

DOS CRISIS EN DIEZ AÑOS: COMPARANDO LAS REFORMAS LABORALES ESPAÑOLAS¹

TWO CRISES IN TEN YEARS: COMPARING SPANISH LABOUR REFORMS

DUAS CRISES EM DEZ ANOS: COMPARANDO AS REFORMAS TRABALHISTAS DA ESPANHA

ANTONIO BAYLOS²

Universidad de Castilla - La Mancha. (UCLM). Ciudad Real (Ciudad Real). España.

RESUMEN: El artículo contribuye a la cartografía de los debates sobre las reformas y contrarreformas laborales, teniendo en cuenta la reforma laboral española estructurada en torno al RDL 32/2021, y en general al proceso de cambios normativos a partir de marzo del 2020, en plena crisis del COVID, hasta el momento actual en el que se ha producido un desplazamiento del momento post crisis tras la pandemia a la policrisis en la que está inmerso el espacio europeo a partir de febrero del 2022 con el inicio de la guerra en Ucrania y la crisis energética y de suministros consiguiente, que ha provocado el dispararse de la inflación y, hasta el momento, el inicio de una nueva crisis financiera que por el momento no ha repercutido en el espacio monetario del euro. Estudia los dos ciclos de reformas contrapuestas en la regulación de las relaciones laborales. Problematisa los temas referentes a necesidad y excepcionalidad en los dos ciclos de reformas. Y examina la interpretación de la reforma y la mediación de los sujetos que la aplican.

PALABRAS CLAVE: Derecho laboral; Reforma laboral; Reformas laborales españolas.

ABSTRACT: The article contributes to the mapping of the debates on labour reforms and counter-reforms, taking into account the Spanish labour reform structured around RDL 32/2021, and in general the process of regulatory changes from March 2020, in the midst of the COVID crisis, up to the current moment in which there has been a shift from the post-crisis moment after the pandemic to the poly-crisis in which the European space is immersed as of February 2022 with the start of the war in Ukraine and the ensuing energy and supply crisis, which has caused inflation to soar and, so far, the start of a new financial crisis that has not yet had repercussions in the euro monetary space. It examines the two cycles of competing reforms in the regulation of labour relations. It problematises the issues of necessity and exceptionality in the two reform cycles. And it examines the interpretation of the reform and the mediation of the subjects that apply it.

KEY WORDS: Labour law; Labour reform; Spanish labour reforms.

¹ Resumen de la intervención en el Seminario Comparado de Derecho del trabajo “Experiencias y Diálogos entre España y Brasil”, organizado por el CELDS de la UCLM y el Instituto Lavoro de Brasil, en Ciudad Real, el 27 de enero de 2023. El texto, con algunas variaciones, se inserta ahora en el dossier temático para la Revista de Derecho Público sobre Derecho del trabajo y configuraciones institucionales: normas, prácticas y concepciones en disputa, en la idea de contribuir a la cartografía de los debates sobre las reformas y contrarreformas laborales, teniendo en cuenta la reforma laboral española estructurada en torno al RDL 32/2021, y en general al proceso de cambios normativos a partir de marzo del 2020, en plena crisis del COVID, hasta el momento actual en el que se ha producido un desplazamiento del momento *post crisis* tras la pandemia a la *policrisis* en la que está inmerso el espacio europeo a partir de febrero del 2022 con el inicio de la guerra en Ucrania y la crisis energética y de suministros consiguiente, que ha provocado el dispararse de la inflación y, hasta el momento, el inicio de una nueva crisis financiera que por el momento no ha repercutido en el espacio monetario del euro. El autor agradece especialmente a las profesoras Sayonara Grillo y Nunzia Castelli su invitación a participar en este dossier temático.

² Orcid: 0000-0002-5737-5669

RESUMO: O artigo contribui para o mapeamento dos debates sobre reformas e contrarreformas trabalhistas, levando em consideração a reforma trabalhista espanhola estruturada em torno do RDL 32/2021 e, em geral, o processo de mudanças regulatórias a partir de março de 2020, em meio à crise da COVID, até o momento atual, em que houve uma mudança do momento pós-crise após a pandemia para a policrise em que o espaço europeu está imerso a partir de fevereiro de 2022, com o início da guerra na Ucrânia e a consequente crise energética e de abastecimento, que fez a inflação disparar e, até agora, o início de uma nova crise financeira que ainda não teve repercussões no espaço monetário do euro. Ele examina os dois ciclos de reformas concorrentes na regulamentação das relações trabalhistas. Problematisa as questões de necessidade e excepcionalidade nos dois ciclos de reforma. E examina a interpretação da reforma e a mediação dos sujeitos que a aplicam.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho; Reforma trabalhista; Reformas trabalhistas espanholas

INTRODUCCIÓN

Valorar las experiencias comparadas de reformas del marco institucional de las relaciones de trabajo, lo que normalmente se denomina reforma laboral, es el objetivo de estas (pocas) páginas. En el caso español, en tan solo diez años, se han verificado dos ciclos de reformas muy amplias, ambas directamente relacionadas con la emergencia de intensas crisis económicas.

