

# TRABAJO DECENTE Y REFORMAS LABORALES

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

*Universidad de Alcalá*

Fecha de recepción: 20/05/2017

Fecha de aceptación: 20/05/2017

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. 1.1. El diálogo social como método eficaz. 1.2. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal. 2. EL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, EJE DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 2.1. El empleo como imperativo. 2.2. La protección social como amortiguador social y estabilizador económico. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El objetivo de la contribución es estudiar si las reformas laborales que han llevado a cabo países como España para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica se adecúan al concepto ético-jurídico de trabajo decente que propugna la OIT, y que constituye un marco integrador de los objetivos estratégicos de esa organización: la promoción del empleo, la protección de los derechos en el trabajo, la extensión de la protección social y el fomento del diálogo social, así como el respeto de la igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres. El artículo concluye que esas reformas suscitan problemas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo, ya sea por la vulneración de alguno de los preceptos de los Convenios de la OIT, o por apartarse de las recomendaciones y buenas prácticas que sugiere esa organización para conseguir una globalización equitativa y buscar el mejor modo de superar la crisis económica sin vulnerar los derechos de los trabajadores.

**ABSTRACT:** The aim of the paper is to examine whether the labour reforms that have been carried out by countries such as Spain to tackle globalization and to fight against the financial and economic crisis are in line with the ethical-legal concept of decent work, promoted by the ILO and an integrated framework for the strategic objectives of the organization: promoting employment, protecting rights at work, extending social protection and promoting social dialogue, as well as respect for equal opportunities and equal treatment for all women and men. The paper concludes that these reforms raise problems of compliance with the instruments of international labour law, either because of the violation of the ILO Conventions, or because of the deviation from the recommendations and good practices suggested by this organization for achieving a fair globalization and seeking the best way to overcome the economic crisis without violating workers' rights.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho internacional del trabajo. Trabajo decente. Derechos del trabajador. Poderes del empresario. Negociación colectiva.

**KEY WORDS:** International labour law. Decent work. Worker's rights. Employer's powers. Collective agreements.

## INTRODUCCIÓN

**D**urante años, los juristas europeos han recurrido poco a los instrumentos de la OIT en el derecho interno, al creer que ordenamientos jurídicos avanzados, como el español, superan con creces los estándares mínimos de una organización internacional cuyo cometido consiste en elaborar normas aceptables para países con distintas tradiciones y grados de desarrollo. Ahora bien, en algunos aspectos, las últimas reformas laborales para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica, impuestas o sugeridas por ciertas organizaciones internacionales, y llevadas a cabo al margen del diálogo social, suscitan serias dudas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo y, en particular, al concepto de trabajo decente que promueve la OIT.

El trabajo decente, respuesta de la OIT a la globalización y a la crisis, es un concepto ético-jurídico y un marco integrador de los pilares del mandato constitucional de la OIT: la promoción del empleo, la protección de los derechos en el trabajo, la extensión de la protección social y el fomento del diálogo social, así como el respeto de la igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres<sup>1</sup>. El trabajo decente expresa, de forma concisa, el objetivo de la OIT de luchar por la justicia social en un mundo globalizado. La OIT aspira a dar un rostro humano a la globalización. La misión fundamental de la OIT es dar una dimensión social a la economía mundial. El marco del trabajo decente aúna continuidad e innovación, e invita a un análisis de las complementariedades y posibles contradicciones entre sus componentes<sup>2</sup>. El ideal del trabajo decente, de carácter consensual, dinámico, dialéctico y universal, se funda en una integración de derechos y políticas. En el paradigma del trabajo decente, los derechos en el trabajo y el diálogo social se integran en un marco que incluye otras dimensiones de la política social y económica: las políticas

.....

1 Para mayores detalles y referencias bibliográficas, cfr. GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, en el número monográfico *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera, Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 15-18, agosto-septiembre de 2012, pp. 77-120; “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11/2014, parte Doctrina, en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es), BIB 2014\118, 32 pp., y, asimismo, “Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell’OIL”, en CORTI, M. (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, Vita e Pensiero, Ricerche Diritto, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2016, pp. 21-57.

2 GHAI, D., *Decent work: Universality and Diversity*, International Institute for Labour Studies, Discussion paper, Geneva, 2005, p. 2.

de promoción del empleo y de extensión de la protección social<sup>3</sup>. La igualdad en el trabajo se considera un objetivo transversal. El enfoque basado en los derechos parte de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Las políticas tienen como objetivo que las personas puedan ejercer los derechos. Para proteger los derechos de los trabajadores, la OIT concibe los principios y derechos fundamentales en el trabajo como un umbral de protección y el diálogo social como un método eficaz. La noción de trabajo decente pretende englobar en un marco común las perspectivas jurídica y económica, la cantidad y calidad del empleo, la seguridad en el trabajo y unos ingresos dignos. Hay un umbral, pero no un techo de trabajo decente. Por eso, la noción puede aplicarse no solo en los países en desarrollo, sino también en las sociedades avanzadas, en las que aún queda un gran trecho para lograr una justicia social plena. Es una propuesta original sobre el trabajo y el futuro del derecho del trabajo y la protección social en el mundo, distinta al modelo de la flexibilidad que auspicia la Unión Europea. El concepto de trabajo decente traspasa los límites tradicionales del derecho del trabajo e incluso de la seguridad social. El derecho al trabajo decente va más allá de la legislación laboral vigente. Engloba no solo los derechos de los trabajadores dependientes, sino también los de los trabajadores en la economía informal. Abarca incluso la protección social en sentido amplio.

Hoy más que nunca, la agravación vertiginosa de las desigualdades y el progreso de las nuevas tecnologías hacen necesario el “régimen de trabajo realmente humano” al que alude el preámbulo de la Constitución de la OIT, interpretado a la luz de la Declaración de Filadelfia, y que se diferencia de otras propuestas en boga sobre el trabajo y el futuro del derecho del trabajo, como la flexiseguridad que propugna la Unión Europea<sup>4</sup>. La justicia social implica un “régimen de trabajo realmente humano”, expresión que puede interpretarse en un sentido fuerte o débil<sup>5</sup>. Según la primera interpretación, debe ser realmente humano el trabajo en sí mismo. De acuerdo con la segunda, menos exigente, y que ha prevalecido desde la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días, debe ser humano el sistema de trabajo, y no necesariamente el trabajo en cuanto tal. Tal parece ser la idea que tenían en mente los redactores del Tratado de Versalles. Así lo demuestra la versión inglesa del instrumento, que alude a “*humane conditions of labour*”. La exigencia de humanidad no se refiere al propio trabajo, sino a las condiciones en que se ejecuta la prestación laboral. En este sentido, el párrafo 2 del preámbulo de la Constitución de la OIT ofrece una lista de las condiciones de trabajo que conviene regular y mejorar. Ninguno de los ejemplos que

3 RODGERS, G., “El trabajo decente como una meta para la economía global”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*. Boletín Cinterfor/OIT, nº 153, 2002, p. 17.

4 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, Paris, 2015, pp. 325 ss, y “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, traducción al castellano, a cargo de GIL, J. L., del prólogo a SUPIOT, A. (dir.), *Au-delà de l'emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Paris, 2016, *Derecho de las relaciones laborales*, mensual, n. 5, mayo 2016, p. 507.

5 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres, cit.*, pp. 329 ss.

recoge se refiere al trabajo como tal, sino a su coste, duración o carácter inocuo, así como a la libertad sindical o a la formación profesional. Dicho de otro modo, esas condiciones se refieren a los términos del intercambio salarial, y no a la dimensión cualitativa del trabajo<sup>6</sup>. El resultado del consenso en que se basa el *welfare capitalism* ha sido una reducción del perímetro de la justicia social a los tres ámbitos que menciona el preámbulo de la Constitución de la OIT: los términos cuantitativos del intercambio salarial (salario, tiempo de trabajo, prestaciones sociales), la seguridad física en el trabajo y, por último, las libertades colectivas (libertad sindical y negociación colectiva)<sup>7</sup>. Por el contrario, la cuestión de la dirección del trabajo se ha situado del lado de la técnica, por considerar que deriva de un criterio de eficacia y no de justicia, que escapa, en consecuencia, a la democracia política y social<sup>8</sup>. Los conceptos fundamentales del derecho del trabajo moderno derivan de esa restricción del ámbito de la justicia social, y han servido para conciliar la cosificación del trabajo, transformado en fuerza de trabajo, y la inserción de un estatuto profesional en el contrato de trabajo, para proteger a la persona del trabajador de los efectos físicos y económicos de esa reificación<sup>9</sup>. Desde hace treinta años, la deconstrucción del derecho del trabajo, que obedece a razones tecnológicas y políticas, ha erosionado la protección que ofrece esa rama del ordenamiento jurídico<sup>10</sup>. Tal deconstrucción es particularmente visible en el derecho de la Unión Europea<sup>11</sup>. El problema que plantea la crisis del Estado social no es, pues, conservar o destruir la herencia fordista, sino instaurar un nuevo compromiso entre la libertad de empresa y la protección de los trabajadores<sup>12</sup>. Desde finales del siglo veinte, tal cuestión ha dado lugar a muchas reflexiones, que, a grandes rasgos, dibujan dos orientaciones posibles: por un lado, la flexiseguridad y, por otro, la de un estado profesional de las personas, que propugna situar el trabajo, y no el mercado, en el centro de la política, analizando de nuevo la cuestión del “régimen de trabajo realmente humano”<sup>13</sup>. Basta con comparar las palabras que utilizan las dos propuestas para comprender la diferencia

.....

6 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 333.

7 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 335.

8 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, *ibidem*.

9 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 335 ss.

10 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 337 ss.

11 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 340 ss, y “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, cit., p. 501 ss.

12 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 344.

13 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 344 ss. Según SUPIOT, la primera propuesta puede apoyarse en el artículo 145 TFUE (antiguo artículo 125 TCE), a cuyo tenor “los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea”. La segunda orientación puede entroncarse con la Declaración de Filadelfia de 1944, que ordena a los Estados que promuevan el empleo de “trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimiento y de contribuir al máximo al bienestar común” [III, b)], así como con el art 15.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, según el cual “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada” (apartado primero) (p. 347).

que las separa. La flexiseguridad lleva a razonar en términos de flexibilidad, eficacia económica, mercado, capital humano y empleabilidad; el estado profesional de las personas, en términos de libertad, justicia social, derecho, trabajo y capacidad<sup>14</sup>.

Mediante la promoción del empleo y la protección a las personas, la OIT no solo ofrece una respuesta coyuntural ante la crisis, sino un horizonte de recuperación y desarrollo sostenible. Uno de los pilares de la filosofía del trabajo decente es que el desarrollo no es sostenible si se ignoran los derechos de los trabajadores<sup>15</sup>. El progreso económico duradero exige un mínimo de justicia social. A fin de conjugar el desarrollo económico, los derechos en el trabajo y la protección social, la OIT propugna el logro de una justicia social para una globalización más equitativa. La OIT sostiene que no debe prevalecer el interés económico, y que no hay que cultivar una ventaja inmediata, sino pensar en las generaciones venideras y en un sistema sostenible a largo plazo. Las normas internacionales del trabajo son un patrimonio para el futuro. No basta con crear empleo, sino que debe ser de calidad. Tampoco debe descuidarse el diálogo social. Hay que proteger a los grupos más vulnerables, como las mujeres y los trabajadores migrantes. La OIT considera que es posible la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo, pero solo si las políticas económicas se alinean adecuadamente con las políticas de empleo, y se evitan medidas contraproducentes, como los recortes salariales y las políticas de austeridad mal diseñadas. Las recomendaciones de la OIT frente a la crisis apuntan tanto a las políticas macroeconómicas con impacto en el empleo, como a las políticas más específicas al mandato de la OIT en el ámbito del mercado laboral, y que tienen que ver con las políticas de empleo, protección social, fomento del diálogo social y apoyo al cumplimiento de las normas laborales, con el objetivo del trabajo decente. La OIT pone el acento en la dimensión social de la crisis, la coherencia entre la política económica y social y la importancia de respetar los estándares laborales y el diálogo social y de considerar el empleo y la protección social como ejes de las políticas públicas.

La importancia de la perspectiva de la OIT estriba en la búsqueda de un equilibrio entre el cumplimiento de los compromisos internacionales y las necesidades de la situación interna. Ofrece un punto de vista diferente al de otras instituciones internacionales, como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) o la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se hallan dominadas por el pensamiento neoliberal, y exaltan las virtudes del comercio y la globalización y propugnan una reforma permanente del mercado de trabajo para hacerlo más flexible y adaptable a las exigencias de la economía. En particular, las instituciones de Bretton Woods auspician políticas nacionales de ajuste estructural y desregulación general del mercado, incluido el de trabajo. Consideran

.....

14 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 346.

15 Cfr., al respecto, GIL, J. L., "Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible", cit.



que un mercado de trabajo muy regulado aumenta los costes laborales y, por tanto, afecta negativamente a la competitividad internacional y desincentiva a los inversores. Ahora bien, la desregulación para aumentar la competitividad deja de ser útil si la aplican todos los países, y produce una *race to the bottom* o un *dumping* social generalizado. De ahí la importancia de respetar unos derechos laborales básicos e intangibles. Por eso, el estudio de las propuestas de la OIT ofrece un punto de vista válido para el desarrollo de políticas internacionales y nacionales pertinentes, y para el análisis del modo más idóneo para lograr que la eficacia económica no socave los derechos de los trabajadores<sup>16</sup>.

En España, con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se produjo un giro radical en la política del gobierno socialista de Rodríguez Zapatero, y se asumió la política económica y social de austeridad que propugnaba la Unión Europea. El gobierno socialista impulsó una primera reforma laboral en 2010<sup>17</sup>, a la que siguieron, en 2011, una reforma impuesta de la negociación colectiva<sup>18</sup> y una reforma negociada de las pensiones<sup>19</sup>. Antes de las elecciones anticipadas de noviembre de 2010, los dos principales partidos políticos acordaron reformar la Constitución a toda prisa, con el objetivo de incluir una regla fiscal y poner un límite a la deuda pública<sup>20</sup>. Los presupuestos generales del Estado han sido cada vez más austeros, y ha habido recortes en educación, sanidad, pensiones y desempleo. Se ha bajado primero y congelado luego el salario de los funcionarios y del personal laboral al servicio del sector público, estatal, autonómico o local<sup>21</sup>. El gobierno conservador del Partido Popular, vencedor en las elecciones por mayoría absoluta, aprobó una segunda reforma laboral en 2012<sup>22</sup>, la más profunda desde 1994, y ha modificado luego algunos aspectos de la

.....

16 Es significativo que el manifiesto que firmó un grupo muy numeroso de catedráticos en contra de la reforma laboral de 2012 llevase por título *Por un trabajo decente y unas libertades colectivas plenas*. Cfr. el texto y la lista de firmantes en *El País*, 23 de marzo de 2017, y BAYLOS, A., “Detrás del manifiesto de los 55: algunas reflexiones”, en <http://baylos.blogspot.com.es/2012/04/detras-del-manifiesto-de-los-55-algunas.html> para una aclaración sobre la génesis de la iniciativa y una interpretación de por qué no la suscribieron otros catedráticos.

17 Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, convertido luego en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

18 Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 11 de junio).

19 La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011), se inscribe en el marco del diálogo permanente que instituye el Pacto de Toledo, y desarrolla el Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011, firmado por el gobierno, los sindicatos UGT y CC.OO. y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME.

20 Cfr. el artículo 135 de la Constitución Española, redactado por el artículo único de la Reforma de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (BOE de 27 de septiembre de 2011).

21 El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, modificó distintos preceptos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2010, con el objetivo de reducir, en términos anuales, un cinco por ciento la masa salarial de los funcionarios y del personal laboral al servicio del sector público, estatal, autonómico o local. Las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado han congelado el salario de los funcionarios públicos y del personal laboral al servicio del sector público, estatal, autonómico o local. Acerca de la situación actual, cfr., en la prensa, MOLINA, C., “Los ajustes devuelven los salarios de los funcionarios del Estado a 2012”, *Cinco Días*, 7 de marzo de 2017.

22 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), que se transformó luego en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio).

misma en 2013, para promover la seguridad jurídica y limitar aún más el control judicial<sup>23</sup>. Asimismo, el legislador cambió otra vez la regulación de las pensiones, para implantar un factor de sostenibilidad y un índice de revalorización del sistema<sup>24</sup>.

Resulta interesante y aun obligado analizar las últimas reformas laborales, en países como España, a la luz del paradigma del trabajo decente que promueve la OIT. Dos ideas fundamentales resumen la respuesta de la OIT a la globalización y la crisis económica, y sirven de parámetro para examinar la coherencia de las últimas reformas con los estándares que establece esa organización: proteger los derechos de los trabajadores (1) y situar el empleo y la protección social en el eje de las políticas (2).

## 1. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

**E**n el concepto de trabajo decente, los derechos en el trabajo y el diálogo social se integran en un marco que incluye las políticas de promoción del empleo y de extensión de la protección social. Para proteger los derechos de los trabajadores, la OIT concibe el diálogo social como un método eficaz (1.1) y los principios y derechos fundamentales en el trabajo como un orden público social universal o un umbral de protección (1.2).

### 1.1. El diálogo social como método eficaz

Ante todo, resulta criticable que las últimas reformas laborales, en especial del derecho a la negociación colectiva, se hayan llevado a cabo al margen del diálogo social.

La OIT promueve el diálogo social y el tripartismo. El diálogo social se concibe como un método eficaz y el mejor modo de articular la relación entre los individuos y sus representantes con la comunidad, a fin de promover los derechos a través de políticas adecuadas. Aunque hay diferentes definiciones del concepto de diálogo social, conviene atenerse a la que ofrece la OIT, que entiende que el diálogo social incluye todos los tipos de negociación, consulta o simple intercambio de información entre representantes de los gobiernos, los empresarios y los trabajadores sobre cuestiones de interés común relativas a

.....

23 Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de medidas urgentes para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social (BOE de 3 de agosto), y Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21 de diciembre).

24 Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social (BOE de 26 de diciembre).



la política económica y social<sup>25</sup>. El diálogo social también puede presentarse bajo la forma de un proceso tripartito, en el que el gobierno participa oficialmente en el diálogo, o de relaciones bipartitas entre los sindicatos y las organizaciones empresariales. De acuerdo con la definición de la OIT, el diálogo social se considera como una estructura y un proceso que puede ayudar a resolver cuestiones económicas y sociales importantes, promover el buen gobierno, favorecer la paz y la estabilidad social, y estimular la economía<sup>26</sup>.

En el marco de la OIT, el diálogo social se conceptúa desde dos perspectivas principales: como una finalidad en sí misma y como un medio para alcanzar los objetivos estratégicos de la organización<sup>27</sup>. Desde 1999, constituye uno de los elementos del concepto de trabajo decente<sup>28</sup>. Especialmente en los períodos históricos difíciles, es importante insistir en el respeto y la utilización de los mecanismos de diálogo social, como la negociación colectiva, cuando proceda en todos los niveles. El diálogo social constituye una base sólida para conseguir la adhesión de los empresarios y trabajadores a una acción conjunta con los gobiernos, indispensable para superar la crisis y sacar adelante una recuperación sostenible. El diálogo social como mecanismo para llegar a un acuerdo inspira confianza,

.....

25 Cfr. “Diálogo social”, en la página <http://www.ilo.org>; OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia internacional del trabajo, 102ª sesión, 2013, Informe VI, ILC.102/VI, OIT, Ginebra, 2013, p. 5, párrafos 15 y 16; OIT, *Le dialogue social tripartite au niveau national. Guide de l’OIT pour une meilleure gouvernance*, OIT, Genève, 2013, p. 12, y, asimismo, HESSEL, R. *Analyse comparative du dialogue social dans les administrations centrales des États membres de l’UE*, Étude de la présidence de l’UE, Direction Générale de l’Administration et de la Fonction Publique, Institut Européen d’Administration Publique, Ministère du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique, Collection Études et Perspectives, décembre 2008, p. 8.

26 En reiteradas ocasiones, la OIT ha reafirmado el diálogo social como un elemento esencial del modelo de gobernanza: cfr. OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, cit., p. 6, párrafo 19, que menciona OIT: *Resoluciones (y conclusiones) relativas a las consultas tripartitas a nivel nacional sobre políticas económicas y sociales*, Consejo de Administración, 267.ª reunión, Ginebra, noviembre de 1996, documento GB.267/ESP/3/1; OIT: *Curso que ha de darse a la resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 90.ª reunión (2002)*, Consejo de Administración, 285.ª reunión, Ginebra, noviembre de 2002, documento GB.285/7/1; Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización equitativa: crear oportunidades para todos*, OIT, Ginebra, 2004, pp. 59 y 60, párrafo 240. En particular, en 2008, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa recuerda que el tripartismo y el diálogo social entre los gobiernos y las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios son esenciales para mantener la cohesión social y traducir el desarrollo económico en progreso social: OIT, *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, OIT, Ginebra, 10 de junio de 2008, prefacio. En 2009, ante el impacto social durable de la crisis, los mandantes de la OIT adoptaron el Pacto mundial por el empleo, que subraya que el diálogo social “es una base sólida para suscitar la adhesión de los empleadores y de los trabajadores a una acción conjunta con los gobiernos, la cual es indispensable para superar la crisis y llevar adelante una recuperación sostenible”: OIT, *Para recuperarse de la crisis. Un Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión 19 de junio de 2009, OIT, Ginebra, 2009, párrafo 16. El pacto insiste en el hecho de que la búsqueda de políticas y soluciones concertadas en un marco tripartito puede contribuir a impedir la nivelación por lo bajo de la protección social.

27 OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, cit., p. 5, párrafo 15, y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme”, en MARTIN, P. (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, Droit Européen, Bordeaux, 2007, pp. 97-130.

28 OIT, *Trabajo decente*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, junio de 1999, Informe I, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, 98 pp., y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, cit., pp. 77 ss.

y ofrece garantías para el cumplimiento de los compromisos alcanzados. La propia OIT es un foro apropiado para el diálogo social, debido a sus características estructurales y a los mecanismos de adopción de las normas. Como un modelo en sí, apoya la creación de espacios de diálogo social a nivel nacional. A su vez, el diálogo social institucionalizado a nivel nacional puede servir de método de formación de decisiones sociolaborales que fomenta el diálogo en la rama o sector de actividad y en la empresa. Por eso, el diálogo social es uno de los principios esenciales para promover la recuperación y el desarrollo, como destacan los apartados 9.8, 15, 16 y 17 del Pacto Mundial para el Empleo.

En España, hay una larga tradición de diálogo social y concertación social, según procedimientos más o menos formalizados. España cumple las condiciones básicas para el diálogo social: los sindicatos son fuertes e independientes, a pesar de la baja tasa de afiliación; existe la voluntad política de llevar a cabo el diálogo social; se respetan, en general, los derechos fundamentales de la libertad sindical y la negociación colectiva, y hay un apoyo institucional al diálogo. Desde la transición democrática, que se inicia en 1975, después de la muerte del general Franco, se ha desarrollado una política de diálogo y de concertación social y de búsqueda de acuerdo con los sindicatos más representativos. Ha acompañado y se ha visto facilitada por el paso de un sindicalismo de tipo revolucionario a un sindicalismo de negociación. En las últimas décadas, ha habido periodos de diálogo y confrontación y se practican, con más o menos éxito, según los diferentes momentos, varios tipos de diálogo social. Hay formas de diálogo social bipartito y tripartito, que operan con un gran pragmatismo y ausencia de formalismo, y también un diálogo social institucionalizado en el seno de órganos como el Consejo Económico y Social<sup>29</sup>.

Pues bien, en algunos casos, las últimas modificaciones legales suscitan problemas en relación con los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva derivados de los Convenios de la OIT. Alegando una situación de extraordinaria y urgente necesidad, los gobiernos regulan instituciones básicas o suspenden o suprimen derechos laborales o sociales mediante decretos-leyes, y modifican el contenido de los convenios colectivos acordados entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Así ha sucedido en España. En el informe núm. 371, de 13-27 de marzo de 2014, el Comité de Libertad Sindical pone en entredicho el procedimiento con arreglo al cual se aprobó la reforma laboral de 2012, por entender que el gobierno español prescindió por completo de la consulta a las organizaciones más representativas de los trabajadores y empresarios. Recuerda la importancia de que la consulta con las organizaciones de trabajadores y de empresarios se produzca con una antelación suficiente y, en particular, en el caso de los

.....

