

El derecho del trabajo en 1988: un cambio de orientación más que una crisis*

por

Antoine Jeammaud**

SUMARIO: I. Introducción. II. El contradictorio retroceso de la intervención normativa. III. De la estabilización/unificación a la movilidad/diversificación. IV. La repercusión sobre el concepto de empresa. V. Conclusiones.

I. Introducción

Poner de manifiesto las tendencias dominantes en la evolución de un determinado sector del ordenamiento jurídico es una empresa peligrosa. En el propósito de señalar lo que cambia de manera significativa, y el sentido de ese cambio, existe el riesgo de dejarse llevar por una dramatización llamativa que esquematice demasiado aquello que se quiere exponer; o bien el de acumular una serie de observaciones que cada uno ya ha podido hacer por sí mismo. Merece la pena, sin embargo, exponerse a este doble riesgo de la simplificación y de la banalización, ya que el momento es propicio para hacer un análisis del estado actual de la evolución del Derecho del Trabajo francés.

Después de una fase de intensa renovación legislativa (las reformas de los años 1981-1983), seguida de un período de «vuelta al centro» (1984-1986), la victoria de los partidos de derecha en las elecciones legislativas de 1986 favoreció una orientación de inspiración abiertamente liberal. Pero esa victoria no ha llevado tan lejos como algunos esperaban y otros temían.

* Artículo publicado en la Revista *Droit Social*, n.º 7-8, correspondiente a julio-agosto de 1988, págs. 583-595. La traducción ha sido realizada por Santiago González Ortega. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

** Profesor de la Universidad de Saint-Etienne.

¿Quiere ello decir que el límite de lo que era políticamente realizable en relación al Derecho del Trabajo ha sido ya alcanzado? En la coyuntura electoral de 1988, el Derecho del Trabajo no parece más amenazado por una nueva ola de flexibilización que por un nuevo programa reformista de tipo social-demócrata.

¿Es equivalente la situación francesa a la que ha suscitado las inquietudes del Ministro del Trabajo y del Empleo belga hasta el extremo de proponer el reconocimiento solemne de un «mínimo de derechos sociales fundamentales» que serviría de límite a los movimientos de flexibilización en curso de los Estados de la CEE¹. Teniendo en cuenta lo que se ha podido leer u oír con ocasión de la contienda electoral de 1986, más bien asombra la relativa estabilidad del derecho estatal tras el retorno a la gestión política de los enemigos de las reformas de 1982. Así, por ejemplo:

— Las disposiciones introducidas en el Código del Trabajo por las cuatro leyes Auroux no han sido tocadas, ni su alcance personal modificado a falta de iniciativa en este sentido de las confederaciones patronales y sindicales.

— La institución del salario mínimo en función del crecimiento de la economía y del índice de precios ha resistido los sucesivos embates de la principal organización de empresarios², aunque estén hoy día disponibles muchas fórmulas de empleo que permiten inaplicarlo.

— Pese al relanzamiento, tras las huelgas del invierno de 1986-1987, de la idea de una regulación general del ejercicio del derecho de huelga, tal idea ha tenido poca acogida³.

La doctrina moderada, expresada con constancia por el Ministro de Asuntos Sociales y del Empleo del Gobierno Chirac⁴, ha prevalecido pues sobre todo dogmatismo «deslegalizador» más conforme con la ideología liberal.

Si se toma en consideración el ámbito jurisprudencial, no se puede hablar tampoco de cambio radical de orientación. Evocando algunas inquietantes decisiones de la Corte de Casación, J.J. Dupeyroux ha hablado de una «desestabilización del Derecho del Trabajo»⁵. Pero, siendo claro que la Corte ha manifestado una sensibilidad real a los argumentos de los partidarios de la flexibilidad y del primado del interés de la empresa (según la visión del empleador) en materia de organización del trabajo, de remuneración o de huelga⁶, no ha adoptado, sin embargo, una actitud francamente restrictiva en relación al derecho sindical o a las instituciones representativas del personal, aunque manifieste un cierto rigor por lo que se refiere a la implantación de las secciones sindicales de empresa o a la utilización del crédito de horas.

Pese a todo, con las diferentes orientaciones que se han sucedido desde 1981 y con las controversias que ello ha generado, un cambio significativo si que se ha producido en el Derecho del Trabajo, tanto en su propia configuración normativa como en la manera en que se le concibe o entiende.

Desde este último punto de vista, es incuestionable que el Derecho del Trabajo, como conjunto de normas y de instituciones formadas a través de más de siglo y medio de legislación social, ha sido objeto de «una puesta en cuestión global». Ciertamente, las leyes obreras han tenido siempre sus

críticos, pero la utilidad de un Derecho del Trabajo, en su configuración de los años setenta, parecía poco contestada a pesar de la aparición de «reivindicaciones patronales» orientadas hacia una «aligeramiento de las cargas». Incluso quienes se inquietaban acerca de un «efecto perverso» (sobre el empleo) de la extensión de derechos y garantías de los trabajadores no concebían que el Derecho del Trabajo pudiera evolucionar en una dirección distinta de aquella hacia la que marchaba.

Los últimos años, sin embargo, han visto plantearse preguntas del estilo de si «¿hace falta quemar el Código de Trabajo?», o si «¿ha llegado el fin del Derecho del Trabajo?», que no se habría osado hacer en el período precedente. Aunque son raros los que han contestado de manera afirmativa⁷, ello no quiere decir que hayan convencido los juristas que han tratado de demostrar que la ley permitía más flexibilidad en la gestión de la que se solicitaba⁸, ya que una asociación patronal ha propuesto introducir en el derecho francés un tipo de contrato colectivo de empresa que convertiría a las normas estatales en un derecho puramente supletorio⁹.