La comparación recorrerá tres fases: Se intenta relacionar en primer lugar el contenido y significado de estos dos ciclos reformistas entre sí, explicando la función que pretenden cumplir en el conjunto del sistema jurídico y político que regula el trabajo y la ciudadanía; en segundo término se propone la caracterización de ambos procesos de cambio en conexión con la causa que los origina, la crisis económica, definida como una verdadera situación de excepción que obliga a modificar el cuadro normativo, y, finalmente se subraya la relativa inestabilidad del texto normativo resultante que es objeto de interpretaciones y reformulaciones que pueden alterarlo parcialmente, mediante una reescritura de la norma en una orientación diferente a aquella con la que había sido producida.

DOS CICLOS DE REFORMAS CONTRAPUESTAS EN LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

El ciclo de reformas que inicia en el 2010, se prolonga en el 2011, en ambos casos impulsadas por el gobierno del PSOE, y se completa de manera definitiva y más profunda en el 2012, ya con el nuevo gobierno del Partido Popular, se resume en la reducción de las garantías del derecho al trabajo como forma de lograr la creación de empleo, en la idea neoliberal bien

conocida de que la reducción de costes salariales en el ajuste de empleo – abaratamiento y facilitación del despido – favorece la reactivación del mismo durante la recuperación de la economía tras la crisis. Además de ello, se debilitó la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo como una manera de lograr la devaluación salarial, otro objetivo funcional al aligeramiento de costes para obtener una recuperación de los niveles de empleo.

El epicentro de estas líneas de cambio se dio en la última fase del ciclo reformista, en el 2012, en un contexto de precarización y segmentación del trabajo, con altas tasas de temporalidad y de externalización de actividades, una fuerte tendencia a la individualización y deslaboralización de las prestaciones de servicios en las nuevas formas de negocio conectadas con la economía digital, y en general, la aceptación de la destrucción de empleo como un efecto natural del ajuste económico que además servía como medida de disciplinamiento del interés colectivo sindical, amenazado en su despliegue por la pérdida de puestos de trabajo. Desde este enfoque, la reforma laboral no sólo detenía el incremento afiliativo a los sindicatos que se había ido detectando en el primer decenio del nuevo siglo, sino que reducía drásticamente la adhesión al sindicato de las personas que perdían su empleo o lo veían en peligro. Además se rompía la capacidad de representación general que ostentaba el sindicalismo representativo a través de la cobertura de la negociación colectiva, y se impedía su capacidad de interlocución con el poder político en el gobierno de los intereses económicos y sociales que encarnan las personas que trabajan consideradas en su condición de ciudadanía subalterna (BAYLOS, 2012).

Es muy diferente el proceso que se inicia en marzo del 2020, tras la declaración del estado de alarma ante la irrupción de la pandemia causada por el Covid-19. En las primeras normas, la protección del empleo estable se llevaba a cabo a través del veto de los despidos por fuerza mayor y ETOP sin causa justificativa y mediante la generalización del ajuste temporal de empleo a través de los ERTE, unido al escudo social desgranado en prestaciones sociales y en la creación del Ingreso Mínimo Vital. En esta misma fase del ciclo, se dieron pasos en la cuestión salarial, con la subida del SMIG y las normas de igualdad y transparencia retributiva para reducir la brecha salarial de género, junto con la regulación de nuevas formas de prestación del trabajo derivadas de las TIC y de la digitalización, como el trabajo a distancia o las actividades de reparto al servicio de las plataformas digitales, con la obligación de informar a

la representación de los trabajadores en la empresa de la gestión algorítmica del personal (BAYLOS, 2021).

El momento más determinante de este ciclo de cambio legislativo se produjo con la reforma laboral en el marco del plan de recuperación y resiliencia de diciembre de 2021, que se basaba en un principio de estabilidad en el empleo a través de la profunda reordenación restrictiva de la contratación temporal, el mantenimiento del empleo incorporando a la “normalidad normativa” el ajuste temporal de empleo de los ERTE como regla general de acción ante las dificultades que las crisis económicas plantean a la actividad de las empresas y finalmente, la vigorización de la acción sindical en la negociación colectiva (BALLESTER, 2022). La reforma laboral del 2021 está dando frutos importantes, pero la comparecencia de nuevos fenómenos críticos, en especial la crisis energética y de suministros causada por la guerra de Ucrania, no ha impedido que durante el 2022 siguieran efectuándose cambios normativos relativos a la ampliación de derechos para determinados colectivos, señaladamente las trabajadoras del hogar familiar como consecuencia de la ratificación del Convenio 189 OIT, la ampliación de prestaciones sociales y la revalorización de pensiones, y otros elementos importantes como la regulación de la ley de empleo, entre otras.

Es fácil detallar las orientaciones completamente opuestas de ambas iniciativas de cambio. Mientras que las correspondientes al ciclo 2010-2012 actúan sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo guiadas por un principio de unilateralidad y de inmunización de las decisiones empresariales respecto de la intervención colectiva de las representaciones sindical y electiva de los trabajadores – la flexibilidad interna no contratada – y la decidida degradación de las garantías de empleo en el despido como fórmula predominante de efectuar el ajuste de empleo ante las dificultades económicas, unido a la acentuación de la relación descompensada entre sindicatos y empresarios en la dinámica de la negociación colectiva, las políticas del derecho del segundo ciclo reformista ante la pandemia en el período 2020-2022, se apoyan en los principios de estabilidad y mantenimiento del empleo, el reequilibrio de la negociación colectiva y el establecimiento de un cinturón protector frente a la pobreza salarial – el incremento del SMIG – o frente a la pobreza como forma de exclusión social – el Ingreso mínimo vital – así como a la mejora de las pensiones mediante un fuerte mecanismo que permite la revalorización de las mismas.

