por un convenio colectivo o por un acuerdo entre los interlocutores sociales en el nivel adecuado. Cuando no hay en vigor un convenio colectivo y los trabajadores no están representando en la empresa, la no aplicación puede ser objeto también de un acuerdo entre el empresario y un trabajador determinado. En cualquier caso, es necesario el consentimiento del trabajador y ha de cumplirse una serie de condiciones, a saber: el consentimiento del trabajador ha de presentarse por escrito, no puede darse al comienzo de la relación de empleo o durante el período de prueba, su validez es limitada, se fija un límite máximo absoluto de horas de trabajo semanales (65 horas) y se impone la obligación de mantener, respecto de cada trabajador, registros actualizados del número de horas que han trabajado en realidad. Cfr. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Nota de la Presidencia al Comité de Representantes Permanentes, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/38/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo», Bruselas, 24 de septiembre de 2004 (Expediente interinstitucional: 2004/0209 (COD)).

Europeo, y, por consiguiente, mantiene su criterio de que los períodos de guardia inactivos no son tiempo de trabajo, pero acepta que este período inactivo no se tenga en cuenta para calcular los períodos de descanso previstos en los artículos 3 (descanso diario) y 5 (descanso semanal).

Ante esas discrepancias, el Consejo no ha sido capaz de alcanzar un acuerdo que refleje una posición común. El debate continúa abierto. Los intereses en juego en este debate sobre la flexibilidad y las fuertes de regulación, están en juego la función de la norma mínima en el Derecho social (el orden público laboral) y la subordinación de la autonomía individual a leyes y convenios colectivos.

Es lo cierto que la Propuesta Modificada de la Directiva 2003/88/CE, parece acogerse al concepto de flexibilidad liberalizadora («liberista») que había defendido el Libro Verde relativo a la «modernización del derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» (en él se inquiría: «¿Cómo se podrían modificar las obligaciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para ofrecer mayor flexibilidad a los empleadores y a los trabajadores, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores?»)¹²¹. La ampliación de la jornada máxima de trabajo, en una lógica individualizadora (pues se admite que la autonomía individual pueda modificar *in peius* el límite de duración máxima de la jornada de trabajo fijada por la ley y convenio colectivo), y la introducción del concepto de período inactivo de atención continuada (tiempo en el que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, a disposición del empresario pero sin prestar servicio, al cual se le niega la consideración de tiempo de trabajo; a pesar de la existencia de subordinación del trabajador a los poderes del empresario), respondería a ese modelo de flexibilidad, donde el garantismo queda diluido, neutralizando un posible modelo de «garantismo flexible» plenamente proponible en la lógica de una flexibilidad ofensiva (lógica ésta que admite el equilibrio ex art. 3 de la LET entre el garantismo legal y la flexibilidad por vía de los productos colectivos que encuadran el espacio de la autonomía individual expresada en el contrato individual de trabajo; frente a la mera opción por favorecer una posible «individualización» controlada). El garantismo de los derechos sociales es compatible con un tipo de flexibilidad laboral ofensiva y de equilibrio de poderes en el seno de las relaciones laborales. En sí la apuesta por un garantismo flexible constituye una de las plasmas posibles de articulación entre el Derecho vertical clásico y el llamado «Derecho reflexivo» estatal de apoyo a los procesos de autorregulación colectiva en las relaciones de colaboración internormativa existentes entre la Ley-convenios y acuerdos colectivos. En el cuadro legal del modelo de flexibilidad ofensiva

¹²¹ Véase también el documento «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26-7-2007; COM (2007) 359 final. En esta Comunicación se define la flexiseguridad «como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral».

en la organización jurídica de las relaciones laborales (especialmente en materia de tiempo de trabajo), se trata de combinar —no de sustituir— la clásica racionalidad centralizada (formal y material) del Estado Social moderno con formas plurales de racionalidad «autorreflexiva» (autorregulación colectiva) de los grupos sociales bajo la cobertura de una regulación legislativa promocional (o de apoyo) de la autonomía colectiva («técnica jurídica de alentamiento» en expresión de Norberto Bobbio, que se corresponde con la impronta de un Ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional, propio del constitucionalismo social que fomenta formas de cambio social activo)¹²².