29 No hay que exagerar la distinción entre el diálogo social bipartito y tripartito. Hay acuerdos tripartitos con una parte de carácter bipartito. Tal es el caso, por ejemplo, del acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011 para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones.

proyectos de ley o de Real Decreto-Ley, antes de la aprobación por el gobierno y de la tramitación parlamentaria<sup>30</sup>. Y espera que tales principios se respeten plenamente<sup>31</sup>. Indica que “los principios en materia de consulta son válidos también en períodos de crisis que requieren medidas urgentes”<sup>32</sup>, y expresa su expectativa de que, en adelante, se respeten plenamente esos principios “en relación con legislaciones que afecten a los intereses de las organizaciones sindicales y sus afiliados”, además de pedir al gobierno “que adopte medidas en ese sentido”<sup>33</sup>. Asimismo, con respecto a la Ley 2/2012, de 29 de junio, y el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, subraya la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de la negociación colectiva se compartan, en la mayor medida posible, por las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, e invita, por tanto, al gobierno español a que promueva el diálogo social para conseguir ese objetivo desde la perspectiva de los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva<sup>34</sup>. Más recientemente, la OIT ha señalado que espera que, en todo proceso de fijación del salario mínimo interprofesional, el gobierno español consulte exclusivamente a las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios interesadas, y garantice que las mismas tengan pleno conocimiento de todas las informaciones necesarias y cuenten con tiempo suficiente, a los fines de fijar su posición<sup>35</sup>. De igual modo, el Comité Europeo de Derechos Sociales, ha constatado el incumplimiento, por parte del gobierno de España, del derecho a la negociación colectiva que garantiza el artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961, al no haber establecido un procedimiento de consulta con las organizaciones sindicales antes de aprobar la reforma laboral<sup>36</sup>.

En suma, para la OIT, la crisis económica no es una causa justificativa para vulnerar los convenios internacionales suscritos por España sobre la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. En lugar de imponer las reformas, el gobierno debió promover un proceso de diálogo social efectivo. El gobierno español no ha dado cumplimiento a la recomendación de abrir un proceso de diálogo social sobre los contenidos que introdujo

.....

30 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 445.

31 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 446.

32 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 445.

33 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 446.

34 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 455.

35 Cfr. OIT, “Cuarto informe complementario: Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT)”, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 329.ª reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de 2017, Vigésimo punto del orden del día, Informe del Director General, GB.329/INS/20/4, 15 de marzo de 2017, párrafo 46, p. 13.

36 CEDS, Conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea. El Comité concluye que la situación en España no está en conformidad con el artículo 6§2 de la Carta de 1961, entre otros motivos, por haberse aprobado el Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012, que afectaban de forma muy directa a la negociación colectiva, sin la consulta de los sindicatos y las organizaciones patronales. Declara que “el Comité considera en este contexto que las medidas adoptadas en España son desproporcionadas en relación con los objetivos perseguidos y, por tanto, no cumplen con las condiciones establecidas por el artículo 31 de la Carta de 1961”.

la reforma laboral de 2012, ni ha modificado las reglas que introducen, en la actualidad, límites al derecho a la negociación colectiva incompatibles, en algunos casos, con los compromisos internacionales que ha asumido España en la materia. Así, no hay más remedio que admitir que España ha pasado de ser el paladín del diálogo y la concertación social y la garantía del valor jurídico de los convenios colectivos a compartir una posición incómoda, junto a los Estados que no respetan uno de los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales en el plano universal<sup>37</sup>.

Al respecto, conviene señalar que el éxito o el fracaso del diálogo social no se halla ligado necesariamente a la ideología del partido en el poder. En la primera fase de los gobiernos socialistas, que comenzó en 1982 y terminó en 1996, hubo un periodo de diálogo social hasta 1986 y otro, más conflictivo, hasta 1994<sup>38</sup>. En la época de los gobiernos de Aznar (1996-2004), con el Partido Popular, los cuatro primeros años de gobierno fueron fecundos en el terreno del diálogo social. Por el contrario, los cuatro últimos estuvieron marcados por una degradación de la paz social<sup>39</sup>. En el gobierno socialista de Zapatero (2004-2011), el diálogo social comenzó a debilitarse con la crisis financiera y económica<sup>40</sup>. Ya en el periodo de los gobiernos de Rajoy, la reforma del mercado de trabajo impuesta por el Partido Popular, tras la ruptura del diálogo social<sup>41</sup>, dio lugar a dos huelgas generales<sup>42</sup>. En este sentido, es difícil establecer una relación entre la crisis económica y el diálogo social. Frente a la importancia del diálogo social en el periodo de la transición democrática, conviene advertir la ausencia del mismo durante la reciente crisis financiera y económica<sup>43</sup>. Cabe imaginar que, sea cual sea la ideología del partido en el poder,

.....

37 Cfr., en este sentido, SANGUINETI, W., “España y los convenios de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva: de paladín a villano”, 29 de marzo de 2014, en el blog <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2014/03/29/espana-y-los-convenios-de-la-oit/>.

38 Entre 1986 y 1994, los sindicatos más representativos CC.OO. y UGT convocaron tres huelgas generales: el 14 de diciembre de 1988, contra la reforma del mercado de trabajo; el 28 de mayo de 1992, contra la reforma de las prestaciones por desempleo, y el 27 de enero de 1994, contra la reforma laboral.

39 Cfr. AUVERGNON, P. y GIL, J. L., “Le droit social espagnol au temps des gouvernements Aznar”, *Droit Social*, noviembre 2004, pp. 1011-1020. El 20 de junio de 2002, CC.OO. y UGT convocaron una huelga general contra la reforma de las prestaciones por desempleo que había llevado a cabo el gobierno conservador de José María Aznar. El 10 de abril de 2003, UGT, federaciones de CCOO, CGT y CNT provocaron una huelga general en contra de la participación de España en la guerra de Irak y sus consecuencias socioeconómicas.

40 Entre 2010 y 2012, los sindicatos más representativos CCOO y UGT convocaron tres huelgas generales para protestar contra las reformas del mercado de trabajo: el 29 de septiembre de 2010, el 29 de marzo de 2012 y el 14 de noviembre de 2012. Además, los sindicatos ELA, LAB, CIG, CGT y CNT convocaron una huelga general el 27 de enero de 2011 contra la reforma de las pensiones.

41 La previsión de un plazo para las negociaciones de los interlocutores es un arma de doble filo. Puede desalentar el diálogo social cuando una de las partes cuenta con la complicidad del gobierno.

42 Las huelgas tuvieron lugar el 29 de marzo de 2012 para protestar contra la reforma de 19 de febrero, y el 14 de noviembre de 2012, para cuestionar las políticas sociales del gobierno.

43 Sin embargo, la OIT señala que el diálogo social es un proceso constructivo que permite maximizar el impacto de las respuestas a la crisis en relación a las necesidades de la economía real, y que el establecimiento de una cultura de diálogo social es particularmente útil en tiempos de crisis: cfr. OIT, *Para recuperarse de la crisis. Un Pacto Mundial para el Empleo*, cit., II. Principios para promover la recuperación y el desarrollo, párrafo 9, 8, y Diálogo social: negociar colectivamente, identificar las prioridades, estimular la acción, párrafo 15. Cfr. OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, cit., p. 50, párrafos 165 y ss, sobre el diálogo social como una oportunidad bien o mal aprovechada para hacer frente a la crisis financiera y económica.

sobrepasado cierto límite en la reducción de la protección de que gozan los trabajadores, resulta difícil o imposible para los sindicatos asumir el contenido de ciertas reformas laborales. Así, por ejemplo, los sindicatos CC.OO. y UGT se opusieron con dureza a la reforma socialista de 1994, la más profunda que se ha producido en España, junto a la de 2012, y que reforzó también los poderes del empresario y otorgó un mayor peso a la negociación colectiva.

## 1.2. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal

Ante todo, la OIT busca la promoción y cumplimiento de las normas laborales. La organización tiene como objetivo el fomento de los derechos laborales, para lo cual propugna la promoción y cumplimiento de las normas y la realización de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En 1998, la OIT adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en cuya virtud todos los Estados miembros tienen el compromiso, derivado de la mera pertenencia a la OIT, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios y derechos fundamentales en el trabajo (arts. 1 y 2)<sup>44</sup>. Tales principios y derechos fundamentales, que desarrollan los ocho Convenios esenciales de la OIT, son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y, por último, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 2). Pese a que ha recibido algunas críticas, la Declaración no trata de establecer una jerarquía formal entre los instrumentos, sino de marcar ciertas pautas de aproximación a los estándares mínimos y de fijar prioridades en la ratificación de los Convenios de la OIT. La Declaración rompe con el *self service* normativo, y configura un orden público social universal<sup>45</sup>. Con la Declaración de 1998, la OIT crea una medida

44 OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, 15 de junio de 2010), 2ª edición con anexo revisado, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, 13 pp.

45 Cfr. SUPLOT, A., “La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail”, *Semaine Sociale Lamy*, Supplément, 4 septembre 2006, n° 1272, p. 8, y, ya antes, acerca del *self service* normativo, SUPLOT, A., “Du nouveau au *self service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises”, en AA.VV., *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, pp. 541-558, y, asimismo, RODGERS, G.; LEE, E.; SWEPTSTON, L.; y VAN DAELE, J., *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, Ginebra, 2009, p. 235, y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, *cit.*, pp. 6 ss; “Justicia social y acción normativa de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, n° 4, octubre-diciembre de 2015, pp. 26 ss.; “Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, n° 2, abril-junio de 2016, pp. 18 ss; “Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell’OIL”, *cit.*, pp. 43 ss, y “La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n° 1, enero-marzo de 2017, pp. 12 ss.



de promoción especial para fortalecer la aplicación de los cuatro principios y derechos asociados que se consideran fundamentales para alcanzar la justicia social. De ese modo, junto al enfoque tradicional, consistente en la adopción de normas internacionales del trabajo, la OIT ha seguido otro funcional, basado en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Asimismo, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, reafirma de nuevo la importancia particular de tales derechos, como condiciones que hacen posible la realización de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT. La Declaración reconoce los beneficios de la globalización, pero defiende que se realicen nuevos esfuerzos para la aplicación de políticas de trabajo decente. Por tanto, la salida de la crisis debe compaginarse con el cumplimiento de las normas laborales y, en particular, de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En definitiva, las normas internacionales del trabajo constituyen las reglas de juego para la economía global y para superar la crisis. En efecto, ya en la parte de principios y objetivos, el Pacto Mundial para el Empleo acuerda “promover las normas fundamentales del trabajo y otras normas laborales internacionales” (apartado 9.7). Luego, les dedica un capítulo especial, denominado “Fortalecer el respeto de las normas internacionales del trabajo”, en el cual se subraya el carácter tuitivo de la normativa laboral y su especial utilidad ante la crisis, “para evitar que se desate una espiral descendente en las condiciones laborales” (apartado 14).

Cabría pensar que, en los países más avanzados, las reformas laborales no han cuestionado los principios y derechos fundamentales básicos a que alude la Declaración de la OIT de 1998. Ahora bien, la intervención del legislador en el derecho a la negociación colectiva, al margen del diálogo social, para imponer una descentralización y facilitar la inaplicación o el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos, plantea problemas de adecuación a los instrumentos del derecho internacional del trabajo. Asimismo, en un contexto de conflictividad laboral, se han constatado vulneraciones o restricciones del derecho de huelga y de la libertad sindical.

El caso español es muy ilustrativo. En España, hasta hace poco, el sistema de negociación colectiva procedía fundamentalmente de la regulación contenida en el texto inicial del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado en 1980, en cumplimiento del artículo 35.2 de la Constitución Española (CE), y de las prácticas de negociación que habían desarrollado los trabajadores y empresarios y, en particular, los sindicatos y organizaciones empresariales<sup>46</sup>. El título III del ET, sobre la negociación colectiva y los convenios colec-

.....

46 Así lo reconoce la exposición de motivos del el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.



tivos, desarrolló los preceptos de la CE<sup>47</sup>, y tuvo su origen en el primer acuerdo interprofesional del periodo constitucional: el Acuerdo Básico Interconfederal, de 10 de julio de 1979. Con o sin el consenso de los interlocutores sociales, el título III del ET había sido objeto de reformas, pero no tan numerosas e intensas como las realizadas en el resto del articulado de la norma estatutaria. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, había llevado a cabo la reforma más importante, con el objetivo de potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e instrumento fundamental para la adaptabilidad, por su capacidad de acercamiento a las situaciones diversas y cambiantes de los sectores de actividad y de las empresas<sup>48</sup>. A tal fin, hizo que pasaran al terreno de la negociación colectiva espacios que, hasta entonces, se hallaban reservados a la regulación legal. Asimismo, introdujo la figura de los acuerdos de empresa, que podían servir para modificar o inaplicar las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo<sup>49</sup>.

En los últimos años, para hacer frente a la crisis económica, el legislador ha modificado en profundidad la estructura de la negociación colectiva, y ha potenciado los convenios colectivos de empresa y la posibilidad de inaplicación de los convenios colectivos, tanto de sector como de empresa. Las modificaciones empezaron en la etapa de gobierno socialista de Rodríguez Zapatero. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, favorece la flexibilidad interna negociada en la empresa, con reglas que pretenden facilitar la adaptabilidad de las condiciones laborales a las circunstancias de la producción<sup>50</sup>. La ley modifica los periodos de consultas que se desarrollan en el seno de las empresas, con el fin de favorecer y agilizar los procesos de



47 El artículo 7 considera a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales como una de las bases del sistema político, económico y social; el artículo 28 consagra la libertad sindical y el derecho de huelga, y el artículo 37.2 afirma que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Por ser una ley ordinaria, el ET no pudo regular los aspectos relativos a la libertad sindical y el derecho de huelga. Según el artículo 81.1 CE, el desarrollo de derechos fundamentales como la libertad sindical o la huelga debe llevarse a cabo por medio de una ley orgánica.

48 Cfr. la exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y, en la doctrina, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 23-37.

49 Los acuerdos de empresa son el resultado de un proceso peculiar de negociación en el ámbito de la empresa, y tienen asignadas algunas funciones específicas por indicación legal, normalmente con carácter subsidiario respecto del convenio colectivo. Cabe citar, en este sentido, el sistema de clasificación profesional (art. 22.1 ET), o la distribución irregular de la jornada de trabajo (art. 34.2 ET). Como regla general, los acuerdos de empresa también pueden introducir medidas de reorganización empresarial, como traslados, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensiones o despidos colectivos. Además, en determinados supuestos, de carácter excepcional, pueden utilizarse para modificar ciertas condiciones establecidas en el convenio colectivo, o para proceder a su inaplicación (arts. 41.6 y 82.3 ET).

50 Cfr. el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio), y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre) y, en la doctrina, GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 325 pp., y GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 432 pp.

movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) y descuelgue salarial (art. 82.3 ET). Más tarde, sin el acuerdo de los interlocutores sociales, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, impone una reforma integral del modelo legal de negociación colectiva, que afecta de forma relevante a los elementos centrales del sistema, tales como la estructura negocial, la legitimación para convenir, el contenido, la vigencia y ultraactividad, así como las comisiones paritarias del convenio colectivo<sup>51</sup>. De igual modo, el Real Decreto-ley reconoce la primacía parcial del convenio de empresa sobre el sectorial, refuerza los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos y acentúa los mecanismos negociados de flexibilidad interna de las empresas.

El gobierno conservador de Rajoy ha realizado una reforma aún más radical del derecho a la negociación colectiva, al margen del diálogo social, y poco después de que CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel nacional, firmasen el 25 de enero de 2012 el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014<sup>52</sup>. La nueva reforma refuerza la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en una serie de materias, y amplía las posibilidades de descuelgue del convenio colectivo, sea de sector o de empresa. Así, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, altera de forma sustancial la estructura de la negociación colectiva, y privilegia la empresa como unidad de negociación<sup>53</sup>. Agrupa medidas orientadas a favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, y a adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas por las que atraviesa la empresa. La reforma prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio en vigor. También incorpora modificaciones relativas a la ultraactividad de los convenios, y fortalece la acción de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, a la que se provee de facultades para la solución extrajudicial de conflictos. Procura así que la negociación colectiva sea un instrumento de adaptación, e incentiva la renegociación del convenio, incluso antes de que finalice su vigencia. Resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduce otras novedades<sup>54</sup>. Así, limita aún más la ultraac-



51 BOE de 11 de junio de 2011. Para un análisis del Real Decreto-ley, cfr. GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, 248 pp.

52 Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE de 6 de febrero de 2012).

53 BOE de 11 de febrero de 2012. GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *Reforma laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, 509 pp.

54 BOE de 7 de julio de 2012. Cfr. GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, 674 pp.

tividad del convenio colectivo. La ley incorpora otras modificaciones de menor entidad, como las relativas al plazo de que dispone la autoridad laboral para la tramitación oficial del convenio colectivo, a la causa económica que justifica el descuelgue *ex* artículo 82.3 ET y a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que contempla el precepto. Además, aclara que el convenio de empresa tiene preferencia sobre el convenio sectorial durante todo el tiempo en que este último se encuentre vigente.

Descontentos con la reforma, el 10 de mayo de 2012, los sindicatos más representativos UGT y CC.OO. presentaron una queja contra el Gobierno de España ante el Director General de la OIT, para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva<sup>55</sup>. En el Informe núm. 371, de 13-27 de marzo de 2014, el Comité de Libertad Sindical constató algunas vulneraciones de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva por parte del Estado español<sup>56</sup>, y pidió que se le mantuviese informado de la evolución de la situación<sup>57</sup>. De igual modo, el 23 de julio de 2014, CC.OO. y UGT remitieron al Comité Europeo de Derechos Sociales un informe, en el que alegaban el incumplimiento por parte del Estado español del artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961, que garantiza el derecho a la negociación colectiva<sup>58</sup>. En las Conclusiones XX-3, de 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha constatado el incumplimiento de ese precepto<sup>59</sup>.

.....

55 CC.OO. y UGT, *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la OIT para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva*, Madrid, 10 de mayo de 2012, pp. 18 ss. Cfr. Caso núm. 2947 (España), 10 de mayo de 2012, Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), Federación de Empleados Públicos de la Unión Sindical Obrera (F.E.P.-U.S.O.) y otras organizaciones sindicales.

56 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafos 317 y siguientes.

57 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafos 450 y 451. En el Informe núm. 378, de junio de 2016, el Comité de Libertad Sindical toma nota de las informaciones que ha brindado el gobierno español, y añade que, “no habiendo recibido otras informaciones de las organizaciones querellantes y teniendo en cuenta que varias de las cuestiones planteadas en la queja están siendo examinadas por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, el Comité no va a seguir examinando el caso” (párrafo 40) Cfr. [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001\\_COMPLAINT\\_FILE\\_ID:3063806](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:3063806) y, en la doctrina, Guamán, A. “Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012: Una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional”, *Revista de derecho social*, nº 66, 2014, pp. 201-2016.

58 En el escrito, se aducía que un Real decreto-ley había derogado un acuerdo pactado de ámbito estatal por las organizaciones sindicales y empresariales, y lo había sustituido por una regulación mucho más restrictiva de derechos. Además, se señalaba que la reforma laboral impone la primacía del convenio colectivo de empresa frente a los convenios colectivos de ámbito superior, y prohíbe a las organizaciones sindicales y empresariales que puedan alterar esa norma. También se alegaban violaciones en materia del descuelgue no sindical de condiciones pactadas en el convenio colectivo sectorial y sobre la unilateralidad definitiva del empresario en las modificaciones sustanciales de trabajo. Por último, se denunciaba que la regulación que hace la ley de la ultraactividad de los convenios colectivos vulnera el principio de autonomía en la negociación.

59 CEDS, Conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea. En la doctrina, cfr. BAJO, I., “La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015, pp. 153-192, y SALCEDO, C., “Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales”, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, Colección Actual, 73, julio de 2015, 35 pp., y “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales: cuestiones conflictivas y argumentos para superarlas”, Editorial Bomarzo, 4 de octubre de 2015, en <http://editorialbomarzo.es/la-aplicacion-de-la-carta-social-europea-por-los-organos-jurisdiccionales-cuestiones-conflictivas-y-argumentos-para-superarlas/>.

En suma, la intervención del legislador en el derecho a la negociación colectiva, al margen del diálogo social, para imponer una descentralización, la prioridad aplicativa del convenio de empresa y facilitar la inaplicación o el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos, plantea problemas de adecuación a los instrumentos del derecho internacional del trabajo, y cuestiona uno de los principios y derechos fundamentales básicos a que alude la Declaración de la OIT de 1998.

En efecto, tal y como reclamaban las organizaciones empresariales, las últimas reformas han establecido una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en ciertas materias. De ese modo, sitúan el convenio colectivo de empresa en el centro de gravedad del modelo de estructura de la negociación colectiva. El convenio de empresa se presenta como el instrumento de flexibilidad interna ideal, que permite evitar el recurso a la flexibilidad externa y, por tanto, a los despidos. La idea, presente ya en la reforma de 2010<sup>60</sup>, se desarrolla en 2011 y culmina en 2012.

El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, no modifica la lógica de la legislación precedente. El nuevo artículo 84 ET, compuesto de cuatro apartados, mantiene la atribución de la determinación de la estructura de la negociación colectiva a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, mediante acuerdos interprofesionales<sup>61</sup>. Así, los acuerdos marco constituyen el centro de gravedad de la nueva configuración de la estructura convencional<sup>62</sup>. Además, el Real Decreto-ley reconoce ese mismo papel a los convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico. Acomoda así el artículo 83.2 ET a la realidad convencional. Eso permitiría seguir vertebrando y ordenando los distintos niveles de negociación desde el nivel que se considere más apropiado, en el que pueden identificarse mejor las peculiaridades de cada sector, así como la necesidad o conveniencia, en su caso, de abrir la negociación colectiva a ámbitos inferiores. Así, la reforma de 2011 se concibe como un nuevo intento de los poderes públicos de permitir a los interlocutores sociales la apropiación y racionalización de la estructura de la negociación colectiva. En cuanto a los conflictos de concurrencia entre convenios, el Real Decreto-ley mantiene, por un lado, la regla tradicional de prohibición de afectación del convenio durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. A la vez, la nueva redacción del artículo 84.2 ET fija una prioridad aplicativa del

.....

60 El capítulo II de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se titula: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”.

61 En la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, el artículo 84.1 ET disponía que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2”.

62 MERCADER, J. R., “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-ley 7/2011”, en GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio* (Valladolid, 2011), Lex Nova, pp. 78 ss.

convenio de empresa sobre un convenio de ámbito sectorial en relación con determinadas materias, como la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, o el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. Según la exposición de motivos del Real Decreto-ley, esas materias son las más cercanas a la realidad de las empresas, y en ellas encuentra justificación, en mayor medida, una regulación particularizada, para conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven. Con todo, ese conjunto de materias no tiene carácter exhaustivo. Los acuerdos y convenios que fijen la estructura de la negociación colectiva pueden identificar otras materias, distintas de las expresadas, susceptibles de incluirse en los convenios de empresa. En suma, la regla legal supletoria realiza una modificación profunda de las reglas de concurrencia, y transforma el convenio de empresa en la norma preferente de aplicación, en las materias que determina la ley, en detrimento del convenio colectivo de rama o sector. Con la reforma laboral de 2011, se produce la emancipación de la empresa bajo el control de la autonomía colectiva<sup>63</sup>.

El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, firmado el 25 de enero de 2012, mantenía el marco sectorial, aunque tenía en cuenta las especialidades del convenio colectivo de empresa. Con todo, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, se aprueba pocos días después, sin esperar a que pudiese dar frutos la reforma de 2011. En gran medida, la reforma de 2012 neutraliza la función de estructuración de los acuerdos marco, que permitía a la autonomía colectiva configurar la estructura de la negociación colectiva, y opta, de forma decidida, por dotar de una preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa en materias centrales de las relaciones laborales. La reforma de 2012 convierte en imperativa la regla legal, antes supletoria, que atribuye una preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa, en relación con un convenio colectivo sectorial ya aplicable. Los acuerdos marco no pueden suprimir, en modo alguno, tal preferencia. Por tanto, la reforma refuerza claramente el ámbito de negociación de la empresa, sin tomar en consideración la voluntad de la negociación colectiva. Con la reforma laboral de 2012, se produce la emancipación de la empresa sin el control de la autonomía colectiva<sup>64</sup>.