Pese a esa fuerte contraposición, hay elementos comunes a ambos procesos. El condicionamiento político de las reformas españolas por la política monetaria y la gobernanza económica europea en el caso de la crisis financiera que luego devino crisis de la deuda estatal, y que se resumió en el mecanismo de estabilidad, y en el segundo supuesto, la reorientación del paquete Next Generation en el marco de la suspensión del pacto de estabilidad y el encuadre del cambio legislativo en el plan de recuperación y resiliencia que se acordaba con las autoridades europeas. En ambos supuestos, el condicionamiento de las políticas sociales impulsadas por las medidas adoptadas como resolución de la crisis ha sido fundamental, aunque evidentemente la orientación de las mismas ha sido muy diferente en el caso de la crisis del euro y la que se desencadenó a raíz de la pandemia. Pero también es cierto que aún dentro de esta homogeneización política y económica, hay márgenes en la escala nacional-estatal, para una política del derecho diferente dentro de los marcos fijados por la gobernanza europea. Los hubo en efecto en el primer ciclo reformista, como lo demostró la gradual propuesta de reforma que va del bienio 2010 y 2011 a la que se impuso en el 2012, y en el supuesto actual, se puede apreciar esa diferencia en relación con los otros planes de recuperación y resiliencia que se han ido aprobando en otros estados miembros de la Unión, frente a los cuales la propuesta española sobresale por su decidido carácter de fomento del trabajo decente y de calidad. Es posible que, siempre en este segundo caso, hayan existido límites infranqueables – seguramente los relativos a la modificación directa de los despidos colectivos económicos – pero lo que es indudable es que la modificación legislativa que ha incorporado a la normalidad normativa el ajuste temporal de empleo como la regla prioritaria que se debe practicar ante los supuestos de crisis, incide indirectamente sobre el tema del despido colectivo, aunque no se modifique su régimen legal.

Lo que emerge finalmente de esta comparación es la existencia de dos modelos plenamente enfrentados. Un modelo neautoritario de degradación de derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras, frente a un modelo democrático de relaciones laborales, el que encarna el proceso de modificaciones legislativas que han tenido lugar como reacción frente a la crisis provocada por la pandemia, en el que la centralidad del trabajo es el eje de la construcción de una ciudadanía democrática. Una relación que interpela al jurista sobre el hecho de hallarse ante un cambio de paradigma normativo que pretende modificar profundamente las coordenadas ideológicas, políticas y técnicas del modelo neoliberal de las relaciones de trabajo sustituyéndolo por una construcción gradual de un proyecto regulativo neolaborista.

NECESIDAD Y EXCEPCIONALIDAD EN LOS DOS CICLOS DE REFORMAS.

La crisis económica ha sido el detonante de los cambios legislativos tanto del primer ciclo (crisis financiera y de la deuda) como del segundo (derrumbe de la actividad económica a partir de la irrupción de la pandemia). Y su reiteración en la crisis energética y de suministros derivada de la invasión de Ucrania incide en la misma relación. La crisis se asume como un estado de necesidad que no puede ser regulado por normas establecidas con anterioridad, como “un momento que se concreta en la producción de nuevas normas” (AGAMBEN, 2003)³, o incluso de una nueva estructuración del sistema jurídico de derechos y garantías en el plano de la constitución económica (y social). La reforma del marco institucional que regula el trabajo y el empleo se presenta como una situación de excepcionalidad social que obliga a intervenir a los poderes públicos urgentemente. La gravedad de la crisis económica sobre la economía nacional crea en efecto una situación de excepción que puede plantearse como una suspensión de las reglas hasta el momento vigentes pero que se justifica como un paso necesario para restaurar un estado de normalidad tras la excepción anormal generada por la crisis⁴.

Pero sucede que este propósito restaurador de una situación anterior al estado de excepcionalidad que ha originado la crisis no suele realizarse. Por el contrario, la “nueva normalidad” que sigue al momento de excepción es justamente la legislación de excepción instaurada. Es decir, que no hay una “nueva normalidad” a la que se dirige la legislación de excepción, sino que ésta es precisamente la nueva normalidad normativa propuesta.

Esta identidad de la excepcionalidad normativa con la normalidad instaurada aparece claramente en el análisis del primer ciclo de reformas en España que se desarrolla entre los años

³ En realidad, la situación de necesidad quiere aparecer como un dato objetivo, pero realmente siempre implica un juicio subjetivo que declare que las circunstancias excepcionales son tales, una valoración política relativa al objetivo que se quiere alcanzar y por el que se estima precisa la impugnación o deposición del ordenamiento jurídico hasta entonces en vigor.