Es manifiesto que las coordinadas político-jurídicas que inspira y pretende materializar jurídicamente el acuerdo político del Consejo Europeo de Empleo de 9 de junio de 2008 para modificar la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, no se ajustan a esa lógica del «garantismo flexible», sino que parece defender más la flexibilidad defensiva, que apuesta por las «normas blandas» y la individualización a través del *opt-out* como modelo de relaciones laborales en el presente siglo. No se trata de una modernización simple, sino de una orientación hacia un cambio de modelo en la dirección de instaurar una constitución flexible del trabajo de tipo «liberalista» (o de liberalismo individualista, que otorga un papel regulador al contrato individual hasta el punto de hacer disponible la norma estatal para el acuerdo individual). Esta lectura de la flexibilidad hace pasar a un segundo plano la lógica de la seguridad propia del garantismo (tributario del constitucionalismo democrático social). La flexibilidad defensiva supone una desviación de la constitución democrático social garantista por una constitución flexible del trabajo que subordina el trabajo a las exigencias del mercado y de las fuerzas operantes en dicho espacio económico. En su proyección al tiempo de trabajo conduce a la implantación de un modelo de regulación caracterizado por una marcada tendencia hacia la re-mercantilización de los derechos sociales vinculados al tiempo de trabajo y el individualismo en detrimento de la lógica social o colectiva, que supone la desmercantilización propia de los derechos sociales y la preferencia por la lógica colectiva como garantía de libertad real para todos los trabajadores. Contribuye también (además de la degradación de las condiciones de trabajo) a mermar la libertad del trabajador, reforzando la subordinación o dependencia efectiva (y la configuración del contrato de trabajo como un contrato de adhesión en sentido «fuerte»), la introducción de la noción jurídica de período inactivo de atención continuada, esto es, el tiempo en el que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, a disposición del empresario pero sin prestar servicios, porque se rechaza en la propuesta comunitaria la consideración de tiempo de trabajo a los ámbitos temporales donde el trabajador cumple con, al menos, dos de los tres requisitos enunciados en el art. 2 de la Di-

¹²² BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980, págs. 367 y sigs.

rectiva 2003/88/CE (Sentencia SIMAP y JAEGER). Estos períodos de tiempo —donde no hay trabajo efectivo, sino disponibilidad— no serán computados como tiempo de trabajo a efectos del cómputo de la jornada máxima, a efectos salariales, ni tampoco respecto a los descansos diarios y semanales. En realidad, esto supone que una parte significativa del tiempo de trabajo como tiempo de subordinación o dependencia —y lo que comparte de esfera de dominio o poder— quedaría *opaca u oculta* para el Derecho regulador del tiempo de trabajo. Además, nuevamente, la posibilidad de introducir la cláusula *opting-out*, afecta también a la esfera de libertad jurídico-material del trabajador, porque le sitúa frente al empleador en la dimensión individual, ya que el contrato individual de trabajo puede modificar *in peius* el límite de duración máxima de la jornada de trabajo establecida por ley o convenio colectivo de aplicación.

Por tanto, no causa extrañeza que esa argumentación sea la que subyace al rechazo por el Parlamento Europeo de la Propuesta modificativa de Directiva sobre el tiempo de trabajo (Diciembre de 2008), a pesar de que varios gobiernos de los países de la Unión Europea apoyan la Propuesta de la Comisión Europea (Reino Unido, Francia, Italia y los países del Este). Este rechazo a ese modelo de flexibilidad defensiva (que es de hacer notar que no incorpora las garantías sociales mínimas que introduce la experiencia danesa) se insertaría en la propuesta de la OIT sobre el trabajo decente, que apuesta por la creación de empleos de calidad que impliquen un trabajo digno. Este modo de flexibilidad ofensiva se sitúa en la dirección de política del Derecho propia del «garantismo flexible» que compagine, de modo equilibrado, el garantismo de mínimos desmercantilizadores y la necesaria flexibilidad de adaptación a través de reglas propias del Derecho reflexivo, es decir, en el ámbito de las relaciones laborales: el derecho de negociación colectiva (a través de una diversificación de sus productos jurídicos, convenios colectivos y acuerdos de empresa).