En la actualidad, el artículo 84.2 ET dispone que los convenios de empresa pueden concurrir con los convenios sectoriales, con prioridad aplicativa, en determinadas materias, que pueden ser objeto de regulación en el ámbito de la empresa, o del grupo o pluralidad de empresas, aunque estén ya reguladas, incluso con anterioridad, en el convenio colectivo de

63 CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, Thèse dirigée par POUSSON, A. et RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., Université de Toulouse 1-Capitole et Universitat de València, pp. 939 ss.

64 CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, cit., pp. 918 y 919, 939 y 945 ss.



sector aplicable a la empresa, o grupo o pluralidad de empresas, de referencia. La salvedad que establece el precepto tiene dos dimensiones: una de carácter formal, consistente en la posibilidad de formar una unidad de negociación empresarial en cualquier momento, y otra material, relativa a la prioridad absoluta de la regulación desarrollada en el convenio de empresa en determinadas materias<sup>65</sup>. De acuerdo con la dimensión formal, la regulación de las materias previstas, y en esas condiciones, por parte del convenio de empresa prevalece, en todo caso, sobre la regulación que pueda proporcionar un convenio de ámbito superior, como, por ejemplo, un convenio de sector al que pertenezca la empresa. Por tanto, esas materias pueden negociarse en cualquier momento en el ámbito de la empresa, no solo cuando no haya un convenio de ámbito superior, sino también cuando exista, y no solo cuando el convenio de empresa sea anterior en el tiempo, sino también cuando se negocie con posterioridad a la negociación y vigencia de un convenio de ámbito superior (art. 84.2 ET)<sup>66</sup>. Por lo que hace a la dimensión material, el precepto distingue dos tipos de actuación posibles del convenio colectivo de empresa. En primer lugar, puede llevar a cabo la regulación completa de determinadas materias: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. En segundo lugar, puede adaptar determinadas reglas sectoriales al ámbito de la empresa: el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, y determinados aspectos de las modalidades de contratación. Así pues, de la prioridad aplicativa se excluyen, por ejemplo, la estructura del salario o la duración de la jornada.

La prioridad aplicativa -que debe respetar el principio de correspondencia<sup>67</sup>- tiene un carácter absoluto, y los convenios marco no pueden desplazarla. En las mismas condiciones, la regla de la prioridad aplicativa del convenio de empresa vale para el convenio colectivo de grupo de empresas y el convenio colectivo de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art.

.....

65 REY, S. DEL, “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. E, 2014, pp. 205 y 206.

66 Para la SAN de 10 de septiembre de 2012 (AS 2514), la prioridad vincula no solo a los convenios negociados después del 12 de febrero de 2012, sino también a los vigentes a la fecha de entrada en vigor de la reforma laboral, que deben ajustarse a la misma. Cfr., asimismo, la SAN de 13 de noviembre de 2013 (AS 3023). Según la STS de 8 de julio de 2014 (JUR 230842), no vulnera la prioridad aplicativa el convenio colectivo estatal que deja a salvo expresamente lo dispuesto en el artículo 84.2 ET, al regular las materias que tienen el carácter de mínimo necesario respecto a convenios de ámbito inferior.

67 El principio de correspondencia exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el convenio de empresa se corresponda estrictamente con el de afectación de este (SSTS de 20 de mayo, 10 de junio y 21 de diciembre de 2015, Ar. 2889, 4089 y 181/2016; 18 de febrero de 2016 (dos sentencias), Ar. 1054 y Ar. 1210, y 11 de enero y 22 de marzo de 2017, Ar. 231 y 1665). Cfr., sin embargo, la STS de 23 de febrero de 2017 (Ar. 955), que flexibiliza la negociación de los acuerdos de empresa. Cfr. SERRALLER, M., “El Supremo rectifica y flexibiliza la negociación de los convenios”, *Expansión*, 17 de mayo de 2017.



84.2 ET, en relación con art. 87.1 ET). En buena lógica, la existencia de un convenio colectivo de grupo de empresas o pluralidad de empresas no debe impedir que se negocie un convenio colectivo específico para cualesquiera de las empresas que forman parte de ese conglomerado empresarial en relación con las materias en las que rige la regla de la prioridad aplicativa. En tal caso, lo dispuesto en el convenio de empresa debe prevalecer sobre lo establecido en el convenio del correspondiente conjunto empresarial.

En suma, la reforma de 2012 consagra una prioridad aplicativa del convenio de empresa en materias centrales y fundamentales de la relación laboral. El Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad del nuevo régimen jurídico<sup>68</sup>. Existe, pues, un principio de especialidad en las materias que prevé la ley, el cual se inscribe en el discurso que concibe la flexibilidad interna como una alternativa a la destrucción de empleo, según los términos del título del capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y convierte el convenio de empresa en un instrumento de gestión de la empresa y de flexibilización de las condiciones de trabajo, para mejorar la productividad, el rendimiento y la competitividad<sup>69</sup>. Quienes critican la reforma consideran que atenta contra la autonomía colectiva, y que conducirá a una atomización en la determinación de las condiciones de trabajo, que supondrá un deterioro o degradación de las mismas, en especial los salarios<sup>70</sup>. Que

.....

68 La STC 119/2014, de 16 de julio, ha declarado la constitucionalidad del artículo 14.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa (fundamento jurídico 6). La sentencia señala que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva. La Constitución no impone ni una negociación colectiva centralizada, de carácter general o sectorial, ni tampoco una negociación colectiva descentralizada o de empresa. Ambos modelos resultan constitucionalmente legítimos. En este caso, la norma impugnada impone la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los sectoriales en relación con algunas materias. En las restantes, es de aplicación el convenio colectivo sectorial. Para la sentencia, la finalidad de la opción legislativa es la defensa de la productividad y la viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo; objetivos ambos que entroncan directamente con derechos y principios constitucionales como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40 CE). Cfr., sin embargo, el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, para quien la atribución de una prioridad aplicativa absoluta a los convenios colectivos de empresa, en caso de concurrencia entre convenios colectivos, sin posibilidad de pacto en contrario negociado en los ámbitos sectoriales o interprofesionales, vulnera los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y libertad sindical (art. 28.1 CE) [II, c)]. La STC 8/2015, de 22 de enero, reitera la constitucionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (fundamento jurídico 6). Algunos autores han mantenido también que el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa halla un fundamento sólido en la protección de la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva en las materias nucleares de la gestión de personal: cfr. MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 385.

69 GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012, p. 97, y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, n. 23, Sección Monografías, 2012, en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), p. 2 ss.

70 La mayoría de la doctrina ha criticado este aspecto de la reforma. Cfr. los autores que cita OJEDA, A., “El convenio colectivo de empresa prioritario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 34 (2013), 2013, p. 2, nota 4. Para REY, S. DEL, “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *cit.*, p. 211, dado el tamaño medio de las empresas españolas, no parece probable que vaya a producirse una “explosión” de unidades de negociación a nivel empresarial. El autor señala que las medianas y pequeñas empresas y, desde luego, las microempresas, encuentran un nivel más adecuado en el superior y, en especial, en el provincial. Así lo recogía el II Acuerdo Interprofesional para el Empleo y la Negociación Colectiva, que destacaba la importancia de ese nivel provincial, lo cual parecía contrario a una disolución inmediata del protagonismo de ese nivel.

esto sea así, dependerá de la capacidad de negociación de los representantes de los trabajadores, distinta según la dimensión de la empresa, la tasa de afiliación, la fortaleza de los sindicatos, o el que se trate de la representación unitaria o sindical. Desde luego, para que la negociación colectiva pueda limitar la discrecionalidad del empresario, la representación de los trabajadores debe actuar como un auténtico contrapoder colectivo. Y, lo que puede resultar difícil o imposible en una empresa pequeña, no tiene por qué serlo en una empresa de gran tamaño, con un porcentaje elevado de afiliación, unos sindicatos fuertes y una cultura de diálogo y negociación<sup>71</sup>. Sea como fuere, en el Informe 371º, el Comité de Libertad Sindical critica, con carácter general, los procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior, porque pueden desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva, así como las organizaciones de empresarios y de trabajadores, y debilitan la libertad sindical y la negociación colectiva, en violación de los principios que consagran los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT<sup>72</sup>. A juicio del Comité, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar, en determinados casos, la modificación de los convenios colectivos debe abordarse y puede tratarse de diferentes maneras, que deberían concretarse en el marco del diálogo social<sup>73</sup>. Por otra parte, el Comité recuerda su posición en el sentido de que, en principio, la determinación del nivel de la negociación colectiva debe corresponder a las partes, y no, por tanto, al legislador<sup>74</sup>. Asimismo, el Comité Europeo de Derechos Sociales expresa algunos reparos en relación con la primacía del convenio colectivo de empresa, y pide información sobre cómo se aplica, en la práctica, en ese punto, la reforma laboral de 2012<sup>75</sup>.

El primer convenio colectivo estatal del sector del metal ofrece un ejemplo paradigmático de los problemas que provoca el intervencionismo del legislador y de la administración en el derecho a la negociación colectiva, en aspectos tales como la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Tras veintidós años de negociaciones, la patronal y los sindicatos más representativos firmaron, el 14 de abril de 2016, el I Convenio Colec-

.....

71 Cfr., al respecto, GIL, J. L., “Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 146/2015, 2, pp. 300 ss, en lo que hace a la negociación colectiva en el sector de la fabricación de automóviles.

72 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 453, con cita del 365º Informe, caso núm. 2820 (Grecia), párrafo 997.

73 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 453.

74 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 454.

75 CEDS, conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961: “Le Comité demande des informations sur la mise en oeuvre de cette règle et confirmation que les matières négociées au niveau de l’entreprise ne peuvent être appliquées de façon préjudiciable au travailleur si une convention collective au niveau de l’Etat est en place. Au même temps, il constate que la disposition pour la mise en place de la ‘primauté’ ne restreint pas excessivement le droit à la négociation collective, car elle permet toujours aux syndicats de décider quels relations industrielles ils souhaitent réglementer dans les conventions collectives et à quel niveau ces accords devraient être conclus, ce qui relève de la marge d’appréciation de l’Etat partie”.

tivo estatal<sup>76</sup>. El logro del acuerdo se consideró todo un acontecimiento. Sin embargo, transcurrieron cuatro meses hasta que, el 11 de agosto de 2016, el BOE publicó el texto del convenio colectivo. La tardanza en la publicación se debió a que, tras revisar el contenido del convenio, la Dirección General de Empleo obligó a la patronal y a los sindicatos del sector a modificarlo, para adaptarlo a la reforma laboral de 2012. Así, en particular, debió modificarse la regulación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios colectivos de rama o sector y ámbito provincial, de Comunidad Autónoma o estatal. El convenio fijaba un salario mínimo para el sector. Pero, en lugar de establecer una cuantía para toda España, consideraba como salario mínimo el pactado en cada convenio provincial, de forma que, si decaía cualquiera de ellos, el trabajador mantenía el salario, por hallarse recogido en un convenio estatal, de ámbito superior. Sin embargo, la administración consideró que la patronal y los sindicatos del metal habían intentado asegurar, en el convenio estatal, que los convenios colectivos provinciales se imponían sobre cualquier regulación, lo que chocaba con la norma vigente. Por eso, tras nuevas negociaciones, se modificó la redacción final del convenio, para dejar claro que el salario mínimo aplicable a cada trabajador podrá ser el del convenio sectorial provincial, o bien el de la empresa a la que pertenezca, si esta cuenta con un convenio propio. Asimismo, la Dirección General de Empleo obligó a eliminar una disposición del texto que preveía la competencia exclusiva y, por tanto, otorgaba prioridad absoluta al convenio estatal en determinadas materias, como el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales, o la movilidad geográfica. Una sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 2014 (Ar. 4345) había anulado ya una disposición similar en el convenio colectivo del sector de derivados del cemento. Ahora, la administración forzó a suprimirla del convenio colectivo del metal. Molestos, los sindicatos han criticado lo que consideran una injerencia de la administración, y se han sorprendido de que la Dirección General de Empleo haya sido tan escrupulosa en este caso y no haya mostrado un celo equiparable en el control de la legalidad de los convenios colectivos de las empresas multiservicios, cuando los tribunales han anulado ya algunas de las cláusulas pactadas<sup>77</sup>. Por el contrario, Confemetal, la patronal del sector, ha calificado como mejoras las rectificaciones que ha exigido la administración.

.....

76 PASCUAL, R., “Más de 20 de años para negociar un convenio colectivo”, *Cinco Días*, 14 de abril de 2016, y “Empleo obliga a cambiar el convenio colectivo del sector del metal”, *Cinco Días*, 24 de agosto de 2016.

77 A comienzos de 2016, la Audiencia Nacional anuló 46 convenios colectivos de empresas multiservicios. Las empresas recurrieron once de las sentencias ante el Tribunal Supremo. Cuatro de los recursos se han resuelto ya. Sobre el particular, cfr., para mayores detalles, “El Supremo anula dos convenios de empresas multiservicios”, *Cinco Días*, 9 de marzo de 2017, y GÓMEZ, M.V., “Los convenios de las multiservicios chocan con el Supremo”, *El País*, 10 de marzo de 2017.

Asimismo, suscita dudas de adecuación a los instrumentos del derecho internacional del trabajo el procedimiento de inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo estatutario y, en particular, la figura polémica de arbitraje obligatorio que ha introducido el legislador, en la reforma laboral de 2012<sup>78</sup>. Como ahora veremos, el arbitraje obligatorio resuelve el conflicto de intereses a solicitud de una de las partes, que, en la práctica, será siempre el empresario<sup>79</sup>.

Según se sabe, en el derecho del trabajo español, los convenios colectivos estatutarios tienen naturaleza normativa y eficacia general o *erga omnes*. Por eso, el artículo 82.3 ET, párrafo primero, recalca que “los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”. Ahora bien: como excepción a la fuerza vinculante del convenio colectivo, y a la exigencia de respeto de lo pactado en la norma convencional, el ordenamiento jurídico permite la inaplicación del convenio colectivo, mediante un acuerdo de empresa, si concurre una causa económica, técnica, organizativa o de producción. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo la figura de los acuerdos de empresa. Dos tipos de acuerdos permitían inaplicar las condiciones de trabajo de un convenio colectivo y determinar nuevas condiciones de trabajo para una determinada empresa: los de reorganización productiva, que servían para inaplicar las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo (art. 41, apartados 4 y 6, del ET), y los de descuelgue salarial (art. 82.3 ET)<sup>80</sup>. La reforma de 2012 agrupa las dos modalidades, que disponen ahora del mismo régimen jurídico. Previstos en el artículo 82.3 ET, los acuerdos de inaplicación o descuelgue pueden afectar a un convenio colectivo sectorial, pero también a un convenio de empresa, y llevarse a cabo en el seno de la empresa en su totalidad, o en uno o varios centros de trabajo<sup>81</sup>. El precepto no menciona la posibilidad de inaplicar un convenio colectivo de

.....

78 Cfr. GIL, J. L., “L’arbitrage obligatoire en Espagne à l’épreuve du droit international du travail”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/2, pp. 56 ss, y “Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna”, *cit.*, pp. 305 ss.

79 Como destaca la OIT, los conflictos de intereses pueden versar sobre la determinación de un convenio colectivo o la modificación, a través de la negociación colectiva, de los salarios y otras condiciones de trabajo normativas y económicas previstas en un convenio colectivo existente: cfr. OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, p. 123, párrafo 255. El artículo 82.3 ET prevé la segunda de las situaciones. La OIT subraya también que el arbitraje es obligatorio cuando lo imponen la ley o las autoridades gubernamentales y, asimismo, cuando lo pone en marcha cualquiera de las partes, sin el consentimiento de la otra, o lo invoca el gobierno por su propia iniciativa: cfr. OIT, *Labour dispute systems. Guidelines for improved performance*, ILO, International Training Centre, Turin, 2013, p. 18.

80 El Acuerdo Económico y Social (AES), de 1984 (BOE de 10 de octubre) es el antecedente más importante de los acuerdos de inaplicación salarial.

81 Acerca de las diferencias entre la prioridad aplicativa (art. 84.2 ET) y la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET), dos instrumentos de descentralización que reúnen características jurídicas diferenciadas, cfr. REY, S. DEL, “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *cit.*, p. 206, y OJEDA, A., *Compendio de derecho sindical*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 473. La STS de 16 de septiembre de 2015 (Ar. 4530) reflexiona sobre la naturaleza y los caracteres del acuerdo de descuelgue. La STS de 7 de julio de 2015 (Ar. 3245) precisa que el acuerdo de inaplicación de un convenio en vigor solo puede afectar al ámbito temporal del convenio que se inaplica, y no a un periodo anterior.

centro de trabajo, a pesar de que algunos de los casos más importantes de crisis se han planteado en centros de trabajo, como el de la fábrica de la empresa Seat en Martorell (Barcelona)<sup>82</sup>.

El artículo 82.3 ET, párrafo segundo y siguientes, prevé un procedimiento de inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo, para los casos en que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>83</sup>. El precepto busca facilitar la reestructuración de las empresas, con vistas a superar una situación de dificultad económica, o a adaptar la empresa a las modificaciones sobrevenidas de carácter técnico, organizativo o productivo<sup>84</sup>. En particular, la medida no tiene por qué ser de especial gravedad, y ni siquiera de carácter estructural, pues se contempla, en principio, como de carácter temporal. De modo expreso, el artículo 82.3 ET permite “inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa”. Cuando el objeto del descuelgue afecta a un convenio de sector, nos hallamos ante un descuelgue en el sentido estricto del término: una empresa inaplica un convenio de sector en cuyo ámbito de aplicación se halla incluida inicialmente. En realidad, cuando el objeto de descuelgue atañe a un convenio de empresa, se produce un “autodescuelgue”: la empresa inaplica el convenio que ha pactado ella misma<sup>85</sup>. La inaplicación o descuelgue puede afectar a una lista cerrada de materias: la jornada de trabajo; el horario y la distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos; el sistema de remuneración y la cuantía salarial; el sistema de trabajo y rendimiento; las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional establece el artículo 39 ET y, por último, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social. Salvo la última, las demás materias coinciden con las que tienen la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 41.1 ET. Pues bien, los efectos del procedimiento del artículo 82.3 ET no consisten en la

.....

82 OJEDA, A, *Compendio de derecho sindical*, cit., p. 466.

83 Según el precepto, “se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. Por otro lado, “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

84 CRUZ, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, 57, 2012, p. 238 ss, y *Compendio de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 533. Cfr. también CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, cit., p. 965 ss.

85 Cfr. CRUZ, J. “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, cit., p. 235. Otros autores prefieren hablar de “revisión exprés” del convenio vigente: cfr. NAVARRO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 120/2013, p. 236. Las estadísticas indican que, en la práctica, la casi totalidad de los descuelgues se producen respecto a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa. Cfr. OJEDA, A., *Compendio de derecho sindical*, cit., p 466.



simple inaplicación del convenio colectivo de referencia. Por un lado, la inaplicación no es permanente, sino que se halla vinculada, en principio, a una situación específica de la empresa, que se presume de carácter temporal. Por eso, quien adopte, en su caso, la decisión de inaplicación debe precisar su duración, que no puede prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa. Por otra parte, la misma instancia debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa, a partir del momento en que se produzca el correspondiente descuelgue del convenio colectivo. El acuerdo de inaplicación no puede dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estén previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Además, el acuerdo debe notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo.

Debe seguirse el procedimiento que detalla la ley, y que ha desarrollado, en el ámbito estatal, el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. A estos efectos, el artículo 82.3 ET regula cuatro fases sucesivas, a través de las cuales puede llevarse a cabo la inaplicación o descuelgue del convenio<sup>86</sup>. Por orden, tales fases o instancias son: el acuerdo directo entre la empresa y la representación de los trabajadores; el acuerdo en el seno de la comisión del convenio colectivo; la avenencia o laudo por medio de la mediación o arbitraje, a través de los sistemas autónomos de solución de conflictos y, en fin, como último recurso, la resolución por medio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad. En principio, se presentan como fases sucesivas, para el caso de que fracase la anterior; pero, en algunos casos, tienen carácter potestativo, de modo que los interesados pueden omitir alguna, y pasar directamente a la siguiente. Conviene advertir que cada una de ellas se pone en marcha exclusivamente por iniciativa de una de las partes que, en la práctica, será siempre la representación empresarial, por ser la interesada en que se inaplique el convenio colectivo. Existe una diferencia cualitativa entre las tres primeras fases y la última de ellas, que acaba siendo la decisiva. Las tres primeras se configuran sobre la premisa de que la inaplicación solo puede realizarse si existe un acuerdo directo o indirecto entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, sea internamente en el seno de la misma, sea a través de la comisión del convenio, o bien, en fin, porque las mismas alcanzan un acuerdo de avenencia en una mediación, o bien voluntariamente, a través del correspondiente compromiso expreso, acuerdan someterse a un arbitraje. El

.....

86 En lo que queda de párrafo, sigo a CRUZ, J., "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", *cit.*, p. 238 ss, y *Compendio de derecho del trabajo, cit.*, pp. 535 y 536.



precepto aclara que, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas, y solo podrá impugnarse ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Por el contrario, la última de las fases tiene un diseño cualitativamente distinto: al final, el mecanismo desemboca en un procedimiento arbitral no pactado voluntariamente entre ambas partes, en el que la decisión final depende del criterio de los representantes de la administración pública en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, o del árbitro o árbitros que designen para dirimir la cuestión. Así pues, pese al criterio del Tribunal Constitucional<sup>87</sup>, el arbitraje obligatorio de la última fase suscita dudas de constitucionalidad, por su difícil conciliación con el mandato constitucional de reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos<sup>88</sup>.

Asimismo, cabe dudar de que la nueva regulación respete los instrumentos de la OIT que protegen la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva<sup>89</sup>. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT considera que, de manera general, el arbitraje obligatorio impuesto a solicitud de una sola de las partes es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio núm. 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación<sup>90</sup>. Según el principio de que un acuerdo negociado, por insuficiente que sea, es preferible a una solución impuesta, las partes deberían tener siempre la posibilidad de regresar volun-

.....

87 La STC 119/2014, de 16 de julio, considera que el arbitraje obligatorio constituye una medida excepcional, que resulta justificada, razonable y proporcionada, en atención a la finalidad constitucional legítima que persigue y a las limitaciones impuestas por el legislador para su puesta en práctica. Para el TC, la justificación objetiva a la restricción del artículo 37.1 CE se cifra en los intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el empleo. A juicio del TC, es una finalidad constitucional legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de defender la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación de desempleo en España. Para verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción del derecho a la negociación colectiva, el TC tiene en cuenta la existencia de límites causales, materiales y temporales, el carácter subsidiario de la medida, la naturaleza y características del órgano que decide y, por último, el posible control judicial de la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el laudo arbitral. Así pues, el TC descarta la vulneración del artículo 37.1 CE, y, por derivación, del artículo 28.1 CE (fundamentos jurídicos 4 y 5). Cfr., no obstante, el voto particular a la opinión mayoritaria que realiza el magistrado Valdés Dal-Ré (fundamentos jurídicos 2 y ss). La STC 8/2005, de 22 de enero de 2015, reitera la constitucionalidad del artículo 82.3 ET y de la figura del arbitraje obligatorio (fundamento jurídico 5).

88 Cfr., por todos, CRUZ, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *cit.*, p. 241 ss, y *Compendio de derecho del trabajo*, *cit.*, p. 536, y CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, *cit.*, p. 994 ss, quienes califican la última fase del procedimiento como arbitraje obligatorio público.