⁴ Este es el proceso que se ha seguido en la Unión Europea ante la crisis generalizada derivada de la irrupción de la Covid-19, suspendiendo el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y las reglas de la gobernanza económica aplicadas durante la crisis financiera y de la deuda soberana a la espera de una nueva situación de normalidad. ¿Significa eso que ha de volverse al anterior estado de cosas, a las mismas reglas de la gobernanza económica? La reforma del Pacto de Estabilidad – y no su suspensión para que recobre luego su vigencia – está ya en el debate político de la Unión, aunque son diferentes los enfoques sobre la necesidad de un cambio más radical de sus líneas-guía sobre la base precisamente de la experiencia normativa que ha amparado el programa Next Generation y el marco financiero plurianual 2021-2027.

2010 y 2013, con especial incidencia en la reforma laboral del 2012 bajo el gobierno del Partido Popular. En él, la reposición de lo “normal” tras la crisis se identifica con la recuperación de un nivel de empleo que se entiende aceptable, el 15% de desempleo registrado. Alcanzar este objetivo a finales de 2018 en una lenta y desigual recuperación es lo que hizo posible que el RDL 28/2018 derogara el contrato de apoyo a los emprendedores y el período de prueba de un año durante el cual se mantenía el despido libre, junto a una serie de bonificaciones y exenciones a la seguridad social. Pero para obtener ese objetivo se tenían que seguir manteniendo los elementos centrales de esa normativa de excepción en el triple dominio de la flexibilidad interna unilateral, el desequilibrio de la negociación colectiva y la degradación de las garantías del despido.

Es importante remarcar que en este primer ciclo reformista, el estado de excepción social no fue formalmente declarado, pese a que realmente se ejercitó como tal. Ante todo, se produjo la modificación de la Constitución española mediante un acuerdo bipartidista entre el PSOE y el PP introduciendo la regla fundamental de las políticas de austeridad, el llamado “equilibrio presupuestario” en el art. 135 CE (APARICIO, 2016). Y la función normativa de producción de leyes se efectuó a través del uso continuo del Decreto-Ley y el desplazamiento al gobierno de la capacidad legiferante, de forma que se presentaba más como una técnica ordinaria de gobierno y no como una medida excepcional (APARICIO, 2016)⁵. Lo que sucede es que el mantenimiento de esta excepcionalidad social y económica se apoyaba en las mayorías parlamentarias, que avalaban de manera no problemática las modificaciones normativas. La ruptura con cualquier manifestación de diálogo social revalorizaba este modelo de subalternidad parlamentaria a la decisión del poder ejecutivo en el marco de un bipartidismo muy acusado. La propia reforma de la Constitución para incorporar los compromisos de equilibrio financiero y pago de la deuda es un ejemplo manifiesto del peso de la indiferencia del sistema de partidos en el debate sobre la ordenación concreta que debería tener el sistema de derechos individuales y colectivos derivados del trabajo (FLORES, 2014). Esta es la regla general, la sumisión plena a las decisiones del Gobierno garantizadas por el dominio de la mayoría parlamentaria al menos hasta las elecciones del 2015 y posteriormente, ya en minoría, mediante el bloqueo de iniciativas legislativas a través de la utilización extensiva de la facultad

⁵ Es decir, presentándose como el “paradigma constitutivo de ordenamiento jurídico”. Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione...cit.*, p.16.

prevista en el art. 134.6 CE si se entendían que suponían “aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios”, preservando así la “normalidad normativa” que provenía de la normativa de excepción generada por la crisis. Procedimientos y procesos que estaban legitimados democráticamente por la aprobación parlamentaria de las decisiones excepcionales del gobierno legislador y que a fortiori resultaron indemnes del reproche de inconstitucionalidad por un Tribunal Constitucional fuertemente implicado en la validación de esta nueva legalidad excepcional que llevaba a cabo la reforma laboral.

El segundo ciclo de cambio legislativo que surge a partir de la irrupción de la pandemia en marzo del 2020, también se explica como una situación de excepción, pero a diferencia del caso anterior, ésta se declara formalmente como estado de alarma, y la legislación social se sigue percibiendo como un elemento central en la regulación y ordenación de esta situación de excepcionalidad social y económica originada por la pandemia. Con una orientación muy diferente, desde luego. El objetivo de estas medidas es el de recuperar un estado de normalidad, cifrado en un nivel de empleo, pero mediante la construcción de un derecho al trabajo potente. Es decir, conectando directamente las políticas de empleo del art. 40 CE con un contenido indisociable del art. 35 CE que preserve las garantías reales del derecho al trabajo (APARICIO, BAYLOS, CABEZA, 2022). A través de un largo período de excepción – tres estados de alarma discontinuos desde marzo de 2020 a mayo de 2022 – se mantuvieron y desarrollaron las primeras normas para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, a la vez que se iba instaurando paulatinamente una “nueva normalidad” normativa más allá del puro dato de recuperación del empleo, centrada en el reforzamiento de las facultades y poderes comprendidos en el derecho al trabajo en una orientación democrática y garantista.