Sin embargo, cabe postular una distinta política del Derecho de la flexibilidad —o en su versión renovada actual, flexiseguridad—. Caben otras alternativas viables para llevar a cabo un modelo de flexiseguridad de garantismo flexible. En este sentido cabe distinguir entre una flexiseguridad «defensiva» (que, según se indicó, comporta un traslado de riesgos y de costes a los trabajadores y supone la aceptación de un mayor mercantilización del trabajador en el ámbito de la empresa y una pérdida de poder en su interior) y una flexiseguridad «ofensiva» (que apuesta por el mantenimiento de las tutelas en el trabajo y por la incorporación adicional de nuevas protecciones sociales en el mercado de trabajo y en las transiciones profesionales, lo cual supone una renovación del ordenamiento laboral, orientándolo hacia la inserción laboral, la formación y la innovación; es, por lo demás, un modelo que acepta la lógica del garantismo flexible mediante la potenciación de la negociación colectiva de la crisis económica y de los procesos de reestructuración permanente, a través de la predisposición de «normas medida» de origen convencional y legal). Este modelo alternativo de

garantismo flexible implica una reforma de adaptación de los instrumentos de protección sociolaboral.

En la propuesta de los documentos comunitarios oficiales implica una transformación radical del derecho clásico del trabajo. La constitución «social» del trabajo se transforma en una constitución «flexible» de trabajo¹²³. El proceso implica al tiempo una reforma implícita y profunda de las constituciones sociales europeas. El *soft law* (derecho débil; normas blandas) impulsor de las reformas fricciona con el constitucionalismo social y los derechos sociales fundamentales no aparecen como eje vertebrador del nuevo proyecto de «modernización» del Derecho laboral. Las soluciones propuestas para la reformulación del Derecho laboral son de corte neoliberal. Los problemas que aquejan el mercado de trabajo y las instituciones jurídico-laborales se abordan en una perspectiva «remercantilizadora». El modelo de flexiseguridad neoliberal —por el que apuesta la Comisión Europea en el Libro Verde y en la Comunicación sobre flexiseguridad— renuncia a la construcción de una Europa Social basada en la garantía legal de los derechos sociales fundamentales. El constitucionalismo social —uno de cuyos exponentes es el Derecho Social del Trabajo— debería estructurarse a partir de un sistema normativo de derechos plenamente garantizados en la jurisdicción comunitaria que limite los presupuestos económicos de la fragmentación social. El modelo de constitución social del trabajo exige la creación de una Carta Constitución Europea que consagre derechos sociales de desmercantilización, y lo haga con fuerza normativa vinculante bilateral. Lo cual comporta la predisposición de intervenciones social «fuertes» sobre el mercado, es decir, una heterorregulación del mercado. Incorpora también la consideración del trabajo como sujeto político; esa subjetividad del trabajo se proyecta en el reconocimiento de las organizaciones de intereses. El modelo del garantismo social —que en sí es propiamente de «garantismo constitucional»— es cabalmente incompatible con la mercantilización —o con una débil desmercantilización— del trabajo humano. Su premisa irrenunciable es que la afirmación de que el trabajo no es una mercancía. De ahí la trascendencia para la política del Derecho de la garantía normativa de los derechos sociales de desmercantilización, y que en gran medida se realiza a través del Derecho Social del Trabajo. Este modelo de garantismo social ha permitido limitar las desigualdades sociales haciendo compatible la razón social con la razón económica, esto es, con la eficacia y rentabilidad económica. Dicho en otras palabras, el garantismo flexible ha permitido compaginar —conciliar— el flexibilidad y la seguridad laboral. El Derecho del Trabajo garantista no se ha mostrado precisamente como un obstáculo para el desarrollo económico, pues nunca ignoró las exigencias del orden público económico. En el

¹²³ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 1527 y sigs.; *id.*: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, especialmente págs. 68 y sigs.