89 Cfr. OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, *cit.*, pp. 123 y 124, párrafos 254 y ss, y CC.OO. y UGT, *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la OIT para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva*, Madrid, 10 de mayo de 2012, pp. 18 ss. Acerca de la cuestión, cfr. OIT, Comité de Libertad Sindical, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafos 450 y 451, en el que pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación y, en la doctrina, GIL, J. L., “*L'arbitrage obligatoire en Espagne à l'épreuve du droit international du travail*”, *cit.*

90 OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, *cit.*, pp. 123 y 124, párrafo 257.

tariamente a la mesa de negociaciones, lo que implica que todo mecanismo de solución de conflictos adoptado debería incluir la posibilidad de suspender un proceso de arbitraje obligatorio, si las partes desean continuar con las negociaciones<sup>91</sup>. De igual modo, el Comité de Libertad Sindical ha indicado que los organismos encargados de resolver los conflictos entre las partes de una negociación colectiva deberían ser independientes, y el recurso a tales organismos debería hacerse de forma voluntaria<sup>92</sup>. Plantea problemas de aplicación, con respecto al Convenio núm. 98 de la OIT, la imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de convenio colectivo<sup>93</sup>. Las disposiciones que establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio de la negociación colectiva deben decidirse por arbitraje de la autoridad no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio núm. 98<sup>94</sup>. El recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva solo es admisible en el marco de los servicios esenciales en sentido estricto, que son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población<sup>95</sup>. La utilización de la negociación colectiva para solucionar problemas de racionalización en las empresas y mejorar la eficiencia de estas puede conducir a resultados ventajosos tanto para los trabajadores como para las empresas; pero si este tipo de negociación colectiva se desarrolla de acuerdo con un régimen especial que, en síntesis, impone la negociación a las organizaciones sindicales sobre los aspectos que señale la autoridad laboral, determina que el lapso de las negociaciones no debe exceder de un periodo determinado y establece que, a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio se decidan por arbitraje de dicha autoridad, este régimen legal no responde al principio de la negociación voluntaria que inspira la norma contenida en el artículo 4 del Convenio núm. 98<sup>96</sup>.

En la queja ante la OIT contra el gobierno de España que presentaron el 10 de mayo de 2012, los sindicatos más representativos UGT y CC.OO. aducen que las fórmulas abiertas o encubiertas de arbitraje obligatorio son actos de injerencia que violan los principios informadores del sistema de relaciones laborales colectivas garantizado por la OIT. Entienden que la intervención coactiva y decisora se adopta formalmente en un órgano tri-



91 OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, cit., p. 124, párrafo 259.

92 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, párrafo 932.

93 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 211, párrafo 992.

94 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 211, párrafo 993.

95 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 211, párrafo 994.

96 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., pp. 211 y 212, párrafo 997.

partito, en que la administración pública termina disponiendo sistemáticamente de una capacidad dirimente en la solución del conflicto. Y consideran particularmente significativa, a este respecto, la referencia explícita que hace el artículo 6 del Convenio núm. 154 a que, si la negociación colectiva tiene lugar en el marco de mecanismos de conciliación o de arbitraje, la participación en estos de las partes negociadoras ha de ser necesariamente voluntaria. Pues bien, con mayor contundencia que en el supuesto de la prioridad aplicativa del convenio, el Comité de Libertad Sindical se pronuncia sobre las reglas que hacen posible la modificación en el ámbito de la empresa de los acuerdos colectivos y convenios estatutarios, mediante una decisión unilateral del empresario o un arbitraje obligatorio. Destaca que “la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios núm. 87 y 98”. Y añade que “deberían concretarse en el marco del diálogo social” las fórmulas a través de las cuales podrían modificarse los convenios colectivos en las situaciones de dificultad económica grave. De igual modo, el Comité Europeo de Derechos Sociales concluye que la reforma que llevó a cabo la Ley 3/2012, de 6 de julio, no es conforme con la Carta Social Europea de 1961, pues “permite a los empleadores de manera unilateral no aplicar condiciones pactadas en los convenios colectivos”, como sucede en el artículo 41 del ET con los pactos y acuerdos de empresa<sup>97</sup>.

De igual modo, la OIT ha constatado una represión del derecho de huelga en España. El 25 de julio de 2014, CC.OO. y UGT interpusieron una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en la que denunciaban que la regulación del artículo 315.3 del Código Penal Español, así como la aplicación práctica que realizaban del mismo el Ministerio Fiscal y determinados órganos de la Jurisdicción Penal, suponían una restricción del derecho de huelga y de libertad sindical, que vulneraba los Convenios núm. 87, 98, 135 y 151 de la OIT relativos al derecho de libertad sindical, y que ha llevado al encausamiento de casi 300 trabajadores, con penas de prisión de más de ocho años en algunos casos<sup>98</sup>. En la reunión de los días 27, 28 y 10 de noviembre de 2016, el Comité de Libertad Sindical ha constatado que, en un contexto de creciente conflictividad social, las reformas laborales realizadas en España desde 2010 llevaron a convocar varias huelgas a los sindicatos UGT y CC.OO. La aplicación e interpretación por parte de autoridades policiales, el ministerio fiscal y deter-

97 CEDS, conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961.

98 UGT y CC.OO., *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical*, Madrid, 25 de julio de 2014, 28 pp., en [http://www.ugt.es/Documentos%20de%20apoyo/Queja%20OIT\\_huelga\\_julio2014.pdf](http://www.ugt.es/Documentos%20de%20apoyo/Queja%20OIT_huelga_julio2014.pdf).

minados órganos judiciales del ordenamiento penal ha conducido a una represión penal excesiva, que vulnera el derecho de huelga, al iniciarse la apertura de procedimientos penales o administrativos en doce Comunidades Autónomas y ochenta y un procedimientos sancionadores o imputaciones penales en el año 2014, todas ellas en el ejercicio del derecho de huelga o derechos colectivos. En su informe núm. 380<sup>99</sup>, el CLS considera que el art. 315.3 del Código Penal, que se aplica principalmente a las actuaciones de los piquetes de huelga, en la redacción del artículo 315.3 del CP anterior a la reforma del año 2015, preveía sanciones excesivamente elevadas, carecía de suficiente precisión y era fuente de inseguridad jurídica, lo que determinaba condenas desproporcionadas, que no tenían en cuenta ni el derecho de huelga ni la necesidad de proteger este derecho fundamental. También constata que la nueva redacción del precepto, tras la reforma del Código Penal del 2015, sigue vulnerando el derecho de huelga, ya que no contiene elementos que definan los comportamientos que constituyen una coacción en el contexto de una huelga, ni tampoco los criterios por los que el órgano judicial puede imponer una pena de prisión. En este sentido, el Comité pide al gobierno de España que “invite a la autoridad competente a que examine el impacto de la reforma de 2015 del art. 315.3 del CP” y que informe del resultado de este examen a los interlocutores sociales<sup>100</sup>. Además, el Comité recuerda al gobierno de España que “no deberían imponerse sanciones penales por actos de huelga, salvo en los casos en que no se respeten las prohibiciones relativas a la huelga que estén en conformidad con los principios de la libertad sindical”; como la huelga es el derecho que hay que proteger, “cualquier sanción impuesta por actividades ilegítimas relacionadas con huelgas debería ser proporcionada al delito o falta cometido y las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica<sup>101</sup>. Constata también que ninguno de los ochenta y un procedimientos abiertos corresponde a actos de violencia, y señala al gobierno que tome en consideración que “el recurso frecuente a procedimiento penales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no contribuye al mantenimiento de un sistema de relaciones laborales estable y armonioso<sup>102</sup>. Además, señala que el gobierno debe difundir ampliamente las aportaciones sobre la naturaleza constitucional de los piquetes de huelga que han llevado a cabo las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo<sup>103</sup>. Sobre la imputación de los delitos a los representantes sindicales por el mero hecho de serlo, el Comité señala que no debe imputarse penalmente a ningún dirigente por un hecho ilícito cometido durante

.....

99 OIT, 380º Informe del Comité de Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 328.ª reunión, Ginebra, 27 de octubre - 10 de noviembre de 2016, Decimocuarto punto del orden del día, Informes del Comité de Libertad Sindical, GB.328/INS/14, Caso núm. 3093, párrafos 445-511, pp. 136 ss.

100 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 495.

101 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 496.

102 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 500.

103 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 501.

una huelga, salvo que se base “en elementos concretos que apunten a la participación de dicha persona en el hecho denunciado”<sup>104</sup>. También considera reprochable la dilación en la resolución de los procesos penales. El Comité recuerda que “un excesivo retraso puede tener un efecto intimidatorio en los dirigentes sindicales, que repercute en el ejercicio de sus actividades”, por lo que pide al Gobierno de España que lo mantenga informado sobre la pronta resolución de los procedimientos pendientes<sup>105</sup>. De igual modo, pide explicaciones por los casos en que se ha condenado a representantes sindicales, sin que conste la realización de ningún acto violento, y que informe sobre la situación de estas personas, y sobre la solicitud de indulto. En fin, el Comité mantiene abierto el procedimiento contra España, y pide al Gobierno que analice el impacto de la reforma del Código Penal de 2015, y que informe a los interlocutores sociales de las consecuencias que produce en el derecho de huelga<sup>106</sup>. Según los sindicatos, esas conclusiones obligan a una reforma urgente de nuestro marco penal, que sanciona de forma injustificada el ejercicio del derecho de huelga. Requiere también revisar los criterios de actuación del Ministerio Fiscal en estos casos, así como la práctica judicial, que conduce a una demora rechazable en la tutela judicial de la libertad sindical. Por eso, CC.OO, y UGT han emplazado al Gobierno y a las fuerzas políticas a que asuman esas consideraciones, y adopten las medidas necesarias para garantizar, en nuestro país, los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga.

## 2. EL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, EJE DE LA POLÍTICAS PÚBLICAS

**P**ara salir de la crisis y lograr un desarrollo sostenible, la OIT considera el empleo como un imperativo (2.1) y la protección social como un amortiguador social y estabilizador económico (2.2). Sin embargo, las medidas de austeridad que aplican los Estados para lograr la consolidación fiscal y controlar la deuda pública no siempre permiten promover el empleo y mantener la protección social.

### 2.1. El empleo como imperativo

En la idea de trabajo decente, la promoción del empleo ocupa un lugar relevante, sobre

.....

104 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 503.

105 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 504.

106 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 511.



todo en un contexto marcado por la globalización y la crisis financiera y económica<sup>107</sup>. Para la mayoría de las personas, el factor clave para escapar de la pobreza es tener un trabajo. Al reconocer que carece de sentido la elaboración de normas del trabajo si no se aborda el tema del empleo, la OIT dedica gran parte de sus programas a la creación de mayores oportunidades para hombres y mujeres, a efectos de garantizar un trabajo y unos ingresos decentes. Para alcanzar esa meta, promueve normas internacionales sobre la política del empleo, que, junto con los programas de cooperación técnica, se dirigen a lograr el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Junto al Convenio núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo, la OIT ha adoptado otros instrumentos para lograr ese objetivo, como el Convenio núm. 88, de 1948, sobre el servicio del empleo, o el Convenio núm. 181, de 1997, sobre las agencias de empleo privadas.

La crisis pone en entredicho esa aspiración. El desempleo es una consecuencia, pero también un agravante de la crisis<sup>108</sup>. Hoy en día, la OIT coloca el empleo en un primer plano, para subrayar que, sin él, no puede haber un trabajo decente. Como se desprende del título del Convenio núm. 168, de 1988, la OIT adopta ahora una visión más activa, y pone el énfasis en la promoción del empleo, y no tanto en la prevención del desempleo. Para afrontar ese desafío, resulta necesario un enfoque integral que combine políticas macroeconómicas que favorezcan el empleo y políticas activas del mercado laboral, con medidas específicas que aborden la demanda y la oferta de trabajo, así como la cantidad y la calidad del empleo. Debe existir también una coherencia entre la política económica, comercial y de empleo. El trabajo decente implica que haya puestos de trabajo en cantidad suficiente y de una calidad aceptable. No basta con crear empleos. El empleo debe ser digno, con derechos. De ahí que la OIT lleve a cabo recomendaciones relativas a las políticas activas y pasivas de empleo, en los apartados 9, 11 y 12 del Pacto Mundial para el Empleo. Para la organización, una crisis global exige una solución global. La crisis ha puesto de manifiesto la necesidad de colocar el empleo y el trabajo decente en el centro de las estrategias económicas y sociales, y ha resaltado la importancia del papel de la OIT para lograrlo.

No me detendré ahora a considerar si las leyes laborales pueden crear empleo por sí solas. Tampoco discutiré si, en los últimos años, ha existido en España una coherencia entre las políticas públicas, por ejemplo las de índole económica y fiscal, para favorecer el empleo. Me ocuparé tan solo de analizar si las últimas reformas laborales que se han llevado

.....

107 GIL, J. L., "Globalización y empleo: propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible", *cit.*, y USHAKOVA, T., "La política de empleo de la OIT y su influencia en el modelo español", *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, nº 30, Enero-Junio 2014, Universidad de Huelva, Huelva, Junio 2014, pp. 17-34.

108 Destaca este aspecto USHAKOVA, T., "La política de empleo de la OIT y su influencia en el modelo español", *cit.*, p. 17.



a cabo en España, y en particular la de 2012, han sido reformas para fomentar el empleo, según pretenden el gobierno y quienes las defienden a ultranza. Conviene recordar que, en un estado social de derecho, que protege el derecho al trabajo, la flexiseguridad no puede traducirse en una vuelta al despido *ad nutum*, o en una privación para el trabajador de las garantías de procedimiento y de las medidas de reparación<sup>109</sup>. Por eso, son discutibles propuestas como la de un contrato único, con una indemnización creciente con la antigüedad, que pretenden reducir la dualidad o segmentación del mercado de trabajo, e igualar el grado de tutela de los trabajadores con contratos de duración indefinida y de duración determinada<sup>110</sup>. Aun así, pueden flexibilizarse algunos aspectos de la institución, como los relativos al campo de aplicación de la protección o a la cuantía de la indemnización por despido improcedente<sup>111</sup>. En una democracia, el legislador goza de un margen de apreciación para regular el alcance de la protección contra el despido injustificado. En 2010 y 2012, el legislador ha modificado el régimen jurídico del despido, que sigue concibiéndose

109 GIL, J. L., “Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, en ESCUDERO, R., (Coord.), Número especial *Aportaciones al debate comunitario sobre “flexiseguridad”*, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 15-16, agosto de 2007, pp. 143-175, y “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, en GIL, J. L. (Dir.), *Reformas laborales ante la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, pp. 165-166.

110 En Francia, el debate en torno a la creación de un contrato de trabajo único se abrió con los informes de BLANCHARD, O. y TIROLE, J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation Française, Paris, 2003, 76 pp.; CAHUC, P., *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Centre d'Observation Économique, Documents de travail, juin 2003, 56 pp.; CAHUC, P. y KRAMARZ, F. RANCIS, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, du Travail et de la Cohésion sociale, La documentation Française, Paris, 2004, pp. 110-111, 13-14 (extraits), en BEVORT, A.; LALLEMENT, M. et NICOLE-DRANCOURT, C., *Flexicurité. La protection de l'emploi en débat*, La documentation Française, Problèmes politiques et sociaux, nº 931, décembre 2006, pp. 44-46, y CAMDESSUS, M., *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation Française, Paris, 2004, 204 pp. Cfr. también STELLINGER, A., *Sortir de l'immobilité sociale à la française*, Institut Montaigne, Paris, Note, novembre 2006, en <http://www.institutmontaigne.org>, pp. 39 ss; JEAMMAUD, A., “Des raisons de douter”, en la sección “Controverse. Que penser du ‘contrat de travail unique?’”, *Revue de Droit du Travail*, janvier 2007, pp. 12-13; LAGARDE, X., “Plutôt une bonne idée”, en la sección “Controverse. Que penser du ‘contrat de travail unique?’”, *Revue de Droit du Travail*, janvier 2007, pp. 8-11, y MERLATEAU, J.B., “El contrato de trabajo único: un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido”, *Relaciones Laborales*, nº 15, Sección Monografías, agosto de 2007, Tomo II, p. 211, La Ley 2855/2007, en <http://laleydigital.laley.es>, 10 pp. En nuestro país, Fedea ha auspiciado también un contrato de trabajo único, con una indemnización por años de servicio que aumente con la antigüedad: cfr. FEDEA, *Propuesta para la reactivación laboral en España*, abril de 2009, 6 pp.; *Diez principios fundamentales para lograr una reforma laboral eficaz y justa*, enero de 2012, 10 pp., y *Por un nuevo impulso a la creación de empleo en España*, 20 de junio de 2013, 6 pp. Partidos como Ciudadanos han suscrito la propuesta, que ha vuelto a la actualidad con las sugerencias de algunas organizaciones internacionales, y con el debate exagerado que ha motivado la jurisprudencia del TJUE acerca de la desigualdad de trato con respecto a los trabajadores interinos: cfr. SSTJUE de 14 de septiembre, asunto C-596/14, *Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa*; asunto C-16/15, *María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, y asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, *Florentina Martínez Andrés y otro contra Servicio Vasco de Salud y otro*. Han criticado esta posibilidad, que vulnera el derecho al trabajo y el Convenio núm. 158 de la OIT: GIL, J. L., “Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, *cit.*, pp. 146 y 147, y “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, *cit.*, p. 164, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Sobre el contrato de trabajo ‘único’”, *Relaciones Laborales*, nº 10, Sección Editorial, Quincena del 23 de mayo al 8 de junio de 2009, Tomo I, p. 111, La Ley 11842/2009, en <http://laleydigital.laley.es>, 10 pp. Cfr., recientemente, en la prensa, ALONSO, C., “El contrato único como solución al escollo de la extrema dualidad laboral”, *El Economista*, 14 de abril de 2017, y “Tirole, Nobel de Economía: ‘El mercado laboral de España sigue siendo muy injusto’”, *Expansión*, 5 de mayo de 2017.

111 GIL, J. L., “Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, *cit.*, y “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, *cit.*

se, en teoría, como una *ultima ratio*, con el objetivo de desplazar el centro de gravedad o el derecho común de protección contra el despido injustificado, de limitar el control del poder del empresario y de reducir las indemnizaciones por despido<sup>112</sup>. Parece claro que existe una contradicción interna en el articulado de la ley. La reforma de 2012 pretende ser equilibrada. El preámbulo se refiere al equilibrio hasta en seis ocasiones. Afirma que el objetivo es la flexiseguridad. Dice apostar por un equilibrio regulador entre la flexibilidad interna y externa, la movilidad interna y los mecanismos extintivos, la tutela en el contrato de trabajo y en el mercado de trabajo, la contratación indefinida y de duración determinada. Pese a tales declaraciones, la regulación muestra una cierta unilateralidad y, en vez de proteger los derechos de los trabajadores, acentúa su estado de sujeción y refuerza los poderes del empresario<sup>113</sup>. El legislador confía en que el ejercicio regular de esos poderes tendrá unos efectos positivos sobre la empresa y el sistema económico y, de forma refleja, sobre el conjunto de los trabajadores. De este modo, la característica más significativa de la reforma de 2012 es la intensidad del reforzamiento de los poderes empresariales. El objetivo ya lo habían perseguido las reformas precedentes. Pero, en 2012, al modificar las mismas instituciones, el legislador llega mucho más lejos y modifica aspectos que habían respetado, hasta ese momento, las reformas laborales habidas desde 1994, como la cuantía de las indemnizaciones por despido, la imposibilidad de modificación unilateral de las condiciones de trabajo, la autorización de los despidos colectivos, o la prórroga indefinida y la intangibilidad del contenido de los convenios colectivos. Como resultado de la nueva regulación, se ha fortalecido el poder empresarial de despido. Asimismo, ya en las reformas de 2010 y 2011, se reduce el papel de la negociación colectiva y se amplía el campo de las decisiones unilaterales del empresario.

En teoría, el despido se configura como una *ultima ratio* o un último recurso. El legislador amplía los poderes del empresario, facilita la flexibilidad interna y las posibilidades de inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo, a fin de que solo tenga que acudir al despido cuando fracasen otros medios más livianos de adaptación de la empresa a la situación económica y productiva. En suma, en la lógica de la ley, el despido debe ser un último remedio, si fracasan las medidas de flexibilidad interna, que se presentan como una alternativa a la destrucción de empleo. En este sentido, se han saludado las nuevas medidas que flexibilizan los salarios y las condiciones

.....

112 Cfr., con detalle, GIL, J. L., “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, *cit.*, pp. 161-229; “Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain”, en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 35, Number 3, Spring 2014, 31 pp. 413-448, y “La convention n° 158 de l’OIT et la protection contre le licenciement injustifié en Espagne”, en BADEL, M.; PUJOLAR, O.; SANA-CHAILÉ DE NÉRÉ, S. (Coords.), *Des liens et des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 663-673.

113 Sigo a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Prólogo. La reforma laboral de 2012”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y otros, *Legislación laboral y de Seguridad Social*, 14ª edición, Tecnos, Madrid, p. 42, y “Las claves de la reforma laboral 2012”, *Relaciones Laborales*, n° 23/24, Sección Monografías, Diciembre 2012, Tomo I, p. 1, La Ley 18629/2012, en <http://laleydigital.laley.es>, pp. 2 y 3.

de trabajo, dado el excesivo ajuste por medio de los despidos por parte de las empresas españolas en tiempos de crisis, en lugar de modificaciones en las horas trabajadas<sup>114</sup>. En definitiva, el legislador parece confiar en que facilitar el despido no suponga un incentivo para despedir indiscriminadamente, sino que la extinción se utilice solo como un último recurso, cuando no sean adecuadas la ampliación del poder de dirección, las medidas de flexibilidad interna o, incluso, la flexibilización de la negociación colectiva<sup>115</sup>. El peligro es que, de no ser así, al menos a corto plazo, la reforma aumente las extinciones contractuales y los niveles de desempleo, porque solo a medio o largo plazo, y si se produce un crecimiento económico relevante, podría suponer un incentivo para lograr la recuperación del empleo estable.

Por desgracia, el riesgo ha sobrevenido en la práctica. No sabemos si la reforma ha servido o servirá para crear empleo<sup>116</sup>. Pero no hay duda de que ha facilitado el despido y, al menos durante un tiempo, no frenó la destrucción de empleo<sup>117</sup>. Una reforma que pretendía crear empleo y evitar su destrucción se saldó, al menos a corto plazo, en un mayor número de despidos. El problema es que recae en el empresario, por ejemplo, la determinación de la conveniencia u oportunidad de acudir a la flexibilidad interna o al despido colectivo. La aplicación de una u otra medida queda al arbitrio del empresario, que puede inclinarse por aumentar la flexibilidad interna, por modificar la cuantía del salario o, en fin, por extinguir un cierto número de contratos de trabajo. En este sentido, el legislador ha pretendido suprimir, o al menos atenuar, el control de razonabilidad o proporcionalidad de las decisiones del empresario. Sin una instancia que valore el carácter irrazonable o desproporcionado de un despido, el empresario puede descartar una medida de flexibilidad interna y optar por la extinción de la relación jurídica. Cabe, pues, preguntarse si el juego combinado de las reglas sobre contratación, flexibilidad interna y extinción del contrato sirve para crear empleo o solo para acelerar y facilitar su destrucción a corto plazo, y permitir, por ejemplo, la sustitución de trabajadores de edad avanzada por otros más jóvenes, que prestarán sus servicios con contratos más expuestos a las arbitrariedades del empresario.

.....

114 OCDE, *OECD Employment Outlook 2012. Spain*, 2013, p. 2.

115 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012", *Diario La Ley*, nº 7833, Sección Doctrina, 9 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-144, La Ley 3157/2012, en <http://laleydigital.laley.es>, p. 11; "Prólogo. La reforma laboral de 2012", *cit.*, pp. 50 y 51, y "Las claves de la reforma laboral 2012", *cit.*, p. 14.

116 Cfr. distintas opiniones en ROSNICK, D. y WEISBROT, M., *Has Austerity Worked in Spain?*, Center for Economic and Policy Research, December 2015, 12 pp., en <http://cepr.net/documents/Spain-2015-12.pdf>; VIDAL-FOLCH, X., "La austeridad no multiplica el empleo", *El País*, 3 de marzo de 2016; ZANCAJO, S., "La reforma laboral permite crear empleo en cuanto el PIB es positivo", *El Economista*, 14 de abril de 2017, y ALONSO, C., "La contratación indefinida firma un récord histórico de 38 meses al alza", *El Economista*, 14 de abril de 2017.

117 Según ha reconocido el BANCO DE ESPAÑA, *Informe anual 2012*, 2013, 280 pp., la reforma laboral apenas ha servido para aminorar la destrucción de empleo o limitar la dualidad del mercado de trabajo. En su evaluación provisional de la reforma laboral, el Banco de España concluye que ha servido para bajar los salarios, pero no ha determinado cambios en las pautas recientes de creación y destrucción de empleo.