El mantenimiento de este estado de excepción social y su desarrollo normativo se enfrentaba a un reparto de fuerzas políticas representadas en el Parlamento que no garantizaba al gobierno el apoyo permanente a su programa de reformas en el contexto multipartidista dominante y ante la cada vez más agresiva oposición de las formaciones políticas de la derecha, con un destacado protagonismo de la extrema derecha, que acudía al Tribunal Constitucional como parte de una estrategia de deslegitimación política del gobierno⁶. Frente a ello, la

⁶ Como consecuencia de ello, dos de los recursos de inconstitucionalidad fueron estimados (por una mayoría exigua) al entender el Tribunal que algunas de las medidas adoptadas por el gobierno deberían haber requerido la declaración del estado de excepción, no bastando la declaración de estado de alarma. Cfr. STC 148/2021, de 14 de julio, que establece la nulidad parcial de los preceptos que restringen la libertad de circulación y habilitan al

legislación de excepción se sostuvo por el diálogo social y la participación de los dos sindicatos más representativos con el asociacionismo empresarial, que acompañaron con sus acuerdos tanto los sucesivos desarrollos de la legislación sobre la regulación temporal de empleo – los seis Acuerdos Sociales de Defensa del Empleo – como los hitos más relevantes de regulación del trabajo a distancia o la laboralidad de los *riders*. La legitimidad social que otorga el acuerdo con los interlocutores sociales era más importante conforme más se avanzaba en la instauración de la “nueva normalidad”, tanto hacia el interior del estado-nación, como una forma de asegurar el consenso colectivo y ciudadano ante las medidas adoptadas, como hacia afuera de nuestras fronteras, como una manera de garantizar el modelo democrático neolaborista que se estaba consolidando a través de la legislación de excepción y que además en algún supuesto, como el de las personas trabajadoras al servicio de las plataformas digitales, estaba incidiendo positivamente en el patrón de regulación que orientaba el proyecto de directiva europea. Finalmente, la negociación durante nueve meses de la reforma laboral que culminó en el acuerdo que se traduciría a continuación en el RDL 32/2021, reiteró la relevancia del diálogo social como forma de producción normativa y como método de gobierno⁷.

La importancia del soporte social de la legislación reformista se habría de confrontar sin embargo con la legitimidad política expresada a través de la decisión de convalidación de las normas de excepción como normas de urgente necesidad. En el proceso de confirmación parlamentaria de la norma eje de la reforma laboral, se desencadenó el debate acerca de la superioridad de la legitimidad política derivada del acuerdo parlamentario sobre la legitimidad social del acuerdo tripartito logrado por sindicatos, asociaciones empresariales y gobierno. Ignorando la existencia de un principio democrático fundamental que reconoce a las figuras representativas de la empresa y del trabajo intervenir directamente en la conformación del interés económico y social de la ciudadanía como una fórmula de participación democrática, la discusión que enmarcó la peripecia de la convalidación del RDL 32/2021 por un solo voto de

ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas, la STC 168/2021, de 5 de octubre, sobre la nulidad de la suspensión de los plazos para la tramitación de las iniciativas parlamentarias que impide el ejercicio de la función representativa y de control al Gobierno, y STC 183/2021, de 27 de octubre, sobre la nulidad de los preceptos que designan autoridades competentes delegadas y les atribuyen potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma; la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia.

⁷ La relación directa de estos mecanismos de diálogo social con la cláusula del Estado Social y democrático de nuestra Constitución ha sido desarrollada extensamente por M^a E. Casas, “Estado democrático social y concertación social”, *Revista de Derecho Social* n^o extra 100 (2022).

diferencia quería establecer una relación de jerarquía y subordinación de las decisiones de los partidos presentes en el arco parlamentario sobre las que el gobierno y los agentes sociales habían adoptado en este momento de excepción como soluciones concretas ante la “nueva realidad” normativa y que se correspondía con el respaldo obtenido por las autoridades europeas en el marco del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia. Una cierta recuperación de un debate antiguo sobre la subordinación del espacio sindical y económico-social al político, representado por el partido, que no reconocía autonomía ni legitimidad suficiente en el plano de lo político a la organización de estos intereses colectivos a través del diálogo social.

El aval democrático a las reformas laborales en una situación de excepcionalidad social no tiene por qué identificarse necesariamente con una relación de jerarquización entre las formas de representación partidista y las derivadas del acuerdo entre los agentes sociales y económicos. El aval democrático de las mayorías parlamentarias de la reforma laboral del 2012 y el refrendo de esta normativa por el Tribunal Constitucional no debe encubrir la unilateralidad del gobierno en su conformación y desarrollo, negado a cualquier participación de los sujetos que constitucionalmente representan los intereses económicos y sociales de la ciudadanía y a los que la Constitución encomienda una función decisiva en su determinación colectiva e institucional. El aval democrático del diálogo social de la reforma laboral del 2021 garantizaba de por sí suficientemente un método participativo de alcance general con autonomía suficiente como para ser considerado un título de legitimación política que no tenía por qué ser sustituida por el acuerdo entre partidos. Dos experiencias que permiten comprender que la legitimidad democrática de los cambios legislativos en materia laboral se conecta ante todo con el contenido material de éstos y su propuesta regulativa de los intereses económicos y sociales que se pretenden disciplinar.

LA INTERPRETACIÓN DE LA REFORMA Y LA MEDIACIÓN DE LOS SUJETOS QUE LA APLICAN.