ámbito del espacio europeo, el ordenamiento laboral ha tratado de evitar que los Estados compitan más que en la productividad, en la eficiencia y en la calidad del producto, que la reducción de las protecciones sociales (esto es, en la competitividad de los costes diferenciales)¹²⁴. Ha rehusado el «dumping social» en entre los países de la Unión Europea, mostrando que es posible una competitividad leal basada en la innovación y en la calidad, por un lado, y por otro, que es posible conciliar flexibilidad y seguridad, dentro y fuera del trabajo.

Pero los documentos oficiales comunitarios sobre «modernización» y «flexi-seguridad» no se limitan sólo a una re-mercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía, sino que parten —explícita o implícitamente— de una des-sindicalización del sistema de relaciones laborales, dentro y fuera de las organizaciones productivas. En efecto, el plano colectivo del Derecho laboral no sale reforzado de los documentos comunitarios, que tampoco hacen el hincapié necesario los aspectos relativos a la introducción de *flexibilidad negociada*¹²⁵, ni se hace referencia a las instituciones y derechos de representación y acción colectiva como necesario elemento reequibrador en el sistema de relaciones laborales. El propio procedimiento seguido por la Comisión en la elaboración de sus documentos no ha sido especialmente respetuoso con el papel institucional de los interlocutores sociales y el diálogo social a escala comunitaria. En el Libro Verde el diálogo social y la negociación colectiva no aparecen a la altura del papel institucional y las funciones regulativas que a las partes sociales y al método contractual reconoce el propio Tratado. Es precisamente el diálogo social el instrumento clave para alcanzar los niveles adecuados de flexibilidad que requieren las organizaciones productivas, a través del consenso social proporcionado por la negociación colectiva, y sin que ello necesariamente signifique un retroceso o eliminación de los estándares de tutela, cuando el proceso se desarrolla con los equilibrios y contraprestaciones adecuadas. El sistema de gobernanza actual de la Unión Europea tiene una fuerte connotación neocorporativista, incorporando a los agentes sociales en su dinámica político institucional y en los procesos de elaboración legislativa¹²⁶. Las organizaciones profesionales representativas aparecen

¹²⁴ Véase LOY, G.: «Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre «flexiseguridad»*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 47 y sigs.

¹²⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social» (II), núm. 2007 (2008).

¹²⁶ Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994; SOLANS LATRE, M.A.: *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Europea*, Madrid, Tecnos, 1995. Véase la reflexión crítica contenida en SCHMITTER, PH.C. y LEHMBRUCH, G. y STREECK, W. (coordinadores): *Neocorporativismo: más allá del Estado y el mercado*, 2 Vols., México, Alianza, 1995, Y STREECK, W., y KENWORTH, L.: «Theories and Practices of Neocorporatisme», en JANOSKI, T. y otros.: *A Handbook o Political Sociology: States, Civil Societies and Globalization*, New York, Cambridge University Press, 2005.

como actores sociopolíticos, es decir, como sujetos políticos que intervienen en las decisiones de política pública a través de formas de intercambio político. Lo paradójico es que ello contraste con el hecho de que los modelos de flexiseguridad europeos más desarrollados —y ello no parece una coincidencia— se caracterizan por un alto desarrollo del diálogo social, donde los interlocutores sociales juegan un papel esencial en la negociación de los equilibrios entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo¹²⁷. Pero para ello, conviene recordarlo, es necesario el soporte de políticas públicas y «legislación promocional» dirigidas a reequilibrar el balance de poder que ha evolucionado en sentido desfavorable a los sindicatos tras las mutaciones económicas, organizativas y productivas en curso¹²⁸.