Por otro lado, las buenas intenciones del legislador, en el sentido de concebir el despido como un último recurso, contrastan con un objetivo claro de la reforma: facilitar el despido del personal laboral al servicio del sector público<sup>118</sup>. Por vez primera, la reforma laboral de 2012 permite expresamente el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. Zanja así una vieja polémica, y pretende corregir la interpretación de algunos juzgados, que vedaban esa facultad a las administraciones públicas. En este sentido, la Ley 3/2012, de 6 de julio, añade la disposición adicional vigésima -hoy decimosexta- al ET, para posibilitar el despido colectivo (art. 51 ET) u objetivo [art. 52 c) ET] del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre<sup>119</sup>. Pese a existir algunas disposiciones normativas más puramente administrativas, como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el legislador laboral ha optado por determinar el ámbito subjetivo por remisión a una norma sectorial del ámbito administrativo, como es la Ley de Contratos del Sector Público (art. 3). La referencia al ámbito de aplicación del artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público implica el deseo del legislador laboral de incluir, en el ámbito de aplicación, el conjunto de los entes instrumentales que componen el sector público, y que lo integran por la referencia a que existan fondos públicos en su financiación o en la conformación de su patrimonio, con independencia de la propia naturaleza jurídica del ente en cuestión<sup>120</sup>. Ahora bien, el precepto distingue entre el sector público administrativo y el sector público empresarial o fundacional. El despido debe realizarse siempre “en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la Administraciones públicas”, con alguna precisión añadida para las administraciones y entidades de naturaleza pública. Se entiende que concurren causas económicas cuando se produce una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Que la

.....

118 Conviene recordar que la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, no se aplica “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción” [art. 2 b)].

119 Completan y desarrollan la disposición adicional 16ª ET los artículos 34 a 48 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. En la doctrina, cfr. PALOMAR, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2012 (Comentario), en <http://www.westlaw.es>, 6 pp.; VARELA, B., “El despido objetivo en el sector público”, *Diario La Ley*, nº 7945, Sección Columna, 17 de octubre de 2012, y nº 7961, Sección Columna, 9 de noviembre de 2012, en <http://laleydigital.laley.es>, 5 pp., y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, nº 7, Sección Doctrina, Julio-Agosto 2013, en <http://laleydigital.laley.es>, 30 pp.

120 PALOMAR, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *cit.*, pp. 2 y 3.



insuficiencia presupuestaria justifique el despido por motivos económicos en los entes, organismos y entidades públicas allana, en muchos casos, la extinción. Además de facilitar y abaratar el despido, permite a la administración provocar la causa que motiva la ruptura del contrato. En muchos organismos, la totalidad o una gran parte del presupuesto proceden de la dotación presupuestaria que se les asigne. Por tanto, depende de la decisión de los responsables políticos que se den las causas que permiten la procedencia del despido. A su vez, la ley aclara que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. La ley omite una referencia específica a las causas productivas. El despido podrá ser individual o plural [art. 52 c) ET] o colectivo (art. 51 ET), y conllevará el pago de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades [arts. 51.4 y 53.1 b) ET]. En definitiva, el legislador pretende allanar el despido del personal laboral al servicio del sector público<sup>121</sup>. Tal circunstancia, unida a las restricciones para la oferta de empleo público en las leyes de presupuestos, derivadas de la tasa de reposición, han permitido una destrucción de empleo en el ámbito del sector público.

A mi juicio, aplicada como pretende el legislador, y aunque la ha avalado el Tribunal Constitucional<sup>122</sup>, la regulación legal del despido no respeta algunos de los compromisos

.....

121 En este sentido, el acuerdo quinto, apartado primero, de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, declara que las medidas laborales que se adopten, en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento, “se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”. Aunque el precepto hace pensar en un cierto automatismo de las causas que justifican el despido, las mismas no tendrán por qué ser adecuadas en todo caso, ni se sustraerán al control de los tribunales, que seguirán aplicando sus criterios a la luz de lo dispuesto en las normas laborales: cfr. MARTÍN, R., “Medidas laborales en el marco de los planes de reestructuración y racionalización del sector público (en especial, el empresarial y fundacional estatal)”, Gómez Acebo & Pombo, *Análisis*, abril de 2012, p. 3. Así pues, no cabe entender que, de forma indirecta, la Orden HAP/583/2012 haya creado una nueva causa de extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio del sector público. Dicho de otro modo, la decisión política de reestructurar y racionalizar el sector público empresarial, y su obligada concreción por los organismos afectados, no es, en sí misma, un supuesto justificado de extinción de los contratos de trabajo por cualquiera de las causas que menciona la disposición adicional segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que añade la disposición adicional 20ª- hoy 16ª- al ET. Así, por ejemplo, la sola fusión de dos empresas del sector público empresarial no hace posible el despido, si no concurre una causa económica, técnica u organizativa. En suma, no cabrá invocar una causa económica si se fusionan dos empresas públicas que tienen beneficios.

122 El ATC 43/2014, de 12 de febrero, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3801/2013, que había planteado el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, y considera adecuada la nueva regulación de la indemnización por despido improcedente. Asimismo, la STC 8/2015, de 22 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por los grupos parlamentarios del Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Plural, rechaza que la reforma laboral “haya consagrado un despido colectivo no causal [...] basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial”. Al contrario, afirma que, al prescindir de las referencias a la prueba de la concurrencia de la causa de despido y a la acreditación de las razones de la decisión de extinción, la ley “suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica” para los empresarios. La sentencia añade que la nueva redacción “impone al empresario



que asumió España al ratificar el Convenio núm. 158 de la OIT<sup>123</sup>. Junto a vulneraciones anteriores, como el desconocimiento del derecho de defensa o el tratamiento del despido por absentismo, el régimen legal incurre en otras nuevas, como la relativa a la ampliación del periodo de prueba o la vinculada a la justificación del despido y a la posibilidad de control judicial. Algunas de esas antinomias pueden salvarse mediante la interpretación judicial y la argumentación jurídica. Otras exigen la inaplicación de la disposición de derecho interno por los jueces y tribunales, o la actividad del legislador para asegurar el respeto de los instrumentos de derecho internacional<sup>124</sup>. Por el contrario, desde el punto de vista del Convenio núm. 158 de la OIT, no cabe hacer reproche alguno a la reducción de las indemnizaciones por despido y a la supresión, en algunos casos, de los salarios de tramitación. Con todo, al abordar la reforma del despido, el legislador parece haber olvidado que la flexiseguridad exige un equilibrio entre la flexibilidad en el puesto de trabajo, el alcance de la protección social y la eficacia de las políticas activas de empleo. Los tres ejes de la flexiseguridad se hallan en una relación de interdependencia. Y así, la flexibilización del régimen jurídico del despido debería haber ido acompañada de una mejora de la protección por desempleo y de las políticas activas de empleo. Modificar tan solo un elemento, sin alterar los otros, puede provocar efectos indeseados. Así, por ejemplo, una reducción general de las indemnizaciones por despido, sin una protección social elevada y un funcionamiento adecuado del mercado de trabajo, perjudica a los trabajadores de edad avanzada, lo que contradice el objetivo de la prolongación de la vida laboral, presente en el derecho de la Unión Europea e interno<sup>125</sup>. De igual modo, los trabajadores más jóvenes sufren de modo particular las consecuencias de la falta de estabilidad en el empleo, lo que retrasa aún más la edad de la emancipación o dificulta el acceso a la vivienda<sup>126</sup>. En el mo-



un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el que debe entregarles no solo una ‘memoria explicativa de las causas del despido colectivo’, sino también ‘toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo’; en definitiva, el precepto impugnado “dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre”, lo que, además, permite al órgano judicial realizar un “control efectivo” sobre la decisión empresarial.

123 Artículos 2.2 b), 4, 6.1, 7, 8, 9.1 y 9.3.

124 No parece que resulte necesario acudir a la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los instrumentos de derecho internacional. Los Convenios de la OIT se aplican de forma directa en el derecho interno, si sus disposiciones tienen carácter *self executing*, como es el caso del Convenio núm. 158.

125 Según un informe de UGT, la tasa de desempleados mayores de 55 años se ha multiplicado por tres desde 2007 hasta 2016. Cfr. UGT, *Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español*, febrero de 2017, en <http://www.ugt.es/Publicaciones/2017-04-01-%20INFORME%20MAYORES%2055%20A%C3%91OS-OK.pdf>, 32 pp., y los resúmenes: “Las reformas laborales de 2010 y 2012 han llevado a los mayores de 55 años a la pobreza”, UGT, 9 de abril de 2017, en <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=2768> y, en la prensa económica, “La tasa de desempleados mayores de 55 años se ha multiplicado por tres de 2007 a 2016”, *Expansión*, 9 de abril de 2017, y “La tasa de desempleados mayores de 55 años se ha multiplicado por tres desde 2007”, *El Economista*, 9 de abril de 2017 y, asimismo, “El Gobierno ha penalizado especialmente a los desempleados mayores de 55 años”, UGT, 31 de marzo de 2017, en <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=2737>. Cfr. también “Fedea advierte del aumento de la edad media de los parados, con el 37% superando los 45 años”, *Expansión*, 5 de mayo de 2017.

126 Cfr. ALONSO, C., “El 73% de los jóvenes trabajadores son empleados temporales, la segunda tasa más elevada de la UE”, *El Economista*, 13 de mayo de 2017, que recoge datos de Eurostat. En la Unión Europea, el 43,8% de los menores de 25 años tiene un contrato de duración determinada.

delo de la flexibilidad, tiene una gran importancia el buen funcionamiento de los servicios públicos de empleo. En España, por la falta de recursos o una gestión poco eficiente, los servicios públicos de empleo no contribuyen de forma significativa a la intermediación en el mercado de trabajo. Cabe cuestionar la conveniencia de delegar ese papel en las empresas de trabajo temporal y agencias privadas de colocación con o sin fines lucrativos. También es dudoso que los métodos tradicionales para incentivar el empleo, como las subvenciones o la reducción de las cuotas a la seguridad social, sirvan para hacer que un empresario contrate a un trabajador que no necesita. Así, no parece que el legislador haya enfocado, con la necesaria prudencia, el debate sobre la flexiseguridad.

Pese a las reformas y a las medidas de austeridad, la tasa de desempleo es todavía del 17,8%<sup>127</sup>. Resulta indudable que ha bajado más de nueve puntos desde que alcanzó su nivel máximo, en 2013, con el 27,2%, y que se ha recuperado una parte del empleo destruido en la crisis<sup>128</sup>. También es claro, por ejemplo, que España es el miembro de la OCDE donde más ha bajado el desempleo en los meses de julio de 2016<sup>129</sup> y enero de 2017<sup>130</sup>. Con todo, tras Grecia, es el país de esa organización con más desempleo en términos relativos. Además, son alarmantes las cifras del desempleo juvenil y de los parados de larga duración<sup>131</sup>.



127 Cfr. Eurostat, Newsrelease, Euroindicators, 86/2017, 31 May 2017. The highest unemployment rates were observed in Greece (23.2% in February 2017) and Spain (17.8%). In April 2017, 3.746 million young persons (under 25) were unemployed in the EU28, of whom 2.617 million were in the euro area. Compared with April 2016, youth unemployment decreased by 600.000 in the EU28 and by 419.000 in the euro area. In April 2017, the youth unemployment rate was 16.7% in the EU28 and 18.7% in the euro area, compared with 19.0% and 21.4% respectively in April 2016. In April 2017, the lowest rate was observed in Germany (6.8%), while the highest were recorded in Greece (47.9% in February 2017), Spain (39.3%) and Italy (34.0%). Conviene recordar que, entre 1996 y 2006, se crearon en España 6,9 millones de puestos de trabajo y la tasa de desempleo bajó del 22% al 8,5%.

128 “El Gobierno asegura que el 72% del empleo indefinido y el 33% del temporal destruido por la crisis ‘ya se ha recuperado’”, *Expansión*, 29 de abril de 2017. Según las previsiones del gobierno, en la actualización del Programa de Estabilidad, el desempleo bajará al 11,2% a finales de 2020: cfr. *Previsiones Económicas del Gobierno*, Madrid, 28 de abril de 2017, y “El Gobierno actualiza el Programa de Estabilidad, que mejora las previsiones de crecimiento, empleo y déficit hasta 2020”, La Moncloa, Madrid, viernes 28 de abril de 2017, en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2017/280417-consejo.aspx> y, en la prensa, “El Gobierno calcula que el paro bajará al 11,2% a finales de 2020”, *El País*, 28 de abril de 2017; “El Gobierno prevé que la tasa de paro caiga al 11,2%, su nivel más bajo desde el inicio de la crisis”, *Expansión*, 28 de abril de 2017; VIÑAS, J., “El Gobierno comunica a Bruselas que el paro bajará al 11,2% en 2020”, *Cinco Días*, 29 de abril de 2017, y GUTIÉRREZ, I. y BAJO BENAYAS, J. L., “De Guindos rebaja el paro al 11,2% en 2020 pese al menor crecimiento”, *El Economista*, 29 de abril de 2017. El optimismo del gobierno contrasta con los resultados de algunas investigaciones, según las cuales el desempleo estructural alcanza, como mínimo, el 14% en España: cfr. ROMERO, M. y FUENTES, D., “Tasa de paro estructural en la economía española: estimaciones, consecuencias y recomendaciones”, *Cuadernos de Información Económica*, Funcas, nº 257, marzo/abril 2017, pp. 49-57, en <https://www.funcas.es/Publicaciones/Publicaciones.aspx> y, en la prensa, GUTIÉRREZ, I., “El paro estructural alcanza como mínimo el 14% en España y limita el avance potencial del PIB”, *El Economista*, 1 de mayo de 2017.

129 “España, país de la OCDE donde más bajó el paro en julio, aunque está en 19,6%”, *Expansión*, 12 de septiembre de 2016.

130 ESPERANZA, D., “España, a la cabeza de los países de la OCDE en los que más bajó el paro en enero”, *Expansión*, 9 de marzo. Junto con Irlanda, Eslovaquia y Luxemburgo, España es el país de la OCDE en el que más disminuyó la tasa de desempleo: en concreto, dos décimas, hasta el 18,2%.

131 Cfr. CALDERÓN, I., “Casi 2 millones de parados llevan dos años o más fuera del mercado laboral”, *El Economista*, 23 de agosto de 2016. Los parados de larga duración suponen el 42% del total. Cfr. OECD, *Education at a Glance 2016*, September 15, 2016, y, en la prensa, “España reduce su porcentaje de ‘ninis’ pero continúa a la cabeza de la OCDE”, *El Economista*, 16 de septiembre de 2016, y, asimismo, “¿Cuál es el perfil de los parados españoles?”, *Expansión*, 15 de abril de 2017.

En fin, desde 2010, ha caído de forma considerable la tasa de cobertura del sistema de protección por desempleo<sup>132</sup>.

Sea como fuere, en épocas de crisis, con tasas elevadas de desempleo, los poderes públicos pueden ceder a la tentación de concentrar los esfuerzos en los aspectos cuantitativos, olvidando así los cualitativos. ¿Suponen los *minijobs* una alternativa adecuada al desempleo?<sup>133</sup> ¿Otorgan una protección digna? ¿Sirven para conjurar el peligro de la pobreza y la exclusión social? Cabe incurrir en el prejuicio de que existe una jerarquía entre las necesidades materiales y espirituales y una lógica diacrónica entre los objetivos económicos y sociales y entre la cantidad y la calidad. Desde ese punto de vista, primero habría que cubrir las necesidades materiales y luego las espirituales; habría que fomentar primero la creación de puestos de trabajo, y preocuparse luego de mejorar la calidad del empleo. Pues bien, hay que evitar la contraposición entre el empleo y los derechos. No basta con crear empleos. El empleo debe ser digno, con derechos. La noción de trabajo decente no solo expresa la necesidad de acceder al empleo, sino de que el trabajo sea con derechos, en condiciones saludables y con una remuneración suficiente<sup>134</sup>. Aun así, muchas personas realizan trabajos inaceptables, con condiciones laborales pésimas.

En España, la reforma laboral ha contribuido -o, al menos, no ha servido para hacer frente- al deterioro de la calidad en el empleo. Tras la reforma laboral de 2012, los salarios han bajado<sup>135</sup>, el salario de los nuevos empleos es inferior al de los antiguos<sup>136</sup> y el salario

132 La tasa de cobertura del sistema de protección por desempleo, que relaciona el número de beneficiarios y el de desempleados potencialmente con derecho a prestación, ha bajado en 22,1 puntos desde 2010, cuando alcanzó su valor máximo, hasta 2016. En julio de ese año, la tasa era del 79,8% y, en julio de 2016, 57,7%. En un lustro, la caída equivale a una reducción del 27%. En el mes de julio de 2016, y según los datos del Ministerio de Empleo, la tasa de cobertura se situó en el 57,7 por ciento, un 1,4 por ciento menos que hace un año, lo que implica que el 42,3 por ciento de los desempleados no ha cobrado ninguna prestación en el periodo. Cobran el desempleo apenas dos millones de parados, que perciben una media de 774 euros, lo que supone un gasto para el SPEE de 1.510 millones en el mes de julio. Cfr. ALONSO, C., “El cierre de la temporada estival deja la mayor caída de la afiliación desde 2008”, *El Economista*, 3 de septiembre de 2016. En los últimos meses, la tasa de cobertura ha bajado aún más. Según los datos del Ministerio de Empleo, al cierre del mes de febrero, un total de 1,56 millones de desempleados percibían una prestación, lo que supone un 55,5% del total. Eso significa que casi el casi el 45% de los desempleados no recibe ningún ingreso público. Así pues, durante los últimos cuatro años, y según los datos del Ministerio de Empleo, la tasa de cobertura lleva estancada entre el 50 y el 60%, muy lejos del casi 80% en que se hallaba en 2010. Cfr. CALDERÓN, I., “La mejoría del empleo baja el coste pero no mejora la cobertura: el 45% de los parados siguen sin prestación”, *El Economista*, 21 de abril de 2017.

133 Cfr. un resumen de la regulación de los *minijobs* en Alemania, por ejemplo, en <http://minijob.com.de/Rechtliche-Grundlagen-des-Minijobs.html>; “Minijob. Diese Regeln sollten Sie kennen”, 2 de febrero de 2017, en <https://www.optimal-absichern.de/magazin/minijob.php>, y “Minijob 2017: Alle Gesetzesänderungen, die Sie als Nebenjobber kennen sollten”, en [http://www.nebenjob.de/ratgeber\\_nebenjobs/minijob-2017-aenderungen.html](http://www.nebenjob.de/ratgeber_nebenjobs/minijob-2017-aenderungen.html).

134 Cfr., por ejemplo, OIT, *Estado del trabajo decente en el mundo*, Nota informativa, Jornada mundial por el trabajo decente, 7 de octubre de 2015, Oficina de la OIT para España, 2015, pp. 8 ss.

135 Tras la reforma laboral de 2012, las grandes empresas han reducido los salarios un 10%: cfr. FUNDACIÓN SAGARDOY y ADECCO, *Tercer observatorio de seguimiento de la reforma laboral 2012*, Club de Excelencia en Sostenibilidad, Madrid, 2014, p. 15. Dominique Cerri, directora general de InfoJobs, constata que el empleo es de peor calidad que antes de la crisis, y afirma que, “en términos monetarios, los salarios están reforzando las desigualdades: suben los más altos, apenas aguantan los medios y caen los más bajos”. Cfr. GARCÍA, A., “Dominique Cerri: ‘España tiene que dar solución a sus problemas laborales de temporalidad y salarios bajos’”, *El Economista*, 22 de marzo de 2017.

136 En los últimos diez años (2006-2015), los trabajadores que encuentran empleo por primera vez han ganado

medio por hora es inferior al de países con un nivel de desarrollo equiparable<sup>137</sup>. Como ha advertido la OIT, el gobierno español debe continuar realizando, en consulta con las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, todos los esfuerzos necesarios para tener en cuenta, en la medida en que sea posible y apropiado, las necesidades de los trabajadores y de sus familias y los factores económicos mencionados en los apartados a) y b) del artículo 3 del Convenio núm. 131, sobre la fijación de salarios mínimos, y dar a cada uno de esos elementos el peso adecuado para determinar el nivel de los salarios mínimos<sup>138</sup>. Ha aumentado la precariedad, tanto en lo que se refiere a los contratos de duración determinada como a tiempo parcial, sobre todo en algunos sectores, como la sanidad pública<sup>139</sup>. No ha descendido la tasa de temporalidad, muy elevada, y uno de los males endémicos del mercado de trabajo español, junto al desempleo insostenible<sup>140</sup>. Ade-



de media un 24% menos que los que ya están en el mercado de trabajo. Es el impacto de la crisis económica, la flexibilidad laboral y otras circunstancias del trabajador y de su empresa. Cfr. IZQUIERDO, M. y REGIL, A., “La evolución del empleo y del paro en el primer trimestre de 2017, según la Encuesta de Población Activa”, Banco de España, Notas económicas, 28 de abril de 2017, 9 pp., en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/T2/fich/bene1702-nec5.pdf> y, en la prensa, VALVERDE, M., “Los nuevos empleos ganan un 24% menos que los antiguos”, *Expansión*, 29 de abril de 2017.

137 Cfr. los datos de Eurostat que recoge el equipo de análisis de Bankinter, y que resumen ESPERANZA, D. y GALERA, C., “Los españoles ganan un 60% menos que los trabajadores de los países nórdicos”, *Expansión*, 22 de marzo de 2017. Los españoles ocupan el puesto número 16 en el ranking de los mejores sueldos de Europa. Con un salario medio de 9,8 euros la hora, nuestro país está muy por detrás de las remuneraciones de otros países de la Unión Europea, como los nórdicos o los pertenecientes al antiguo Benelux, que ocupan los primeros puestos de los mejor pagados. En España, el salario medio es un 60% inferior al de países como Dinamarca, Noruega o Suiza, donde se gana más de 25 euros la hora. España está lejos de la remuneración recibida en las grandes economías de Europa, como Francia, país en el que se cobra 14,8 euros de media la hora, Reino Unido, 14,7 euros, o Alemania, 15,3 euros. Asimismo el salario está por debajo del de otros países mediterráneos, como Italia, cuyo sueldo medio es de 12,3 euros. El sueldo de España es también inferior a la media de los salarios por hora de los 33 países que conforman esa lista, que asciende a 10,66 euros, un 8% mayor al español. Aun así, los salarios en España son todavía muy superiores al de 17 países europeos. La remuneración más baja se da, sobre todo, en los países del este de Europa, cuyos sueldos se encuentran entre los 1,7 euros y los 8,5 euros la hora. Los países en los que se dan los salarios más bajos son Bulgaria, Rumanía y República de Macedonia, cuyos sueldos no superan los 2 euros. Según otras informaciones, que se apoyan también en los datos que publica Eurostat y ha recogido UGT, los costes por hora trabajada en España ascienden a 21,3 euros, 4,1 euros menos que en la media de la Unión Europea y 8,5 menos que en la zona euro. Esos datos llevan al sindicato a denunciar que la contención de los costes laborales no se traduce en un aumento de la competitividad: cfr. “La hora trabajada en España es 8,5 euros más barata que en la media de la zona euro”, *El Economista*, 16 de abril de 2017. Cfr. también “El sueldo medio en España ronda los 1.600 euros”, *Expansión*, 10 de mayo de 2017, y MURILLO, F.J., “Así es el salario medio en Europa y en España”, *Expansión*, 13 de mayo de 2017.

138 Cfr. OIT, “Cuarto informe complementario: Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT)”, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 329.ª reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de 2017, Vigésimo punto del orden del día, Informe del Director General, GB.329/INS/20/4, 15 de marzo de 2017, párrafo 39, p. 11.

139 STJUE de 14 de septiembre de 2016, *caso María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, y 14 de septiembre de 2016, *caso Florentina Martínez Andrés y otro contra Servicio Vasco de Salud y otro*. Según el informe *La precariedad laboral del colectivo médico. Realidades y propuestas*, del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (COMB), uno de cada tres médicos trabaja en condiciones de inestabilidad y la mitad de los facultativos menores de 45 años encadenan contratos de duración determinada. Cfr. un resumen del informe en MOUZO, J., “Uno de cada tres médicos tiene empleos precarios”, *El País*, 16 de junio de 2016.