Las modificaciones legislativas que se producen en los procesos de reforma, una vez promulgadas, entran en un terreno en el que actúan sujetos y operadores con intereses

enfrentados y con diversas capacidades de actuación sobre la norma⁸. Ante todo las formas organizativas de los intereses sociales y colectivos de trabajadores y empresarios, donde sobresalen las facultades de acción de los sindicatos a través de la negociación colectiva y del conflicto, sin olvidar la utilización del acceso a la tutela judicial de los derechos y por consiguiente a la defensa de una determinada interpretación de la norma orientada a la mejor defensa del interés colectivo. En este peculiar espacio de disputa que es la interpretación y aplicación normativa, la cultura jurídica, los sujetos y las elaboraciones teóricas que actúan en ese espacio, convierten en determinantes en el resultado final los abogados y la forma concreta de organizar la actuación judicial de éstos, la estructura judicial y la forma de intervención de los jueces y magistrados y también de los exponentes de la doctrina académica, fundamentalmente universitaria.

De hecho, esta relativa indecisión de lo normativo ante la interpretación de su texto, ha permitido una reescritura parcial de algunos elementos parciales del primer ciclo de reformas comprendido entre los años 2010 y 2012, especialmente respecto de la reforma laboral de este último año. Baste recordar la relevancia que en materia de despidos colectivos trajo la declaración de nulidad de aquellos en cuyo período de consultas se hubieran violado por la empresa derechos fundamentales, especialmente el derecho de huelga, o la interpretación del estándar de negociación conforme a la buena fe y la consiguiente nulidad de los despidos por vulnerarlo (LILLO, 2015). En materia de negociación colectiva se pueden traer a colación la sentencia que incorpora al ámbito contractual el contenido del convenio colectivo extinguido sin que se hubiera pactado la ultra actividad del mismo (AGUSTÍ et al., 2013), o la línea jurisprudencial que estableció el principio de correspondencia entre el ámbito de representación de los trabajadores y el de la unidad de negociación del nuevo convenio colectivo de empresa del que se establecía la prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial (PÉREZ, 2017). Elementos todos ellos que lograron una corrección parcial de las consecuencias más devastadoras de la reforma laboral emprendida, fruto de la acción jurídica de los sindicatos que

⁸ Como en el paso de la *langue* a la *parole*, de lo semiótico a lo semántico, no se efectúa una mera operación lógica, sino que supone en todo caso una actividad práctica, la asunción del lenguaje por parte de los sujetos que lo hablan, en el marco de un dispositivo complejo que se define como una función enunciativa. En el caso de la norma jurídica, este dispositivo supone un “proceso” que compromete a una pluralidad de sujetos y que desemboca en una referencia determinada y operativa a la realidad garantizado por los poderes institucionales, bien a través de la sentencia o mediante la fijación de la regla colectiva en el convenio. Sobre el símil con el lenguaje y el habla, A. Agamben, *Stato di Eccezione...cit.*, p. 53.

utilizaron el acceso a la justicia como una manifestación de tutela del interés colectivo de las personas trabajadoras por ellos representados.

El diferente ámbito de la interpretación de las normas no sólo permite el diálogo entre tribunales nacionales y europeos, como sucede fundamentalmente con el Tribunal de Justicia, sino que también posibilita encuentros y desencuentros entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la que desarrolla el Tribunal Constitucional. En este sentido, la rotunda declaración de las sentencias del TC 119/2014 y 8/2015 de la constitucionalidad de la reforma del 2012 tanto por motivos formales como de fondo, supuso desde luego una decidida confirmación de la política del derecho que se había encarnado en los cambios legislativos establecidos, lo que sin duda condicionó de manera muy directa el campo de juego de las posiciones jurídicas contrarias, con el magro consuelo de los importantes votos particulares disidentes de la decisión mayoritaria del Tribunal. Por ello, la disminución radical de recursos de amparo ante el TC se explica por la inoportunidad para los sindicatos de acudir a este terreno de disputa argumentativa que se sabía de antemano ya decidido en su contra.

Respecto del segundo ciclo de reformas, su carácter escalonado y permanente durante los dos primeros años del ciclo hasta finales de enero del 2022, con la convalidación del RDL 32/2021, ha generado en los operadores jurídicos una respuesta más exegética que valorativa, es decir, que se ha priorizado la vertiente descriptiva y sistematizadora del aluvión normativo más que un enfoque de conjunto del proceso y una valoración de las políticas del derecho que se han ido poniendo en práctica a lo largo del mismo. Aunque a partir de la reforma laboral se ha ralentizado el ritmo de promulgación de normas, ello no ha conducido a que se recuperara una visión de conjunto sobre el proceso de cambio legislativo. Hay una cierta apatía o cansancio en la doctrina laboral progresista, perceptible en la menor actividad de su producción no estrictamente académica, que sigue anclada en su mayoría en una mirada distante del sentido de la reforma, insistiendo en gran medida en la crítica de aspectos formales de la misma.