Hay que tener en cuenta que el Derecho —y en particular el Derecho del Trabajo— es también *es una modalidad de racionalización, distribución y control del riesgo*. En cuanto instrumento de delimitación del reparto de riesgos, puede desempeñar un importante papel en la provisión de justicia distributiva. La definición de derechos constituye un importante modelo de seguridad, de manera que el tránsito de la seguridad a la «flexiseguridad» presupone una diferente distribución del riesgo entre los trabajadores, la empresa y la sociedad¹²⁹. Una «modernización» del Derecho del trabajo debe tener también entre sus prioridades abordar los numerosos riesgos que pesan sobre el trabajador —regular e irregular— como la pérdida del puesto de trabajo (en gran medida como consecuencia de las reorganizaciones productivas que obedecen a la racionalidad financiera de distribución del riesgo)¹³⁰, la incerteza retributiva, el riesgo de desvalorización de sus competencias profesionales, las dificultades que el nuevo modelo de relaciones profesionales presenta para la generación de pensiones adecuadas a las situaciones de necesidad. Ha llegado a decirse que estas transformaciones han expuesto a los trabajadores regulares a numerosos riesgos, y que tienden a asemejarse bajo muchos puntos de vista a los trabajadores con contrato atípico y a compartir con aquéllos los problemas ligados a la incerteza ya experimentada por los mismos¹³¹. Una cobertura satisfactoria de estos riesgos abre un debate muy similar al de la responsabilidad social de la empresa, pues se trata de abordar problemas en la que todos los agentes implicados en materia de trabajo y de empleo tienen «responsabilidades» (en sentido genérico) y corresponde al De-

¹²⁷ Vid. OZAKI, M. (dir.): *Negociar la flexibilidad: función de los interlocutores sociales y del Estado*, OIT, Ginebra, 2000.

¹²⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social» (II), núm. 2007 (2008).

¹²⁹ Vid. LOI, P.: «La función del riesgo en el paso de la seguridad a la «flexiseguridad», *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 71 y sigs.

¹³⁰ Vid. MORIN, M.-L.: «El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa», *RTT*, núm. 1, vol. 124, 2005, pág. 14.

¹³¹ Vid. STONE, K. V. W.: «Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro», *RIDL*, núm. 4, 2005, págs. 395 y sigs.

recho «normalizar» ese reparto de responsabilidades. Es fácilmente comprensible cómo se hace necesaria la «relectura» en clave de riesgo de algunos derechos como la formación.

Por otra parte, la flexiseguridad debe implicar también una *flexibilidad bidireccional* en el contrato de trabajo. Deberían potenciarse las soluciones *win-win*, esto es, una utilización adecuada de la flexibilidad respecto de las necesidades de las empresas y las necesidades y demandas de los trabajadores, que puedan ser así dueños de sus proyectos de vida. Se trataría de una ruptura con el dato de que la introducción de flexibilidad ha tenido como prevalente finalidad el ajuste funcional o dinámico de las condiciones laborales o de la propia pervivencia del vínculo contractual a las necesidades y exigencias empresariales, como instrumento de salvaguarda y fomento de la productividad y la competitividad empresarial. Por ello, ha supuesto un reforzamiento de los poderes empresariales en la administración de las relaciones contractuales en la empresa y no ha supuesto una oportunidad positiva para los trabajadores, sino retribuciones más precarias, reducción en los niveles de cobertura de los sistemas de Seguridad Social y una mayor dificultad para programar la vida de cara al futuro, inseguridad personal que se añade al debilitamiento de lo colectivo. En tal sentido, la flexibilidad unidireccional dominante ha contribuido a incrementar las desigualdades como elemento estructural de las actuales transformaciones sociales y económicas. Los avances tecnológicos permiten una mayor autonomía a los empleados en el desarrollo de la prestación de servicios (el teletrabajo sería un ejemplo harto significativo), y ello puede permitir mayores posibilidades de disponibilidad del trabajador sobre la prestación de servicios. Se trata de que también los trabajadores tengan facultades para gestionar el tiempo (cuentas de tiempo trabajado y bancos de tiempo con los correlativos elementos de seguridad jurídica, permisos por cuidados, cuentas de tiempo de aprendizaje y de ahorro para la formación) y las condiciones de trabajo, de manera que se conjugue el adecuado cumplimiento de la prestación de servicios —principio de rendimiento— con los intereses formativos, personales o familiares del trabajador. Los denominados «derechos sociales de giro» están plenamente en consonancia con esta perspectiva, puesto que permiten dar espacio a la libertad individual en la definición de los derechos socio-profesionales, que no necesariamente están en función de un riesgo sobrevenido sino que su realización depende de una libre decisión del trabajador¹³². La flexiseguridad desde el modelo del garantismo flexible no supone, pues, un desplazamiento de estatutos protectores (no comporta el desmantelamiento de garantías en el trabajo, en la empresa y en el puesto de trabajo), sino un perfeccionamiento de las protecciones sociales mediante el establecimiento adicional de un estatuto protector de las personas en ciclos de vida des-cronologizados y las