140 Según los datos de Eurostat, España es el segundo país de la Unión Europea con mayor tasa de temporalidad: a finales de 2016, el 26,1% de los trabajadores carecen un contrato de trabajo de duración indefinida, prácticamente el doble de la media en la Unión Europea (14,1%). Cfr. SÁNCHEZ, A., “España es el segundo país de la Unión Europea con más empleo temporal”, *El País*, 2 de mayo de 2017. A juicio de la OIT, el alcance de las últimas reformas



más, en la OCDE, España tiene la tasa más baja en la transición de contratos de duración determinada a contratos de duración indefinida<sup>141</sup>. Pese a que se firman más contratos, son de una duración menor y hay un porcentaje excesivo de puestos de baja cualificación. Por otro lado, la mayoría de los contratos a tiempo parcial son no deseados y suscritos por mujeres<sup>142</sup>. Además, el contrato de apoyo a los emprendedores, polémico en lo que hace a la regulación de un periodo de prueba de un año, ha fracasado en el intento de fomentar la creación de empleo estable. Según algunos estudios, el contrato de duración indefinida se ha tornado más inestable. En los últimos años, ha crecido la rotación -las altas y bajas- en el empleo indefinido<sup>143</sup>. En suma, no existe una constancia empírica de que la reforma laboral haya contribuido a la creación de empleo y a la reducción de la tasa de desempleo, todavía muy elevado, pero sabemos que ha facilitado el despido y la devaluación salarial y, con toda verosimilitud, ha hecho posible un aumento de la precariedad. Hoy, la figura del trabajador pobre, que ha vuelto a aparecer, pone en entredicho el modelo de equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social que han establecido los poderes públicos, cuestiona la legitimación política, económica y social del sistema de producción capitalista, puede hacer tambalear los cimientos del sistema laboral y de protección social y supo-



laborales, que se han centrado en reducir el coste del despido de los contratos indefinidos, ha sido limitado en su capacidad para alterar las actitudes hacia la reorganización del trabajo en la empresa, y no ha servido para reducir la dualidad o segmentación en el mercado de trabajo: cfr. ILO, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, p. 78. En España, el elevado porcentaje de contratos de duración determinada es un mal no resuelto, pese a las continuas reformas laborales. En este sentido, Dominique Cerri, directora general del portal de empleo InfoJobs, que opera en España e Italia, considera que, aunque se observa una recuperación del mercado laboral en nuestro país, “lo importante es dar una solución a los problemas que quedan por resolver para que el mercado laboral español se recupere en condiciones óptimas: la temporalidad, los bajos salarios, la elevada tasa de paro entre jóvenes y mayores de 45 años...”. Cfr. GARCÍA, A., “Dominique Cerri: ‘España tiene que dar solución a sus problemas laborales de temporalidad y salarios bajos’”, *El Economista*, 22 de marzo de 2017 y, asimismo, “La duración del contrato temporal en la industria cae a menos de dos meses”, *El País*, 13 de enero de 2016; “Los contratos precarios alcanzaron en 2015 sus máximos históricos”, *El País*, 1 de febrero de 2016; “La firma de contratos marca máximos pero cada vez son más breves”, *El País*, 13 de agosto de 2016; “Más de medio millón de españoles encadena contratos temporales desde hace seis años”, *Expansión*, 29 de enero de 2017; Gómez, Manuel V., “La reforma laboral cumple cinco años: más empleo, pero de peor calidad”, *El País*, 10 de febrero de 2017; “Uno de cada tres contratos firmados en enero duraron menos de un mes”, *El Economista*, 26 de febrero de 2017, y BERNAL ALONSO, M.A., “Empleo: no es oro todo lo que reluce”, *El Economista*, 15 de abril de 2017.

141 ZANCAJO, S., “España es el país de la OCDE donde menos temporales pasan a ser fijos”, *El Economista*, 20 de marzo de 2017. Apenas uno de cada diez trabajadores con un contrato de duración determinada consigue uno de duración indefinida.

142 En España, según la OIT, un 60% de trabajadores a tiempo parcial lo es involuntariamente, porque no encuentra un trabajo a jornada completa. El 72% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Cfr. PASCUAL, R., “OIT alerta: el tiempo parcial no es antesala de un empleo mejor”, *Cinco Días*, 13 de enero de 2017; “Los trabajadores a tiempo parcial crecen un 19,1% desde 2007 y ya rozan los 2,7 millones”, *El Economista*, 16 de enero de 2017; CALDERÓN, I., “El empleo a tiempo parcial en España, cuestión de sexo: el 72% de los puestos están ocupados por mujeres”, *El Economista*, 23 de febrero de 2017, y GÓMEZ, M.V., “España, segundo país de la UE con más subempleo”, *El País*, 24 de mayo de 2017.

143 Cfr. “La contratación indefinida se asocia cada vez más con la rotación laboral y la precariedad y menos con una relación laboral estable”, noticia publicada el 9 de agosto de 2016, en la página web del sindicato CC.OO.: [http://www.ccoo.es/noticia:206544--%E2%80%9CLa\\_contratacion\\_indefinida\\_se\\_asocia\\_cada\\_vez\\_mas\\_con\\_la\\_rotacion\\_laboral\\_y\\_la\\_precariedad\\_y\\_menos\\_con\\_una\\_relacion\\_laboral\\_estable%E2%80%9D](http://www.ccoo.es/noticia:206544--%E2%80%9CLa_contratacion_indefinida_se_asocia_cada_vez_mas_con_la_rotacion_laboral_y_la_precariedad_y_menos_con_una_relacion_laboral_estable%E2%80%9D) y, asimismo, “La rotación en el empleo indefinido aumenta tras la reforma laboral”, *El País*, 5 de febrero de 2015, y “La rotación en el empleo indefinido crece en 2015”, *El País*, 7 de febrero de 2016.



ne una amenaza para la pervivencia del paradigma en los albores de la cuarta revolución industrial.

## 2.2. La protección social como amortiguador social y estabilizador económico

En fin, el trabajo decente constituye una estrategia integrada que vincula la seguridad social con otras cuestiones laborales, a fin de proporcionar la seguridad de ingresos a un mayor porcentaje de la población. La seguridad social contribuye al logro de la justicia social y de una globalización equitativa<sup>144</sup>. En un contexto de crisis financiera y económica, resulta esencial mantener y aun reforzar la protección social, porque desempeña un papel de amortiguador social y estabilizador económico, según subrayan el apartado 12 del Pacto Mundial para el Empleo y el preámbulo de la Recomendación núm. 202 de la OIT, de 2012, sobre los pisos o umbrales de protección social<sup>145</sup>. Sin embargo, en no pocos casos, se han perseguido la consolidación fiscal y la reducción de la deuda pública a costa de los derechos sociales.

En España, como en otros países, el derecho a la seguridad social se halla inmerso en un proceso de reforma permanente, de gran complejidad<sup>146</sup>. Con todo, cabe distinguir entre los cambios estructurales, que han ayudado a consolidar el sistema, y que se han llevado a cabo, en general, en el marco del Pacto de Toledo a partir de los años noventa, y las reformas específicas o más coyunturales, ligadas a la última crisis financiera y económica.

En efecto, la última fase de las reformas estructurales está marcada por las recomendaciones del Pacto de Toledo, sobre el análisis de los problemas estructurales de la seguridad y de las principales reformas que deberán acometerse. El Pacto es un informe que aprobó el pleno del Congreso de los Diputados, el 6 de abril de 1995, y que se renovó el 2 de octu-

.....

144 Cfr OIT, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe VI, Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, 2011, Sexto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, ILC.100/VI, 201 pp., y *La seguridad social y la primacía del derecho*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, ILC.100/III/1B, 317 pp.

145 El título oficial de la recomendación es “Pisos de protección social”. Al menos en castellano, hubiese sido mejor denominarla “Umbrales de protección social”, para evitar toda confusión con el sector inmobiliario. Otras posibilidades quizá hubiesen sido “suelos” o “zócalos”.

146 Cfr. una visión de conjunto de la reforma del derecho de la seguridad social en España para hacer frente a la crisis en VALLE, J.M. DEL, “La evolución de la normativa de Seguridad Social durante la crisis económica y su ajuste a los compromisos de España con la OIT”, en GIL, J. L. (Dir.), *Reformas laborales ante la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, pp. 231 ss., y GIL, J. L. y MARTIN, P., “Le système espagnol de protection sociale à l'épreuve de la crise”, en TURQUET, P. (Dir.), *La crise de la protection sociale en Europe. Adaptation ou refondation*, Preses Universitaires de Rennes, 2015, pp. 53-66.

bre de 2003<sup>147</sup>. El documento describe la evolución del sistema español de pensiones, analiza los factores que podrían afectarlo en el futuro, y propone quince recomendaciones<sup>148</sup>. Encomienda al Congreso de los Diputados la creación de una ponencia sobre la evolución del sistema de pensiones y de una comisión permanente no legislativa de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, que se reúne periódicamente, y en la que participan todos los grupos parlamentarios<sup>149</sup>. El Pacto de Toledo, que surgió del acuerdo entre todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, ha servido para que las grandes reformas se aprueben por consenso, tras los acuerdos del diálogo social. En general, los grupos parlamentarios discuten en la comisión de seguimiento del Pacto de Toledo a partir de los acuerdos sociales, resultado del diálogo social. El Parlamento aprueba luego las medidas propuestas. Hay, pues, un proceso consensual.

En buena medida, las reformas estructurales de la seguridad social se han llevado a cabo en el marco del Pacto de Toledo. Antes de la crisis, se produjeron reformas importantes, en especial en el campo de las pensiones de jubilación y de las prestaciones de desempleo. Así, a partir de 1996, las recomendaciones del Pacto de Toledo han determinado la evolución del sistema de pensiones. En el marco del Pacto de Toledo y del proceso de diálogo social, los interlocutores sociales han firmado varios acuerdos, que se han traducido en reformas importantes del sistema de seguridad social<sup>150</sup>. Durante la etapa democrática, el sistema de pensiones se ha modificado seis ocasiones: en 1985, 1997, 2002, 2007, 2011 y



147 Cfr. la resolución del Congreso de los Diputados, de 6 de abril de 1995, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie E, número 134, 12 de abril de 1995; la resolución del Congreso de los Diputados, de 2 de octubre de 2003, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D: General, número 596, 2 de octubre de 2003 y, asimismo, el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* (BOCG, IX Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie D: General, núm. 513, 31 de enero de 2011). El informe lo había adoptado ya la comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados el 30 de marzo de 1995. La aprobación tuvo su origen en una proposición no de ley del partido catalán *Convergència i Unió*, que propuso la inclusión de una ponencia (número 154/4) sobre la cuestión de la seguridad social en la comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados.

148 Las recomendaciones son: separación y clarificación de las fuentes de financiación; constitución de reservas; mejoras de las bases; financiación de los regímenes especiales; mejora de los mecanismos de recaudación y lucha contra la economía irregular; simplificación e integración de régimen especiales; integración de la gestión; evolución de las cotizaciones; equidad y carácter contributivo del sistema; edad de jubilación; mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones; reforzamiento del principio de solidaridad; mejora de la gestión; sistema complementario y, en fin, análisis y seguimiento de la evolución del sistema (Título IX).

149 Puede consultarse una información completa de los diarios de sesiones, composición, intervenciones e iniciativas tramitadas y en tramitación puede consultarse en la página [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?\\_piref73\\_7498063\\_73\\_1339256\\_1339256.next\\_page=/wc/detalleInformComisiones?idOrgano=343&idLegislatura=12](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?_piref73_7498063_73_1339256_1339256.next_page=/wc/detalleInformComisiones?idOrgano=343&idLegislatura=12).

150 Ya en octubre de 1996, el Gobierno, CC.OO. y UGT firmaron el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que dio lugar a la aprobación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, del mismo nombre. Más tarde, el 9 de abril de 2001, se suscribió entre el gobierno, CC.OO., CEOE y CEPYME el Acuerdo para la mejora del sistema de protección social, que recogió la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Cabe mencionar también el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 14 de junio de 2006, firmado por el Gobierno, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME, y que motivó la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, del mismo nombre. En fin, el acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero de 2011 por el gobierno, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME, dio lugar a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre la puesta al día, la mejora y la modernización del sistema de seguridad social.

2013. Sin embargo, cabe considerar que las reformas más importantes son las de 1985<sup>151</sup>, 1997<sup>152</sup>, 2011<sup>153</sup> y 2013<sup>154</sup>. De ellas, las de 1997 y 2011 se llevaron a cabo en el marco del Pacto de Toledo, con el acuerdo de los interlocutores sociales y para asegurar la viabilidad futura del sistema. En efecto, el gobierno y los sindicatos UGT y CCOO suscribieron, en octubre de 1996, el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de seguridad social, que motivó la aprobación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, del mismo nombre. Por otra parte, el 2 de febrero de 2011, el gobierno y los interlocutores sociales firmaron el acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, acoge ese acuerdo y se inscribe en el marco del diálogo permanente que instituye el Pacto de Toledo. A diferencia de la reforma negociada de las pensiones de 2011, que recibió un amplio apoyo social y político, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, no es el fruto del diálogo social.

El trabajo decente es un modelo integrado, y las reformas laborales que permiten o fomentan la bajada generalizada de los salarios, y hacen posible o no combaten la precariedad, deben tener en cuenta, por ejemplo, las repercusiones de la cantidad y calidad del empleo en el sistema de protección social y, en particular, en la sostenibilidad del sistema de pensiones. El elevado desempleo, la degradación de las condiciones de trabajo y la devaluación de los salarios, junto a otras causas, como la mayor esperanza de vida, ponen en peligro el sistema de pensiones. Como se sabe, el sistema español es de reparto, no de capitalización. Ahora, debido a la devaluación salarial y al elevado desempleo, se necesitan casi cuatro recién contratados para pagar la pensión de un nuevo jubilado<sup>155</sup>. Es una de las consecuencias más negativas de las políticas de devaluación salarial de los últimos años y una de las secuelas de la reforma laboral de 2012. Antes de la crisis de 2008, el gasto público en protección social en España se situaba en un nivel relativamente modesto, si se toma como punto de referencia el peso de las prestaciones sociales en proporción al PIB nacional<sup>156</sup>. Con todo, debe advertirse que, desde 1999 y hasta 2011, las cuentas de la Se-

.....

151 Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (BOE de 1 de agosto de 1985).

152 Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 16 de julio de 1997).

153 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011). Cfr. un resumen en GIL, J. L., "Espagne", *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2011/1, pp. 93 y 94.

154 Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE de 26 de diciembre de 2013).

155 Cfr. SÉRVULO, J., "Los nuevos pensionistas cobran más que los recién contratados", *El País*, 4 de junio de 2016.

156 En España, y según datos de Eurostat de 2010, el porcentaje de las prestaciones sociales era del 25,7% del PIB, y se situaba por debajo de la media europea, que era del 29,4%. La distribución de las prestaciones sociales era: desempleo: 14,1% (media de la UE: 6%); pensiones: 42,4% (45% en la UE); prestaciones sanitarias: 35,7% (37,4 %

guridad Social se encontraban en superávit. Esa situación de “buena salud” de las cuentas sociales debe atribuirse, en gran medida, al papel positivo del fondo de reserva creado en 1997 y constituido en 2000, cuyos recursos representaban, en 2011, aproximadamente el 6% del PIB. Sin embargo, el aumento del desempleo y de la deuda pública ha debilitado la financiación del conjunto. Así, el fondo de reserva de la seguridad social se ha reducido de forma drástica. Llegó a tener acumulados más de 66.814 millones de euros a finales de 2011. En unos meses, al haberse utilizado para pagar las pagas extras y las retenciones del IRPF de los nueve millones de pensionistas, se han consumido 19.200 millones, con lo que, el 31 de diciembre de 2016, quedaban 15.020 millones<sup>157</sup>. De este modo, con la presión a que ha sometido al estado de bienestar, la crisis financiera y económica, y sus consecuencias en el mercado laboral, ha suscitado la cuestión de la capacidad de resistencia que puede ofrecer el sistema público de protección social. ¿Cómo ha ayudado a amortiguar los efectos de la crisis? ¿Toca sus límites, debido a la austeridad impuesta a las finanzas públicas? En otras palabras, ¿asistimos al fortalecimiento de la protección, a la mera redistribución, o incluso a una reducción drástica de los beneficios sociales? Como ahora veremos, las autoridades españolas han ensayado distintas respuestas. Con todo, la tendencia parece ser hoy el debilitamiento del estado de bienestar, lo que, en definitiva,



en la UE); prestaciones familiares: 6% (8% en la UE); ayudas a la vivienda y lucha contra la exclusión social: 1,8% (3,6% en la UE). De ese modo, el peso de las prestaciones por desempleo era superior a la media europea. Cfr. GIL, J. L. y MARTIN, P., “Le système espagnol de protection sociale à l’épreuve de la crise”, *cit.*, p. 54.

157 El fondo de reserva de la seguridad social se creó en 1997 y se constituyó en 2000 para acumular los excedentes que empezaba a tener, por entonces, la seguridad social, y costear, cuando fuese necesario, sus déficits contributivos. En el número 2 del apartado IX, el Pacto de Toledo señala que “el sistema contributivo debe presentar presupuestos equilibrados. El sistema de pensiones precisa de la constitución de reservas que atenúen los efectos de los ciclos económicos. (...)”. Esa recomendación tuvo su reflejo en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, cuyo artículo 2 modifica el apartado 1 del artículo 91 de la Ley General de la Seguridad Social, y establece que, “con cargo a los excedentes de cotizaciones sociales que puedan resultar de la liquidación de los Presupuestos de la Seguridad Social, de cada ejercicio económico, se dotará el correspondiente Fondo de Reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema. (...)”. Aunque la Ley 24/1997, de 15 de julio, crea el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, hay que esperar hasta el año 2000 para entender que se constituye dicho fondo, tras realizarse la primera dotación de 601,012 millones de euros. En 2012, como consecuencia del deterioro del empleo y los ingresos de la seguridad social por la crisis de 2008, el gobierno empezó a utilizarlo. Ha pasado de tener 66.815 millones de euros en 2011 a poco más de 15.000 millones en la actualidad. Al ritmo actual, el fondo podría quedar totalmente vacío a finales de 2017 o a principios de 2018. Por eso, en los Presupuestos Generales del Estado para 2017, el gobierno prevé emitir deuda antes que vaciar por completo el fondo de reserva. Según las previsiones, se sacarán 7.300 millones del fondo de reserva, que no se vaciará, y el Estado emitirá deuda para prestar hasta 10.192 millones a la Seguridad Social y pagar las pensiones. Cfr. CALDERÓN, I., “La hucha de las pensiones ya no da ni para pagar tres mensualidades”, *El Economista*, 2 de julio de 2016; PASCUAL, R., “El rendimiento de la hucha de las pensiones cae un 52% hasta julio”, *Cinco Días*, 2 de septiembre de 2016; MAQUEDA, A., “Hay vida aunque se agote la ‘hucha de las pensiones’”, *El País*, 5 de noviembre de 2016; GÓMEZ, M.V., “La Seguridad Social saca 9.500 millones de la hucha de las pensiones”, *El País*, 1 de diciembre de 2016; PASCUAL, R., “El Gobierno baraja emitir deuda antes de vaciar la hucha de las pensiones”, *Cinco Días*, 6 de febrero de 2017, y “Presupuestos Generales del Estado. El Estado emitirá deuda para prestar hasta 10.192 millones a la Seguridad Social y pagar las pensiones”, 2 de abril de 2017, en <http://www.rtve.es/noticias/20170404/seguridad-social-recibira-prestamo-10192-millones-euros-para-pagar-pensiones/1516601.shtml>. El fondo se regula en la LGSS (Título I, Capítulo VII, Sección 4ª, Fondo de Reserva de la Seguridad Social), en la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, en el Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero, que desarrolla reglamentariamente la Ley, y en la disposición adicional décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de 2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, por la que se regula el régimen excepcional de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

se corresponde con el papel -tradicionalmente fuerte- de la solidaridad de la familia en la protección social en España.

Pasemos ahora a analizar las reformas más coyunturales, vinculadas a la crisis económica y financiera. En países como España, los poderes públicos han adoptado dos enfoques diferentes para afrontar los efectos de la crisis, particularmente demoledores en el mercado de trabajo. En un principio, el gobierno socialista de Rodríguez-Zapatero concibió la política social como amortiguadora de la crisis, y trató de paliar los efectos que producía, combinando los estímulos al crecimiento y la consolidación fiscal, y reforzando algunas medidas de protección social<sup>158</sup>. En un primer momento, el Gobierno trató de impulsar la actividad económica y el empleo, mediante la adopción de diversas medidas extraordinarias, que trataban de sustituir la actividad privada por la intervención administrativa<sup>159</sup>. Más tarde, el ejecutivo ensayó distintas soluciones, para mejorar el nivel de ocupación y reforzar la protección social mientras duraba la crisis<sup>160</sup>. En lo esencial, las medidas se situaron en el campo de la protección contra el desempleo. Ante la gravedad que adquirió la situación del mercado de trabajo, los poderes públicos aprobaron normas que tenían como objetivo el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas<sup>161</sup>. Pero el 12 de mayo de 2010 se produjo un giro radical, y se asumió la política económica y social de austeridad que auspiciaba la Unión Europea<sup>162</sup>. El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, es el origen de los primeros recortes sistemáticos en la protección social<sup>163</sup>. Desde entonces, primero el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero y luego el gobierno conservador de Rajoy han aplicado las medidas de austeridad que propugnan o imponen el FMI, el Banco Central Europeo y la Comisión Europea, y que empobrecen a los ciudadanos, sin resolver un problema que requeriría una respuesta política y solidaria del conjunto de los países de la zona euro.



158 Cfr. GIL, J. L., “Espagne”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2009, pp. 266 ss.

159 Cfr. Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, establece programas de fomento de la contratación de desempleados mediante obras y trabajos públicos. En concreto, crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, que conllevan la aprobación de créditos extraordinarios por un total de 11.000 millones de euros con cargo al Presupuesto de 2008.

160 Cfr., por ejemplo, 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 vivienda; el Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, o 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.

161 En palabras del entonces ministro de Trabajo e Inmigración, “el aspecto que más preocupa al Gobierno de la crisis financiera y económica internacional que golpea a nuestro país es su especial repercusión en el mercado de trabajo”: cfr. Intervención del Ministro de Trabajo e Inmigración Sr. Celestino Corbacho Chaves, Congreso de los Diputados, 26 de marzo de 2009.

162 Tres días antes, se celebró una reunión de los ministros de Finanzas del Eurogrupo, en la que se decidió que España debía cambiar el modo de luchar contra la crisis de la deuda, si quería evitar el rescate que ya había solicitado Grecia.

163 BOE de 24 de mayo de 2010. La corrección de errores de la norma aparece en el BOE de 26 de mayo de 2010. Por Resolución del Congreso de los Diputados de 27 de mayo de 2010, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE de 1 de junio de 2010).



Así, cabe mencionar la reducción de la protección por desempleo. El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de competitividad, prevé: la reducción de la cuantía de la prestación del nivel contributivo a partir de los seis meses<sup>164</sup>; la eliminación de la prestación especial no contributiva para los mayores de 45 años que han agotado la prestación contributiva; el paso de la edad de acceso a la prestación no contributiva de desempleo de larga duración a 55 años, en lugar de 52, y la exigencia de haber agotado anteriormente una prestación contributiva o subsidio por desempleo, para beneficiarse de la renta activa de inserción. Esas medidas deberían tener como efecto aumentar el número teórico de los beneficiarios de la renta mínima de inserción -prestación a menudo inferior a la renta activa de inserción<sup>165</sup>-, que es, junto con el programa de activación para el empleo, el furgón de cola de la protección social<sup>166</sup>.

También se han producido recortes en el ámbito de la asistencia sanitaria. A primera vista, durante la crisis, el sistema universal público parece haber demostrado su eficacia, si se tiene en cuenta el porcentaje de personas que renuncian a la atención médica por razones económicas. En este sentido, España, Reino Unido y Finlandia son los países en los que este porcentaje es el más bajo<sup>167</sup>. La primera legislación restrictiva frente a la crisis se centró en el acceso a los medicamentos. Impuso un copago a los jubilados, hasta entonces exentos. Algunos grupos, como el de los parados que pierden el derecho a percibir el subsidio de desempleo, siguen gozando de una exención total en el pago, mientras subsista esa situación<sup>168</sup>. Así, en 2012 y 2013, varias intervenciones legislativas y reglamentarias han socavado los principios de universalidad y gratuidad del sistema nacional de salud<sup>169</sup>.