Por su parte la negociación colectiva se ha visto entorpecida por la negativa de la CEOE a efectuar un acuerdo general de encuadramiento de la negociación – los Acuerdos de Negociación Colectiva o ANC – ante la divergencia profunda en orden a la pérdida de poder adquisitivo de los salarios a causa del repunte inflacionista que ha causado la crisis energética y de suministros originada por la guerra en Ucrania, de manera que los esfuerzos se han centrado en la problemática salarial, sin que hayan tenido protagonismo muchos de los elementos que la

reforma laboral delegaba en los convenios colectivos como eje de desarrollo de sus preceptos. Por último, hay también un cierto encasquillamiento de la acción sindical en el plano judicial, una suerte de retracción en el activismo jurídico de los servicios jurídicos sindicales en defensa del interés colectivo, que se nota en varios aspectos, como la disminución del planteamiento de conflictos colectivos ante la Audiencia Nacional, donde ahora corresponde el protagonismo a los sindicatos minoritarios.

En el otro lado hay un discurso fuerte que busca la deslegitimación de la acción reformista en materia social y en especial en lo relativo a la regulación de las relaciones de trabajo. En un sentido amplio, se trata de afirmar una directa conexión entre la democracia y el pueblo español, que no queda alterada por consiguiente ni por los procesos de formación normativa a través del diálogo social ni tampoco y ni siquiera por las mayorías parlamentarias. “El Estado constitucional frente al Estado autoritario – escribe quien resulta el máximo ideólogo de estas posiciones extremas⁹ - es aquel en que el Parlamento no es soberano, sino que lo es el pueblo”. Es en el que, por ello mismo, las mayorías parlamentarias tienen limitado su poder, pues de lo contrario no habría un Estado constitucional, sino un despotismo de la mayoría. En el que existe una distinción neta entre el poder constituyente, soberano, y el poder constituido (el conjunto de las instituciones estatales) limitado, de manera que este se encuentre subordinado a aquel, y justamente los tribunales, específicamente los tribunales constitucionales, están para garantizar que esa subordinación se cumpla». Muy ligado a la situación concreta, el problema se traslada ahora a evitar “el despotismo de la mayoría” aunque éste consista en la afirmación de un bloque parlamentario que impulsa normas con rango de ley que se apartan de una idea previa de un orden que se quiere conservar a toda costa.

De manera más articulada e inteligente, situándose por tanto dentro de la aceptación plena de la fuerza normativa de las reformas legislativas emprendidas, se puede apreciar una recomposición doctrinal e ideológica que, aunque se muestra con algo de retraso, se manifiesta de manera clara y contundente en la línea de una reescritura en clave restrictiva de la reforma laboral y la legislación de excepción. Se han producido así ya decisiones judiciales muy relevantes no tanto por los efectos concretos de las mismas, sino por el significado destituyente

⁹ Se trata del jurista y ex magistrado del Tribunal Constitucional Manuel Aragón, muy activo en los medios de comunicación y en la articulación de ese discurso beligerante. El texto entrecomillado, en “El Tribunal Constitucional ha actuado correctamente”, republicado en *Diario del Derecho*, 23-12-2022, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1228907 (última consulta, 25.03.2023)

del alcance de las normas analizadas. Así, es emblemática la declaración de que los despidos ETOP o por fuerza mayor durante el Covid-19 que la norma pretendía vetar, no son nulos sino improcedentes, una decisión que adopta la STS 841/2022, de 19 de octubre (ponente A.V. Sempere Navarro), por unanimidad de la sala, sin votos particulares (GOERLICH, 2022), y que se proyecta sobre el precepto idéntico que el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania prevé para evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante esta nueva crisis y que se condensaba en la declaración de que no constituía causa o motivo legal de despido las circunstancias impositivas u obstaculizadoras de la actividad de la empresa derivadas del aumento de costes energéticos en el marco de las consecuencias económicas de la guerra de Ucrania, que necesariamente deben reconducirse a las medidas extraordinarias previstas de ajuste temporal de empleo reguladas en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores reformado por el RDL 32 /2021 para evitar estos despidos¹⁰. A partir de esta decisión, por tanto, los despidos realizados por causas derivadas de la invasión de Ucrania no pueden considerarse basados en una causa inválida, como quería la ley, sino que se reconducen a la inexistencia de causa y se configuran como despidos improcedentes, indemnizados conforme a la regla general de 33 días por año de servicio¹¹.

El siguiente objetivo de estas interpretaciones judiciales de la reforma va a centrarse, con toda seguridad, sobre el reformado art. 42.6 ET en la determinación del convenio colectivo de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas. La externalización productiva y el convenio aplicable al personal que lleva a cabo esa actividad es el objetivo de esta operación de redireccionamiento de la norma. Abunda en este mismo derrotero la reorganización que se

¹⁰ Situación prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2022 por el RDL 11/2022, de 25 de junio,

¹¹ Un tema este, el de la regulación del despido, que conoce nuevas solicitudes por parte de la acción alternativa de los juristas, en esta ocasión a través del recurso al Comité Europeo de Derechos Sociales por entender que el baremo fijo de la indemnización por despido improcedente basado exclusivamente en la antigüedad del trabajador, no cumple con las exigencias del art. 24 CSE, en la línea de lo que el Comité ha decidido para los casos italiano, finés y francés. A su vez este tema ha impulsado un debate sobre la posibilidad de imponer indemnizaciones adicionales en algunos casos de despido improcedente. El texto de la reclamación colectiva interpuesto por CCOO por violación del art. 24 CSE, se puede consultar en <https://www.ccoo.es/098bbcdc2d289f84e478b581a04e38e7000001.pdf> (última consulta, 25.03.2023). Sobre el segundo aspecto, C. Molina Navarrete, “La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial “olvidado” del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 93 (2021), pp. 199 ss.

está efectuando de publicaciones especializadas, fundamentalmente digitales y en acceso abierto, que se inscriben en esa recomposición ideológica¹².