¹³² Vid. SUIPIOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 98 y sigs.

transiciones profesionales (garantías de protección social, formación profesional, reinserción laboral, etc.). Ese *enriquecimiento estatutario* en la lógica del garantismo flexible es indispensable para proteger a las personas en sus ciclos de vida profesional o laboral.

En todo caso, en el contexto de la crisis actual las medidas jurídico-laborales y de Seguridad Social deberían de insertarse en un conjunto más amplio de políticas públicas no sólo de «salvamento» del actual sistema económico, sino también replanteando el modelo económico, es decir, reformar el actual sistema económico capitalista en vista de una corrección estructural de sus disfuncionalidades económicas y sociales. El capitalismo siempre ha requerido del apoyo de intervenciones y valores institucionales, pues su capacidad de autorregulación siempre ha sido limitada. Aceptando la necesidad del mercado hay que decir inmediatamente que este es insuficiente por si mismo no sólo para garantizar la conjunto de las necesidades humanas, sino también para alcanzar un funcionamiento óptimo de equilibrio. Se ha observado, con razón, que «el fracaso más inmediato del mecanismo de mercado reside en las cosas que el mercado deja *sin hacer*». En verdad, «lo que también hace falta es una percepción lúcida de cómo funcionan en realidad diversas instituciones, y de cómo una serie de organizaciones —desde el mercado a las instituciones estatales— pueden sobrepasar las soluciones a corto plazo y contribuir a crear un mundo económico más aceptable¹³³.

En definitiva, y concluyendo, se puede afirmar, en efecto, que la crisis actual es, en gran medida, la consecuencia de la *subordinación de la Sociedad al Mercado*, esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental. Por contraposición a ese enfoque, se puede defender que es posible utilizar todos los instrumentos del constitucionalismo social disponibles. Es necesario recuperar las políticas propias del Estado social tanto a nivel europeo como nacional, para evitar que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permita proyectar sobre el futuro un gobierno democrático de la economía, otorgando una eficacia real al conjunto de los derechos fundamentales

Lejos de que suele afirmarse apriosticamente y sin fundamento técnico, cabe decir que en la presente coyuntura tienen cabida diversas opciones de política del Derecho respecto a la necesidad contrapuesta de introducir ajustes del modelo o de atender a las consideradas exigencias de cambio del mismo modelo. La primera tesis es la flexibilidad de adaptación inherente al «garantismo flexible» (apostando por la contratación estable y una cierta flexibilización del despido o contención de su coste económico sin merma de los derechos del trabajador); la segunda tesis es la flexibilidad neoliberal que pretende una liberalización del trabajo (y por tanto una re-mercantilización del conjunto de garantías —derechos

¹³³ SEN, A.: «Capitalismo: más allá de la crisis», en *Claves de razón práctica*, núm. 191 (2009), págs. 16 y 19.

sociales— que se han venido construyendo sobre el trabajo dependiente), lo que, entre otras cosas, supone cuestionar el principio de causalidad del despido mediante la propuesta de un despido libre indemnizado minimamente). Este ensayo proporciona argumentos para la validez actual de las soluciones propias del «garantismo flexible». Ahora bien: toda medida de reforma del mercado en sentido garantista-flexibilizador (por diferencia a la estrictamente liberalizadora) exige y presupone el garantismo legal laboral, y el garantismo legal de Seguridad Social compensador, pero nunca con carácter sustitutivo del iuslaboral. No es correcto sustituir el estatuto del trabajador por el estatuto de Seguridad Social de la persona fuera de la empresa, pues de lo contrario ello supondría aceptar una progresiva «degradación» de las tutelas del trabajo contradiciendo el derecho al trabajo y su función de dignificación de la condición del trabajador y su funcionalidad integradora en la sociedad democrática.