.....

164 Hasta los seis meses, no se modifica el porcentaje, que sigue siendo el 70% de la base reguladora. Pasado ese tiempo, el porcentaje baja al 50%, en lugar del 60%. En cambio, la duración máxima de la prestación continúa siendo de veinticuatro meses.

165 Como se sabe, no hay una renta mínima de inserción en el Estado. Corresponde a cada Comunidad Autónoma configurar este dispositivo, cuyas condiciones de acceso y cuantía varían de una región a otra. Así, por ejemplo, en 2016, la cuantía de la prestación mensual básica para una persona era de 400 euros en Madrid, y de 625,58 euros en el País Vasco. Por su parte, la Renta Activa de Inserción es una prestación nacional, cuyas condiciones de acceso y cuantía regula el Estado. La cuantía de la Renta Activa de Inserción es el 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), que, en 2017, son 426 euros mensuales.

166 LAPARRA, M. y PÉREZ ERÁNSUS, B. (coord.), *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España*, Obra Social "la Caixa", Col. Estudios Sociales n° 35, 2012, 218 p. Acerca del programa de activación para el empleo, cfr. "El Gobierno prorroga un año más el plan para parados de larga duración", *Expansión*, 28 de abril de 2017, y PASCUAL, R., "Estos son los nuevos requisitos para la ayuda de 426 euros para parados", *Cinco Días*, 28 de abril de 2017.

167 Según los datos de Eurostat, correspondientes al año 2010, el porcentaje era del 2,7% en España. Cfr. GIL, J. L. y MARTIN, P., "Le système espagnol de protection sociale à l'épreuve de la crise", *cit.*, p. 64, y, además, LAPARRA, M. y PÉREZ ERÁNSUS, B., *cit.*, pp. 115-118.

168 Artículo 102.8 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

169 El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, pretende modular la cartera de servicios ofrecida, en función de las categorías de usuarios, asegurados o no, y vincula el copago por los medicamentos a los ingresos del solicitante. También dispone que los extranjeros en situación irregular solo tendrán acceso a los servicios de urgencias y de maternidad. Las personas que no tengan la condición de aseguradas o beneficiarias del sistema nacional de salud pueden suscribir, con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGES), o con la administración pública autonómica correspondiente, en función del municipio en que se encuentren empadronadas, un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, por el cual pueden acceder, mediante el pago de una

El Tribunal Constitucional ha avalado algunas de esas medidas. Así, la STC 139/2016, de 21 de julio, ha juzgado que la exclusión de la asistencia sanitaria pública de carácter gratuito a los extranjeros sin permiso de residencia no vulnera el artículo 43 CE, pues el legislador puede modular las condiciones de la prestación de dicha atención médica<sup>170</sup>. Por otra parte, a finales de 2011 y por el efecto de la política de austeridad, las Comunidades Autónomas empezaron a reducir ciertos beneficios, tales como el número de camas, los exámenes médicos, o los servicios de urgencia. Así, por ejemplo, en ciudades como Guadalajara, en que estaba previsto construir nuevas instalaciones para ampliar el número de camas, el hospital universitario cerró incluso alguna planta del edificio antiguo<sup>171</sup>. La tendencia se ha agravado con los recortes presupuestarios de carácter drástico que han sufrido las Comunidades Autónomas. Se han producido cambios en la organización del sistema de atención. Algunas Comunidades Autónomas, como Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid o Murcia, limitaron la atención nocturna en algunos centros de urgencias. Al menos en algunos casos, como el de Castilla-La Mancha, los tribunales paralizaron de forma cautelar la decisión de cerrar las urgencias nocturnas en 21 centros sanitarios de la región<sup>172</sup>, lo que obligó al ejecutivo regional a rectificar una



contraprestación económica, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del sistema, en las mismas condiciones que disfrutaban las personas aseguradas o beneficiarias en el ámbito de la suscripción del convenio (arts. 1 y 2 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio). En caso de desplazamiento temporal, también pueden disfrutar del mismo derecho en ese territorio, y son de aplicación los procedimientos de compensación del Fondo de Garantía Asistencial del artículo 3 del Real Decreto 16/2013, de 20 de abril (disposición adicional 1ª del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio). Los suscriptores deben pagar una cantidad mensual, cuya cuantía depende de la edad: 60 euros si la persona tiene menos de 65 años, y 157 euros si tiene más de 65 años. El importe puede incrementarse si se incorporan prestaciones de la cartera de servicios complementaria (art. 6 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio).

170 La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4123-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Aunque el fallo reconoce que el acceso a la sanidad es un derecho universal, el TC entiende que “se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios” (fundamento jurídico 8º). En este sentido, rechaza que “dichas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios”. La ley determinará en cada caso cómo ha de ser la asistencia sanitaria pública. La sentencia señala que “la universalización legislativamente programada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”. En este sentido, añade que la universalidad “no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios” (fundamento jurídico 8º). El Tribunal considera que, dentro del margen del que dispone el legislador, la nueva regulación “no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia” (fundamento jurídico 10º). La sentencia cuenta con dos votos particulares: uno del magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adquiere la magistrada doña Adela Asua Batarrita, y otro del magistrado don Antonio Xiol Ríos.

171 “Cospedal cierra otras 840 camas hospitalarias antes de dejar el Gobierno de Castilla-La Mancha”, *Periódico CLM*, 25 de junio de 2015, y “El PP lamenta el cierre de la 9ª planta del hospital de Guadalajara”, *ABC*, 9 de enero de 2017.

172 Orden de 20/11/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las Zonas Básicas de Salud. [2013/145] (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, Año XXXII, Núm. 9, 14 de enero de 2013, pp. 709-712 y, en la prensa, “El TSJ de Castilla-La Mancha ordena la suspensión cautelar del cierre de las urgencias nocturnas”, *Huffington Post*, 17 de enero de 2013.

medida que afectaba a más de 100.000 vecinos<sup>173</sup>. Por su parte, la Comunidad de Madrid trató de poner en marcha un plan de privatización de la gestión de seis hospitales y 27 centros de salud públicos, que atendían a cerca de un millón y medio de personas. Las protestas de los ciudadanos y de los profesionales sanitarios y, en última instancia, las decisiones de los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa hicieron dar marcha atrás al gobierno conservador del Partido Popular en la Comunidad Autónoma, por más que el Tribunal Constitucional consideró luego que no era inconstitucional la ley en que se amparaba la medida<sup>174</sup>. Los ejemplos ponen de relieve la importancia de



173 Orden de 25/03/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de derogación de la Orden de 20/11/2012, sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las Zonas Básicas de Salud. [2013/3972] (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, Año XXXII, Núm. 61, 27 de marzo de 2013, pp. 9083 y 9084) y, en la prensa, SEVILLANO, E.G., “Castilla-La Mancha deroga el cierre de las urgencias nocturnas”, *El País*, 27 de marzo de 2013.

174 El 31 de octubre, Ignacio González, entonces presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid, anunció su intención de privatizar la gestión de seis hospitales y el 10% de los centros de salud. La Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, de la Comunidad Autónoma de Madrid, publicada en el BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013, pp. 19258-19322, permitía adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis hospitales, construidos con dinero público e inaugurados en 2008. La decisión afectaba a 5.000 trabajadores y a 1,2 millones de madrileños. Una vez aprobada la ley, la Comunidad de Madrid sacó a concurso esos seis centros, hasta entonces gestionados bajo la forma jurídica de empresa pública. En los meses siguientes, se acumularon hasta catorce causas en diferentes tribunales. Tras una denuncia del PSOE, el TSJ de Madrid suspendió cautelarmente la privatización en julio de 2013, pero la levantó dos semanas después, al considerar que el partido político carecía de legitimación. En agosto de 2013, los adjudicó a tres grandes empresas de la sanidad privada, sin esperar a las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en los que se acumulaban varios recursos. A principios de septiembre de 2013, un juzgado de lo contencioso-administrativo ordenó la suspensión cautelar. El auto apuntaba a posibles irregularidades en la adjudicación, como la modificación de las condiciones del concurso solo cuatro días antes de cerrarse el plazo, y a que los cambios en la gestión serían irreversibles, si acabara fallando contra el gobierno regional. Unos días más tarde, la sección tercera de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid tomó la misma decisión, hasta enjuiciar el fondo del asunto. Entonces sucedió algo inusual. El entonces presidente de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid decidió elevar todos los asuntos relacionados con la privatización al pleno de la Sala, bajo su presidencia. Sin embargo, el medio centenar de magistrados del pleno acordó devolver los asuntos a los juzgados de origen. En enero de 2014, y como era previsible, la sección tercera no se contradujo a sí misma, y ratificó la suspensión cautelar. Entonces Ignacio González renunció al plan privatizador, por la presión de la llamada *marea blanca* -el mayor movimiento de protesta del sector sanitario en los últimos años- y por los reveses judiciales que habían dejado el proceso en suspenso. Sin embargo, siguió vigente la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, que permitía entregar a empresas privadas la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. La STC 84/2015, de 30 de abril, desestimó el recurso presentado por el PSOE contra esa ley de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Tribunal Constitucional consideró que la ley no era inconstitucional, aunque no entraba a valorar el tipo o la eficacia de la gestión, ni los pliegos o la adjudicación del concurso. El Tribunal Constitucional afirma que la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, tan solo abría la puerta a la posibilidad de que fuesen empresas privadas las que se ocupasen de la gestión del servicio público sanitario, pero no era “un imperativo”, y recuerda que, desde 1997, la legislación estatal permite otras formas de gestión en el sistema nacional de salud (fundamento jurídico 7º). El Tribunal señala que “nuestro juicio de constitucionalidad debe quedar ceñido al texto del impugnado artículo 62 de la Ley 8/2012, sin que podamos entrar a valorar eventuales diferencias de trato entre ciudadanos que su desarrollo o práctica aplicativa pudiera generar y que, en caso de producirse, obviamente quedarían sujetas a los mecanismos de tutela y control dispuestos por el ordenamiento” (fundamento jurídico 7º). Añade que “la opción por un sistema de gestión indirecta de los hospitales no representa, por ello mismo, una auténtica novedad sino la utilización de una posibilidad que, más allá de su mayor o menor novedad, abrió el legislador básico estatal en la Ley de 25 de abril de 1997” (fundamento jurídico 8º). El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de los cincuenta senadores socialistas en lo que concierne a otro de los intentos privatizadores del gobierno madrileño: entregar la gestión del 10% de los centros de salud de la región a empresas constituidas, en total o en su mayor parte, por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. El precepto impugnado contradice la ley que regula los contratos del sector público, que contempla la igualdad de trato entre los candidatos a un concurso (fundamento jurídico 6º). Cfr., en la prensa, para un resumen de los avatares del proceso: SEVILLANO, E.G., “González dibuja un nuevo mapa sanitario”, *El País*, 1 de noviembre de 2012; SEVILLANO, E.G. y MARCOS, J., “Madrid aprueba el mayor plan privatizador de la sanidad pública”, *El País*, 28 de diciembre de 2012; SEVILLANO, E.G., “50.000 consultas suspendidas por la huelga médica

la lucha por el derecho, en tiempos en que la crisis y la falta de recursos se utilizan a veces como excusa para adoptar decisiones políticas guiadas más por criterios ideológicos que por la búsqueda del bien común y la racionalización de los recursos escasos.

En definitiva, la crisis ha aumentado la presión para transformar las políticas sociales, llamadas a convertirse en más asistenciales, y para dejar un espacio mayor a los mecanismos privados de previsión. Sin duda, las medidas de recortes presupuestarios en algunos sectores, como la salud, la educación, o la dependencia, afectan a los más vulnerables<sup>175</sup>. Han aumentado la desigualdad y la pobreza y la exclusión social, en especial de los grupos más desfavorecidos<sup>176</sup>. La clase media ha menguado, y ha perdido cerca de tres millones y



en Madrid”, *El País*, 9 de enero de 2013; SEVILLANO, E.G., “Madrid adjudica los hospitales sin esperar sentencia”, *El País*, 19 de agosto de 2013; SEVILLANO, E.G., “50 jueces decidirán si se reactiva la privatización sanitaria de Madrid”, *El País*, 17 de octubre de 2013; HERNÁNDEZ, J.A.; SEVILLANO, E.G., “La privatización sanitaria de Madrid seguirá suspendida cautelarmente”, *El País*, 9 de enero de 2014; ALTOZANO, M., “La justicia ratifica la paralización de la privatización sanitaria de Madrid”, *El País*, 27 de enero de 2014; MARCOS, J., y SEVILLANO, E.G., “Madrid da marcha atrás a la privatización sanitaria tras el último revés judicial”, *El País*, 27 de enero de 2014; “Más de un año de lucha”, *El País*, 27 de enero de 2014; “El TSJM da por cerrados los recursos contra la privatización sanitaria madrileña”, *El País*, 29 de mayo de 2014, y SEVILLANO, E.G., “El Constitucional avala la ley que inició la privatización sanitaria”, *El País*, 5 de mayo de 2015.

175 VIÑAS, J., “El gasto público en educación cae a su menor nivel en 20 años”, *Cinco Días*, 3 de mayo de 2017, y JIMÉNEZ, F.S., “Golpe a Sanidad y Educación: el gasto público en porcentaje del PIB cae a niveles históricos”, *El Economista*, 4 de mayo de 2017.

176 Varios organismos han constatado el aumento del riesgo de pobreza y exclusión social en España tras la crisis. En 2013, según el VIII Informe del Observatorio de la Realidad Social, elaborado por el Equipo de Estudios de Cáritas Española, había en España tres millones de personas en situación de pobreza severa, que vivían con menos de 307 euros al mes; los pobres representaban el 6,4% de la población del país, una tasa que casi duplicaba la de 2007 (3,5%): cfr. esos datos en Cáritas, *Empobrecimiento y desigualdad social. El aumento de la fractura social en una sociedad vulnerable que se empobrece*, VIII Informe del Observatorio de la Realidad Social, Equipo de Estudios, Cáritas Española, 10 de octubre de 2013, 30 pp. Cfr., asimismo, el *Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Spain from 3 to 7 June 2013*, Strasbourg, 9 October 2013, CommDH(2013)18, 30 pp. El informe, que hace un hincapié especial en los menores y los discapacitados, avisa de que “los recortes efectuados en presupuestos sociales, educativos y de salud han conducido al preocupante incremento de la pobreza de las familias en España”. Y concluye que los recortes “tienen repercusiones desfavorables en el disfrute de los derechos humanos”. Recoge esa misma preocupación Human Rights Watch, en el *World report 2014*. Asimismo, según un informe que estudia cómo han influido la crisis y las medidas de austeridad en la pobreza infantil en los países ricos, España presenta una de las tasas más altas de pobreza infantil de los países estudiados y es el tercer país de la UE en pobreza relativa y “anclada”, por detrás de Rumania y Grecia. La pobreza “anclada” afecta en España a casi el 40% de la población infantil, con un aumento de 9 puntos porcentuales entre 2008 y 2014: cfr. CANTILLON, B.; CHZHEN, Y.; HANDA, S. and NOLAN, B. (eds.), *Children of Austerity: Impact of the Great Recession on Child Poverty in Rich Countries*, Oxford University Press, 2017, 368 pp., y “La crisis internacional y la austeridad golpean a los niños en países con altos ingresos”, en <https://www.unicef.es/nota-de-prensa/la-crisis-internacional-y-la-austeridad-golpean-los-ninos-en-paises-de-altos>, y “España, tercer país de la UE con la tasa de pobreza infantil más alta”, *El Economista*, 13 de abril de 2017. De igual modo, las estadísticas de Eurostat confirman el deterioro de las condiciones de vida en España, como consecuencia no solo del aumento de la desigualdad, sino también del porcentaje de población en riesgo de pobreza. Eurostat incluye aquí a los ciudadanos que perciban unos ingresos por debajo del 60% de la media nacional, una vez recibidas las transferencias sociales correspondientes, como pensiones, prestaciones por desempleo, o ayudas públicas. En 2008, el porcentaje de población en esa situación era del 21,7% en la zona euro, del 23,7% en la Unión Europea y del 23,8% en España. Siete años después, esos porcentajes se han situado en el 23,1% (subida de 1,4 puntos), en el 23,7% (sin cambios) y en el 28,6% (4,8 puntos). De esta manera, España se ha convertido en el tercer país de la UE en el que más población ha pasado a estar en riesgo de pobreza durante la crisis, con un avance de 4,8 puntos, solo superada por Grecia y Chipre, ambas sometidas a los ajustes derivados de los rescates. En ese avance, y como se ha señalado, ha tenido un peso determinante la devaluación salarial que se inició en 2012 y las sucesivas subidas de impuestos que se han aprobado en las dos legislaturas de Mariano Rajoy. Especialmente llamativa fue la subida del tipo general del IVA, cuyo incremento de tres puntos la situó como la nación que más incrementó la presión fiscal en ese tributo. Cfr. MOLINA, C., “España, el tercer país de la UE en el que más subió la pobreza en la crisis”, *Cinco Días*, 21 de marzo de 2017. El riesgo de pobreza empezó a reducirse en 2015, pero sigue siendo demasiado alto, en especial en el caso



medio de personas<sup>177</sup>. Los ricos son cada vez más ricos, y los pobres, más pobres<sup>178</sup>. La desigualdad tiene también una dimensión territorial. El crecimiento económico es desigual, y el valor del PIB por habitante no es homogéneo en todo el territorio<sup>179</sup>. Según las Comuni-



de los menores de edad, y sigue creciendo entre las personas que tienen un puesto de trabajo. En este sentido, en su último informe anual sobre los desequilibrios macroeconómicos, la Comisión Europea ha advertido del reto que suponen la desigualdad y el riesgo de pobreza y exclusión social y de los efectos nocivos de la precariedad laboral en España: cfr. PÉREZ, C., “Bruselas alerta a España del alza de la desigualdad y la exclusión social”, *El País*, 22 de febrero de 2017; “Bruselas alerta de la precariedad laboral, el riesgo de pobreza y el déficit autonómico”, *Expansión*, 22 de febrero de 2017, y “La Comisión Europea denuncia el trabajo precario en España por el abuso de los contratos temporales”, *El Economista*, 22 de febrero de 2017. También la OCDE ha reclamado un crecimiento inclusivo, y ha señalado que la falta de empleo de calidad ha hecho aumentar la pobreza y la desigualdad: cfr. OECD, *Going for Growth 2017, Spain and OECD Economic Surveys, Spain, March 2017, Overview*, y, en la prensa, “La OCDE muestra su preocupación por la creciente desigualdad”, *El Economista*, 7 de marzo de 2017; “La OCDE advierte que la falta de empleo de calidad en España dispara pobreza y desigualdad”, *El Economista*, 14 de marzo de 2017; GÓMEZ, M.V., “La OCDE alerta de que la pobreza ha crecido ‘por la falta de empleo de calidad’”, *El País*, 15 de marzo de 2017, y MAS IVARS, M., “El crecimiento no llega a todos”, *Cinco Días*, 17 de abril de 2017. En fin, también el estudio de población especialmente vulnerable ante el empleo en España, que elaboran Accenture y Fedea, señala que el desempleo y la pobreza laboral hacen vulnerables a 4,16 millones de personas en España: cfr. FELGUEROSO, F.; MILLÁN, A.; TORRES, M., “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España. Cuantificación y caracterización”, *Estudios sobre la Economía Española*, 2017/07, marzo 2017, Fedea y Accenture, <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2017-07.pdf>, 77 pp., y asimismo, la nota de prensa “Más de 4 millones de personas en hogares de baja renta seguirán atrapados por el desempleo y la pobreza laboral en los próximos 12 meses”, en <http://www.fedea.net/i-estudio-de-poblacion-especialmente-vulnerable-ante-el-empleo-en-espana/>, y “El desempleo y la pobreza laboral hacen vulnerables a 4,1 millones de personas en España, según Fedea”, *El Economista*, 16 de marzo de 2017. Cfr., en fin, el Informe sobre el Estado Social de la Nación 2017, que elabora la Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales, en <http://www.directoressociales.com/images/documentos/Novedades/INFORME%20ESTADO%20SOCIAL%20NACION%202017.pdf>, 22 de marzo de 2017, 32 pp., y la nota de prensa “Debate sobre el Estado social de la nación 2017”, 22 de marzo de 2017, en <http://www.directoressociales.com/prensa/402-debate-sobre-el-estado-social-de-la-naci%C3%B3n-2017.html> y ESTEFANÍA, J., “Retratos de un país dual”, *El País*, 16 de abril de 2017.

177 En 2004, las personas que vivían en hogares con un nivel de renta medio llegaban al 59%. Tres años más tarde, el porcentaje creció y llegó al 60,6%. A partir de ahí, no ha dejado de caer. En 2013, bajó al 52%. En total, en esos nueve años, el número de personas que pertenecen a la clase media ha descendido en unos tres millones y medio. Los hogares con renta más baja han crecido, y han pasado del 31,2% al 38,5% del total. Cfr. GOERLICH GISBERT, F.J., *Distribución de la renta, crisis económica y políticas redistributivas*, Fundación BBVA, Bilbao, 2016, 244 pp. y, en la prensa, GÓMEZ, M.V., “La clase media pierde tres millones de personas por la crisis”, *El País*, 7 de mayo de 2016, y, asimismo, más recientemente, PASCUAL, R., “La clase media se hunde en España, Finlandia, Italia y Alemania”, *Cinco Días*, 25 de abril de 2017, y “España es el país de Europa Occidental en el que más se ha reducido la clase media”, *El Economista*, 9 de mayo de 2017.

178 Eurostat mide la desigualdad a través de una estadística que compara la evolución de los ingresos del 20% de la población con la mayor renta disponible y la compara con los del 20% con menor renta disponible. En 2008, el 20% más rico ganaba 4,9 veces más que el 20% más pobre. Siete años después, esa cifra ha subido a 5,2, tres décimas de incremento. En esa estadística, en Lituania, Rumania, España y Estonia, la desigualdad ha crecido por encima de un punto, más de tres veces que la media en la zona euro. El caso de España es especialmente llamativo, porque es el más grande y desarrollado de los cuatro. En 2008, el 20% más rico ganaba 5,6 veces más que el 20% más pobre, mientras que esa cifra sube al 6,9 en 2015. Solo Lituania, Rumanía o Bulgaria tienen porcentajes superiores. Por el contrario, en doce países de la UE, la brecha entre los más ricos y los más pobres se ha reducido en la crisis. Entre ellos, se encuentran Portugal (6), Alemania (4,8), Francia (4,3), Holanda o Bélgica (3,8). Cfr. MOLINA, C., “España, el tercer país de la UE en el que más subió la pobreza en la crisis”, *Cinco Días*, 21 de marzo de 2017 y asimismo, entre otros, MORALEDA, A., “La crisis empobrece cinco veces más a los niños de rentas bajas que a los ricos”, *El País*, 14 de febrero de 2017, quien señala que el 60% de los menores pobres vive en hogares cuyo sustentador temporal tiene un contrato de duración determinada; MAQUEDA, A., “La clase media pierde salario pese a la recuperación económica”, *El País*, 12 de noviembre de 2016, el cual indica que, según datos del INE, el 10% que más gana ha aumentado su salario un 33,9% durante la última década, y, en fin, LLANERAS, K. y PÉREZ COLOMÉ, J., “Así son los nuevos pobres de España”, *El País*, 2 de abril de 2017. En general, acerca de la pobreza en el derecho internacional, cfr. USHAKOVA, T., “Capítulo I. Derecho internacional universal”, en ESCOBAR, G. (Dir.), *Pobreza. XIV informe sobre derechos humanos*, Federación Americana de Ombudsmen, Trama Editorial, 2016, pp. 25-54.