La atención a la indecisión interpretativa que permite extender o por el contrario restringir los derechos declarados en las normas reformadas, proporciona un buen motivo para afirmar la relevancia de la captura del espacio cultural – ideológico dentro del cual se despliega la reforma laboral, y lo ineludible de acompañar este impulso legiferante por los mecanismos de formación extralegislativa del Derecho del Trabajo. La representación de la realidad es el dominio de los juristas y su plasmación concreta orienta y decide en una gran medida la realidad misma. Actuar sobre este marco de sentido es por tanto hoy especialmente urgente.

REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Lo Stato di eccezione**, Turin: Bolatti Boringheri, 2003

AGUSTÍ, Jordi Julia et al. Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012. **Revista de derecho social**, n. 61, p. 11-17, 2013.

APARICIO, Joaquín Tovar; BAYLOS GRAU, Antonio; CABEZA, Jaime. Estado social, derecho al trabajo y política de empleo. **Revista de derecho social**, n. 100, p. 15-36, 2022.

APARICIO, Marco Wilhelmi. Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional. **Revista de Derecho Social**, Espanha, nº 76, pp. 13 ss, 2016. Disponible em: <https://editorialbomarzo.es/comprar/articulo/crisis-financiera-y-recortes-de-derechos-la-austeridad-como-dispositivo-de-desposesion-constitucional/>

ARAGÓN, Manuel. El Tribunal Constitucional ha actuado correctamente. **Diario del Derecho**, 2022. Disponible em: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228907. Acceso em: 25/03/2023.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. **Reforma laboral de 2021: más allá de la**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2022

BAYLOS GRAU, Antonio. Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social. **Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social**, Madrid, Ministerio de

¹² La última de éstas es muy significativa. Se llama *Trabajo y Empresa*, la publica la editorial Tirant Lo Blanch, de gran reputación en el ámbito jurídico, la dirige quien fuera presidente del Tribunal Constitucional, Pérez de los Cobos. El primer número, de manera monográfica, se dedica a la regulación de las contratas y subcontratas. El tema de las condiciones de trabajo aplicables a las personas empleadas en las contratas comienza con una declaración muy reveladora: “La reforma laboral: mucho ruido y pocas nueces”.

Trabajo, 2021, no 149, p. 15-36. Disponível em <https://presidencia.gva.es/documents/166658342/175054133/Ejemplar+149.pdf/8a5a0997-401c-fdc9-4ced-a4894330e81c?t=1649758965539>.

BAYLOS GRAU, Antonio. **Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012**. Albacete: Bomarzo, 2012.

BAYLOS GRAU, Antonio. **Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social**, Espanha, 152, p. 1-248, 2022.

CASAS, María Emilia Baamonde. Estado democrático y concertación social. **Revista de derecho social**, n. 100, p. 37-88, 2022.

CONSELHO EUROPEU. Reunião extraordinária do Conselho Europeu (17, 18, 19, 20 e 21 de julho de 2020) – Conclusões. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/45120/210720-euco-final-conclusions-pt.pdf>. Acesso em: 02/07/2023.

FERNÁNDEZ, María Fernanda López; VEGA, Julio Juan López. La ultraactividad del convenio colectivo: La pérdida de vigencia del convenio colectivo y el régimen de las condiciones de trabajo. **Derecho de las relaciones laborales**, n. 1, p. 49-57, 2015.

FLORES, Laura Anarte. El ataque constitucional al Estado Social, Un análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la constitución española, in, **Revista Internacional de Pensamiento Político**, vol. 9, I Época, Huelva: Universidad de Huelva, 2014, pp. 321-346. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10272/10729>

GOERLICH, José María Peset. Despidos sin causa durante la vigencia de la normativa de emergencia sanitaria: La STS 841/2022, de 19 de octubre. In: **Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022**. Cinca, 2022. p. 329-331.

LILLO, Enrique Pérez. Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad del despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga. **Revista de derecho social**, n. 71, p. 177-188, 2015.

NAVARRETE, Cristóbal Molina. La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial “olvidado” del derecho al trabajo. **Revista de derecho social**, n. 93, p. 199-218, 2021.

PÉREZ, Joaquín Rey. Principio de correspondencia y negociación del convenio de empresa por el sindicato: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 730/2017, de 27 de septiembre. **Revista de Trabajo y Seguridad Social**. CEF, 43, p. 145-152, 2018.

Sobre o autor:

Antonio Pedro Baylos Grau | *E-mail:* Antonio.Baylos@uclm.es

Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid, Professor Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social na Universidade Castilla-La Mancha (UCLM), Espanha e Professor Visitante na Universidade de Bologna (Itália), Diretor do Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS/UCLM).

Artigo Convidado