179 Una forma de comprobar los efectos del crecimiento desigual es comparar los valores de PIB por habitante de los distintos territorios. En 2016, y según los datos del INE, Madrid es la Comunidad Autónoma que contabiliza el mayor registro, con 32.723 euros, una cifra que es un 36,5% superior a la media española, situada en 23.970 eu-



dades Autónomas, varía grandemente el tiempo medio de espera para una operación quirúrgica<sup>180</sup>, y prestaciones sociales como la renta mínima de inserción no están aseguradas por igual<sup>181</sup>. El déficit de las administraciones públicas no ha bajado con la rapidez que se esperaba, entre otras cosas por el peso insostenible de los intereses de la deuda pública, el aumento de los gastos en las prestaciones por desempleo, o las decisiones electoralistas de los partidos políticos en el poder en los Ayuntamientos, las Comunidades Autónomas y el Estado. En vez de descender, la deuda pública ha aumentado<sup>182</sup>. Hay un abismo entre



ros. En el lado opuesto, se sitúa Extremadura, que un año más es la región con un menor PIB per cápita, de apenas 16.369 euros, un 31,71% por debajo de la media nacional. Por ahora, Extremadura aún no ha recuperado la riqueza de antes de la crisis Cfr. DÍAZ GUIJARRO, R., “El PIB per cápita de Madrid duplica al de Extremadura”, *Cinco Días*, 30 de marzo de 2017, y, asimismo, VELARDE, J., “La explicación de las dos Españas”, *El Economista*, 10 de abril de 2017, y CALDERÓN, I., “Las comunidades ricas son cada vez más ricas y están más lejos de las pobres”, *El Economista*, 17 de abril de 2017.

180 Cfr. SEVILLANO, E.G., “Los canarios tienen listas de espera para operarse tres veces más largas que riojanos y vascos”, *El País*, 30 de marzo de 2017. Los canarios esperan, de media, 162 días para someterse a una operación quirúrgica, y los castellanomanchegos, 147. En cambio, los riojanos y los vascos apenas permanecen en lista de espera 46 y 49 días de media, respectivamente. Es decir, los españoles que viven en unas Comunidades Autónomas esperan hasta tres veces más que los de otras para ser operados en la sanidad pública. Las estadísticas sobre listas de espera quirúrgicas, que permiten conocer dos veces al año cuántos pacientes aguardan una operación y cuánto tiempo han esperado, llevaban más de una década sin incluir datos desglosados por Comunidades Autónomas, lo que impedía compararlas. Por primera vez, se conoce ahora ese desglose, uno de los secretos mejor guardados de la política sanitaria, gracias a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

181 Las disparidades existentes entre comunidades autónomas y la falta de una regulación estatal hacen que la renta mínima de inserción (RMI) no esté garantizada de igual modo en todo el territorio nacional. Según datos del informe de TORNOS MAS, J., “Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica”, 2017, 63 pp., presentado en el VI Foro de la Autonomía, que se celebró el 15 de marzo de 2017 en el Senado y disponible en la sección de materiales de la página <https://www.foroautonomias.es/>, <https://www.foroautonomias.es/materiales/> y [http://idpbarcelona.net/docs/foro/derechos\\_sociales.pdf](http://idpbarcelona.net/docs/foro/derechos_sociales.pdf), pp. 55 ss, la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene la renta mínima de inserción más elevada, de 665 euros, por delante de su vecina Navarra (548 euros), Canarias (472) y Aragón (441). Las cuantías más bajas son las de Murcia (300 euros), Comunidad Valenciana (338) y Castilla-La Mancha (372). La cuantía es intermedia en Asturias, Castilla y León y Madrid, pero no hay límite para percibirla, como en esas otras dos autonomías. El informe constata que la crisis ha obligado a que las Comunidades Autónomas reformaran, en su mayoría, esta prestación, para reducir su cuantía y el número de beneficiarios. Así, el propio Gobierno vasco endureció los requisitos de empadronamiento y rebajó la cuantía y la población beneficiaria. En Cataluña, la Generalitat lo cambió en 2011 para introducir medidas restrictivas tanto en lo que se refiere a las cuantías, como al periodo de percepción y los beneficiarios de la prestación. La renta mínima no tiene la misma duración en todas las Comunidades Autónomas. Mientras que la percepción no tiene límite en Asturias, Castilla y León y Madrid, está restringida a seis meses en Andalucía, el mismo periodo que en Castilla-La Mancha y La Rioja; pero, en estos casos, ampliable a 24 meses. En Navarra, puede ampliarse a 30 meses, y en Extremadura, es prorrogable sin límite. Además, en los últimos años, parece advertirse una corrección favorable al incremento de la renta mínima de inserción, como ha ocurrido en Galicia, Extremadura, Baleares y Navarra.: cfr., en la prensa, el resumen de “El País Vasco tiene la renta mínima de inserción más alta, el doble que Murcia”, *El Economista*, 19 de marzo de 2017. También constata las disparidades un informe del Consejo Económico y Social que toma como referencia los últimos datos publicados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Cuatro autonomías, entre las que se encontraba Madrid, recortaron estas ayudas en 2014. Cfr. GUTIÉRREZ, I., “La Renta Mínima de Inserción no está asegurada en todas las autonomías”, *El Economista*, 24 de agosto de 2016, y FERNÁNDEZ, C., “Un vasco sin recursos recibe 7 veces más ayudas que un manchego”, *Cinco Días*, 24 de agosto de 2016.

182 En 2007, la deuda pública representaba el 36,30% del PIB, y en 2008, el 40,20%. Desde entonces, el porcentaje ha subido de forma vertiginosa, llegó al 100,67% del PIB en agosto de 2016 y, en marzo de 2017, alcanza el 100,33% del PIB, según los datos del Banco de España y los cálculos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de acuerdo con la previsión de PIB para 2017 recogida en el Programa de Estabilidad 2017-2020. El endeudamiento del conjunto de las Administraciones Públicas cerrará 2017 en el 99,0%, según el proyecto de Presupuestos Generales del Estado que se tramita en el Congreso. Cfr. BAJO, J. L., “Las pensiones y los intereses de la deuda ‘se comen’ la mitad del gasto del Estado”, *El Economista*, 23 de enero de 2017; “La deuda pública cierra 2016 en el 98,98% del PIB”, *Expansión*, 17 de febrero de 2017; ZANCAJO, S., “Economía eleva al 99,26% el dato de deuda pública española”, *El Economista*, 7 de marzo de 2017; “La deuda pública alcanza en enero el 99,75% del PIB y alcanza su máximo histórico”,

las magnitudes macroeconómicas y la situación real de las personas. La recuperación no ha llegado todavía a los hogares, aun cuando la situación económica ha mejorado en los últimos años, la industria ha recuperado el peso que tenía antes<sup>183</sup>, y el PIB de finales de 2016 supera ya los niveles anteriores a la crisis<sup>184</sup>. El mercado de trabajo refleja la mejoría solo en parte, y las organizaciones internacionales y las instancias de la Unión Europea urgen periódicamente al gobierno español a continuar o a proseguir la reforma laboral, para reducir el desempleo, la tasa de temporalidad y la dualidad o segmentación en el

.....

*Expansión*, 17 de marzo de 2017; ESPERANZA, D., “La deuda pública cae hasta el 99,4% del PIB en el cuarto trimestre”, *Expansión*, 31 de marzo de 2017; “La deuda pública sube a 1,107 billones de euros en 2016, el 99,4% del PIB”, *El Economista*, 31 de marzo de 2017; “Pensiones, desempleo e intereses de la deuda suponen 5,5 de cada diez euros del Presupuesto”, *El Economista*, 4 de abril de 2017; “España tardará 20 años en alcanzar el objetivo de deuda pública del 60% del PIB”, *Expansión*, 11 de abril de 2017; “La deuda pública sube un 0,3% en febrero hasta el 99,69% del PIB”, *Expansión*, 18 de abril de 2017; SAN ISIDORO, R., “¿Cuáles son los países más endeudados?”, *Expansión*, 22 de abril de 2017; “La deuda del Estado cierra marzo en 968.804 millones y marca un nuevo récord”, *Expansión*, 28 de abril de 2017; “La deuda pública sube en 11.000 millones en marzo y vuelve a rebasar el 100% del PIB”, *El País*, 17 de mayo de 2017; “La deuda pública sube en más de 11.000 millones en marzo y sobrepasa el 100% del PIB”, *Expansión*, 17 de mayo de 2017; MAQUEDA, A., “Bruselas advierte a España de que seguirá tutelada por su elevada deuda pública”, *El País*, 25 de mayo de 2017, y <http://www.datosmacro.com/deuda/espaa>. Así, el 7% de los impuestos se destina a pagar los intereses de la deuda: cfr. BAJO BENAYAS, J. L., “¿A qué dedica el Gobierno lo que recauda a través de nuestros impuestos?”, *El Economista*, 11 de mayo de 2017. España solo logrará en 2037 el objetivo de que la deuda pública no exceda del 60% del PIB, según el Observatorio de Deuda de cierre de 2016, elaborado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF): cfr. “España tardará 20 años en alcanzar el objetivo de deuda pública del 60% del PIB”, *Expansión*, 11 de abril de 2017. Según un informe, las diferentes intervenciones con que España reestructuró el sector financiero entre 2008 y 2015 elevaron la deuda pública nacional en un porcentaje equivalente al 4,8% del PIB nacional a cierre de 2015. Cfr. MILLARUELO, A. y RÍO, ANA DEL, “El coste de las intervenciones en el sector financiero desde 2008 en los países de la UE”, Banco de España, Artículos analíticos, 6 de abril de 2017, 13 pp., en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/2017/T2/fich/beaa1702-art10.pdf> y, en la prensa, “El rescate bancario elevó la deuda de España en una cifra equivalente al 4,8% del PIB”, *Expansión*, 6 de abril de 2017; “El coste del rescate bancario palidece ante el de no hacer nada”, *Cinco Días*, 7 de abril de 2017. Cfr. también el *Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España, 2008-2014*, del BANCO DE ESPAÑA, 2017, 266 pp., y, en la prensa, BARRÓN, I., “El Banco de España elude la autocritica en su explicación sobre la crisis financiera”, *El País*, 16 de junio de 2017; GONZALO, A. y PORTILLO, J., “El Banco de España da por perdidos 61.000 millones en ayudas de las cajas”, *Cinco Días*, 16 de junio de 2017; “La ineludible cuota de responsabilidad del Banco de España en la crisis bancaria”, *Cinco Días*, 16 de junio de 2017; “El Banco de España da por perdidos 60.613 millones del rescate a la banca”, *Expansión*, 16 de junio de 2017, y “El Banco de España da por perdidos 60.600 millones, el 79% de las ayudas del rescate bancario”, *El Economista*, 16 de junio de 2017.

183 A cierre de 2015, y según datos del INE, el peso de la industria en el PIB español alcanzó un 16,4%, la misma cifra que la registrada en 2007. Quedan atrás las cifras del año 2009, cuando el sector tocó fondo y su actividad se derrumbó a una velocidad mayor que la economía española. Cfr. MUÑOZ, A. y ESTELLER, R., “La industria recupera peso en España: vuelve a los niveles previos a la crisis”, *El Economista*, 25 de marzo de 2017.

184 En el último trimestre de 2016, y según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), se produjeron en España un total de 282.790 millones de euros, lo que ha convertido a los meses entre octubre y diciembre de 2016 en los mejores de la historia. Ocho años después, se superan los 280.470 millones de euros del segundo trimestre de 2008, la mejor cifra hasta entonces. Pero, a diferencia del PIB, a los hogares aún les falta un trecho para recuperar los máximos de 2008. En concreto, los 133.008 millones del último trimestre de 2016 son un 5,5% menos que los del récord del tercer trimestre de 2008. Si al PIB le ha costado casi nueve años recuperar su nivel récord, la renta de los hogares va camino ya de una década perdida en España. En suma, aunque la producción ha alcanzado su máximo nivel histórico, esto no se ha trasladado por entero a los hogares, que aún siguen ingresando un 5,5% menos que antes de la crisis. La renta de los jubilados ha crecido, pero la de los jóvenes se ha hundido. Sobre el particular, cfr. CALDERÓN, I., “La recuperación lleva al PIB a máximos precrisis, pero no llega a los hogares: la renta aún cae un 5%”, *El Economista*, 7 de marzo de 2017 y “Los jubilados de hoy son un 9% más ricos que antes de la crisis mientras que los jóvenes son un 7% más pobres”, *El Economista*, 26 de abril de 2017; MAQUEDA, A., “La economía crece un 0,8% y se queda a las puertas de recuperar lo perdido con la crisis”, *El País*, 28 de abril de 2017; “El PIB crece al 0,8% hasta marzo y recupera lo perdido durante la crisis”, *El Economista*, 25 de mayo de 2017; MAQUEDA, A., “La economía se acelera impulsada por la inversión en bienes de equipo”, *El País*, 25 de mayo de 2017, y “El PIB per cápita de España sigue muy lejos de la Eurozona y de los niveles precrisis”, *El Economista*, 13 de junio de 2017.

mercado de trabajo”<sup>185</sup>. ¿No serán esos requerimientos un reflejo de la esquizofrenia o falta de coherencia de las políticas que propugnan esas organizaciones, y que ha denunciado la doctrina<sup>186</sup>? ¿Cabe aplaudir la recuperación económica, y alabar las últimas reformas laborales, e incluso pedir que se profundice en ellas, y, al mismo tiempo, alarmarse de los riesgos que entrañan el aumento de la precariedad, la desigualdad y la pobreza? En los *Pensamientos*, Pascal escribió que “*il y a assez de lumière pour ceux qui ne désirent que de voir et assez d’obscurité pour ceux qui ont une disposition contraire*”<sup>187</sup>. Hay bastante luz para quienes quieren ver lo que Pascal llamaba la *raison des effets*<sup>188</sup>.

## CONCLUSIONES

**E**n España, las últimas reformas han modificado aspectos estructurales del sistema de relaciones laborales al margen del diálogo social. La reforma del derecho a la negociación colectiva a través del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, y del mercado

.....

185 Cfr. “El FMI, Bruselas y Berlín recrudecen la presión sobre las medidas laborales”, *El País*, 29 de enero de 2014. La Unión Europea pide a España que equipare la protección de los trabajadores temporales e indefinidos, lo que equivale, en realidad, a rebajar la protección de los segundos, y, asimismo, que modifique el sistema de incentivos, para que los desempleados vuelvan al mercado laboral con más rapidez. Caben dos posibilidades para lograr esto último: reducir las prestaciones de desempleo, o eliminar las ayudas, si los trabajadores no se forman o no aceptan ofertas de empleo. Cfr., asimismo, “Reformas tras reformas”, *El País*, 9 de septiembre de 2014; “Otra reforma laboral”, *El País*, 20 de abril 2015; PÉREZ, C., “Bruselas insta al próximo Gobierno a profundizar en la reforma laboral”, *El País*, 7 de diciembre de 2015; MOLINA, C., “Lo que pide el FMI a España: contrato único y más impuestos”, *Cinco Días*, 30 de enero de 2017; “El FMI espera que España traduzca su actual crecimiento en más empleo e ingresos”, *El Economista*, 18 de abril de 2017, y PÉREZ, C., “Christine Lagarde: ‘Esperamos una reforma laboral en España’”, *El País*, 17 de abril de 2017, quien escribe: “Lagarde aplaude los progresos de la economía española. Pero después de tres reformas laborales en seis años, pide una nueva ronda del mismo bebedizo para reducir la dualidad (el eufemismo mágico para evitar decir precariedad) del mercado de trabajo. El ADN del FMI es también una especie de armario cerrado con llave: desde hace un cuarto de siglo, en épocas de bonanza, en épocas de crisis y en épocas, como esta, a medio camino entre lo uno y lo otro, la receta sigue siendo una reforma laboral que parece una de esas liebres mecánicas e inalcanzables de los canódromos”.

186 SUPIOT, A., “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, *cit.*, p. 504. Cfr., asimismo, ESTEFANÍA, J., “La era de la posverdad en la economía”, *El País*, 20 de marzo de 2017, quien critica el último informe de la OCDE sobre España, que indica que ha aumentado la pobreza, sobre todo por la falta de calidad de los empleos que se crean, y que resulta necesario profundizar en la reforma laboral de 2012. Para Estefanía, esas ideas resultan contradictorias entre sí: resulta incompatible defender la reforma laboral y denunciar los empleos de baja calidad y el aumento de la pobreza. A su juicio, la reforma laboral “es la causante de la devaluación salarial que ha llevado al incremento de la pobreza, de la precarización estructural de los puestos de trabajo que se crean (la mayor parte de ellos empleos basura por sus condiciones laborales y generadores de la categoría de ‘trabajadores pobres’ que no llegan a fin de mes) y de la ruptura del equilibrio negociador en el seno de la empresa en beneficio del empresario”. Y concluye: “La OCDE pide algo y lo contrario. Por ejemplo: hay que reducir el déficit público, pero las ayudas públicas a las familias son escasas y el gasto social por niño es inferior al promedio de los países de la organización”. Acerca del informe de la Unión Europea de 2017 sobre España, cfr. también MOTA, J., “A más retórica sobre reformas, más desigualdad”, *El País*, 14 de marzo de 2017.

187 PASCAL, B., *Pensées*, Fragment Fondement n° 19/21. Cfr. el texto, con un comentario, y la correspondencia del pasaje con la numeración de otras ediciones, como la de Port-Royal de 1670 o la de Brunschvicg de 1897, en <http://www.penseesdepascal.fr/Fondement/Fondement19-moderne.php>.

188 Cfr. <http://www.penseesdepascal.fr/Raisons/Raisons.php> acerca de la *liasse* “Raison des effets”, quinto o sexto título de la tabla de materias de los *Pensamientos*. En la filosofía de Pascal, la *raison des effets* es lo que da razón de la incoherencia aparente de los efectos, y aporta una explicación, bajo la forma de una ley o una regla.

de trabajo por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, se ha realizado sin el acuerdo de los interlocutores sociales y, en algunos casos, en contra del criterio que estos habían expresado en los acuerdos interconfederales. Los órganos de control de la OIT han subrayado que el respeto del diálogo social es siempre importante, pero aún más en los momentos de crisis económica, y han criticado, en particular, que reformas que afectan a elementos esenciales del sistema de relaciones laborales, como el derecho a la negociación colectiva, se hayan adoptado prescindiendo de la consulta con las organizaciones de trabajadores y empresarios.

En cuanto al contenido, las reformas han conferido al empresario un poder mayor para imponer la descentralización de la negociación colectiva y para congelar la aplicación de los convenios colectivos, al establecer la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET) y ampliar las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos de sector o empresa (art. 82.3 ET) y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en los acuerdos colectivos, mediante la decisión unilateral del empresario después de un periodo de consultas (art. 41.4 ET). Como señala el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en el Informe núm. 371, de marzo de 2014, el recurso a procedimientos que favorecen, de manera sistemática, la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva, así como las organizaciones de empresarios y de trabajadores, y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva, en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98. A juicio del órgano de control, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar, en determinados casos, la modificación de los convenios colectivos debe abordarse y puede tratarse de diferentes maneras, que deberían concretarse en el marco del diálogo social. En fin, el Comité de Libertad Sindical recuerda que, en principio, debe corresponder a las partes la determinación del nivel de la negociación colectiva. En las conclusiones XX-3, de 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales abunda en consideraciones similares. Además, parece claro que la tendencia que impone la ley aumenta el riesgo de que el empresario ejerza de forma arbitraria las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas, con bajo nivel de afiliación y representaciones unitarias y sindicales débiles.

Según se ha advertido<sup>189</sup>, las últimas reformas laborales abandonan el enfoque tradicional del derecho del trabajo, centrado en la protección del trabajador como parte débil de la relación laboral. El objeto de regulación de la ley laboral se desplaza desde el trabajo a la producción y el empleo, y desde el trabajador y sus condiciones de trabajo a su empleabilidad.



189 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Prólogo. La reforma laboral de 2012”, *cit.*, p. 40.



El trabajo se trata como un factor de la producción y la economía. Se admite, como dogma, que la eliminación de la rigidez laboral favorece la producción y la economía y, por ende, permite crear empleo. Como pocas otras instituciones laborales, el despido refleja ese cambio de paradigma. Las últimas reformas laborales han reforzado los poderes del empresario y, en particular, el poder de despido, con una posible vulneración del Convenio núm. 158 de la OIT. El legislador facilita los despidos por circunstancias inherentes a la empresa, limita los controles administrativos, sindicales y judiciales, y reduce las indemnizaciones por despido. De ese modo, establece un nuevo equilibrio en la relación laboral. El legislador parece confiar en el ejercicio regular de los poderes por parte del empresario, y en que el despido constituya un último recurso, cuando no sea posible hacer uso de las medidas de flexibilidad interna o de inaplicación del convenio colectivo en vigor. Pero, en realidad, ha aumentado el riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales, porque recae en el propio empresario la responsabilidad de elegir la alternativa que considere más idónea, y resulta más difícil controlar si la decisión del empresario sobrepasa el margen legítimo de discrecionalidad que conlleva el ejercicio de la libertad de empresa.

El reforzamiento de los poderes del empresario, unido al intento del legislador de limitar los mecanismos tradicionales de control, hace recaer en los jueces y tribunales la tarea de buscar un equilibrio justo de intereses en la relación laboral. Las reformas laborales han puesto de relieve la importancia de la lucha por el derecho y del control judicial. Los órganos judiciales tienen la última palabra acerca de la licitud de la medida empresarial. En un Estado material de derecho, como el que instaura la Constitución, el poder judicial goza de una reserva de jurisdicción<sup>190</sup> y ha de velar para que el ejercicio de los poderes del empresario, que se lleva a cabo mediante actos de autotutela privada<sup>191</sup>, no menoscabe de forma injustificada los derechos de los trabajadores. En esa tarea, los jueces y tribunales deben ejercer con independencia y libertad de criterio las facultades que derivan de la reserva de jurisdicción, pero sin incurrir en un uso alternativo del derecho o en una jurisprudencia *contra legem*, guiada por prejuicios ideológicos. Así pues, en gran medida, la consecución del objetivo de la flexiseguridad que persiguen las reformas depende de la intensidad y racionalidad del control judicial. En ocasiones, el legislador interviene para cerrar el paso a una interpretación judicial que considera demasiado restrictiva, o francamente contraria a la teleología de las reformas. De ese modo, se instaura un diálogo entre el legislador y los jueces y tribunales, en el que han intervenido también, con un mayor o menor grado de exigencia y acierto, el Tribunal Constitucional y los organismos internacionales de supervisión y control.

.....

190 MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, 160 pp.

191 GIL, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, 178 pp.



En suma, las últimas reformas laborales en España para luchar contra la crisis plantean problemas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo, ya sea por la vulneración de alguno de los preceptos de los Convenios de la OIT, o por apartarse de las recomendaciones y buenas prácticas que sugiere esa organización para conseguir una globalización equitativa y buscar el mejor modo de superar la crisis económica sin vulnerar los derechos de los trabajadores. Hay un desempleo elevado y un déficit de trabajo con derechos, y han aumentado la precariedad, la desigualdad, la pobreza y la exclusión social. El trabajo decente es un modelo integrado, y las reformas laborales que permiten o fomentan la bajada generalizada de los salarios, y hacen posible o no combaten la precariedad, deben tener en cuenta, por ejemplo, las repercusiones de la cantidad y calidad del empleo en el sistema de protección social y, en particular, en la sostenibilidad del sistema de pensiones. De igual modo, una reducción de la protección contra el despido, sin la mejora del acceso al empleo y de la protección social, puede servir tan solo para facilitar la sustitución de trabajadores de edad avanzada y con salarios más elevados, por otros con retribuciones inferiores. En este sentido, las reformas han puesto de relieve uno de los propósitos del derecho internacional del trabajo: la consolidación del derecho nacional. Ese objetivo, que obliga al Estado que ratifica un Convenio de la OIT a mantener ese nivel mínimo de protección en el derecho interno, es de una gran importancia en tiempos de globalización y crisis económica, en que resulta tentador subordinar el derecho del trabajo a la economía. Así, por ejemplo, la ratificación del Convenio núm. 158 de la OIT contribuye a la consolidación de la legislación nacional que protege contra el despido injustificado, y supone una garantía contra las medidas de regresión o vuelta atrás. En definitiva, cabe modificar el grado de protección contra el despido injustificado, que es un elemento estructural del sistema de relaciones laborales, pero respetando unas exigencias mínimas que derivan del Convenio núm. 158 de la OIT.

**JOSÉ LUIS GIL Y GIL**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

*Universidad de Alcalá*

*jl.gilygil@gmail.com*