Debe observarse que esta puesta en cuestión del Derecho del Trabajo coincide con la buena acogida dispensada, en los medios económicos, jurídicos y políticos franceses, a la ideología del liberalismo económico con lo que ello significa de contestación radical a la legislación y a la denominada «ilusión de la justicia social». De aquí a la crítica al derecho establecido en las relaciones de trabajo no hay sino un paso y ha sido efectivamente dado¹⁰.

Si se mira al derecho positivo, deberá admitirse que los cambios producidos en el sistema de regulación jurídica de las relaciones de trabajo han procurado «un debilitamiento de los obstáculos y rigideces jurídicas que pesaban sobre la utilización de la fuerza de trabajo (con el resultado de la denominada flexibilización), debilitamiento moderado por la necesidad de guardar el equilibrio que el Derecho del Trabajo tiene la vocación de imponer en las relaciones de dominación»¹¹. Este suplemento de flexibilidad se ha obtenido recurriendo, de forma alternativa, a las dos vías teóricamente abiertas: de un lado, la modificación de las reglas sustanciales con el fin de ampliar el dominio y la autoridad de las elecciones de la dirección de las empresas, y, de otro lado y sobre todo, merced a la introducción de disposiciones que autorizan una más amplia sustitución de las normas sustanciales del Código de Trabajo por reglas de origen convencional¹².

Esta constatación, que se pretende detallar en las páginas que siguen, se aplica a un corpus normativo. No tiene en cuenta lo que es observable en el plano de las prácticas jurídicas, es decir, en la manera cómo los actores usan las reglas intentando obtener el máximo de resultados conformes a sus intereses rozando a veces incluso los límites de lo fraudulento. Pues, más allá de la modificación del tenor de las normas, condicionan igualmente la evolución del Derecho del Trabajo las prácticas en materia sindical, de ejercicio del derecho de expresión directa de los asalariados, de funcionamiento de las instituciones de representación del personal, de formalización de los contratos de trabajo, de utilización más o menos regular de la panoplia de fórmulas de ingreso al trabajo, de ruptura del contra-

to, de fijación de la remuneración, de negociación colectiva, de autorización administrativa, o de despido de trabajadores especialmente protegidos¹³. Este tipo de comportamientos, en virtud del modelo de relaciones que imponen o proponen, cuentan tanto como los propios contenidos de las normas¹⁴.

Debido a la carencia de un conocimiento seguro y fiable de tales prácticas las dejaremos al margen de nuestras consideraciones¹⁵, salvo el recurso de referirnos a algunas de ellas en la medida en que sirvan para ilustrar, o sean una consecuencia de, los tres fenómenos que, a nuestro juicio, caracterizan la evolución más reciente del Derecho del Trabajo, contemplada de forma general. Tales son, y por este orden sean tratados: el contradictorio retroceso de la intervención normativa (II); el paso, desde el punto de vista del tenor de las normas, de la doble idea de «estabilización más homogeneización» a la de «movilidad de la mano de obra más diversificación de los estatutos de los trabajadores» (III); la omnipresencia en el enunciado de las reglas jurídicas y de los criterios de interpretación de las mismas, de una «empresa», en verdad de cada vez más difícil conceptualización (IV).

II. El contradictorio retroceso de la intervención normativa

Antes de que la ideología liberal hubiera conquistado una indiscutible hegemonía, el cambio político de 1981 había planteado la necesidad de una reordenación del marco jurídico de las relaciones de trabajo en función de un cambio de la sociedad. Pero esta «politización del derecho» cedió pronto el lugar a una práctica de modificación de los textos normativos y de creación de técnicas jurídicas justificada básicamente por los imperativos de la lucha contra el crecimiento del desempleo. Como la politización sobre la que ha terminado por prevalecer, pero cuyos productos normativos permanecen, esta «instrumentalización» atestigua que la legislación (en sentido amplio) significa una presencia del Estado en el mercado de trabajo y de la producción poco conforme con los cánones del liberalismo. ¿No debería implicar éste último un retroceso de la intervención estatal que debería manifestarse en un repliegue y una disminución de las reglas por él emanadas? De hecho, el derecho estatal del trabajo permanece muy presente; ¡como si la ruptura con el intervencionismo (el dirigismo) pasara por un aumento de su volumen!

II.1. De la politización a la instrumentalización del derecho

Las leyes de 1982 y 1983 (sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres o sobre la democratización del sector público) se inscribían en un ambicioso proyecto político —promover la edificación de una democracia industrial y una nueva dimensión de la ciudadanía en la empresa— expresado con énfasis en el Informe Auroux, de otoño de 1981, sobre los

derechos de los trabajadores. El objetivo era, según el Ministro de Trabajo, «transformar el Código de Trabajo en el Código de la democracia económica».

Ciertamente hace ya tiempo que la existencia de un Derecho del Trabajo generador de derechos y garantías en beneficio de los asalariados forma parte de la propia noción de democracia¹⁶. La argumentación legitimadora de las reformas en cuestión fue más allá intentando trasladar el convencimiento de que la renovación del marco jurídico de las relaciones laborales era el vector de una auténtica reforma social merced a la extensión dentro del ámbito de las empresas de las nociones de democracia y de ciudadanía¹⁷. Lo que estuvo lejos de obtener la adhesión de todos¹⁸.

La originalidad de esta concepción se basa en una inversión de la relación comunmente admitida entre progreso económico y progreso social, de tal manera que la extensión de los derechos de los trabajadores debía servir de catalizador para la movilización de todos los recursos de saber, capacidad de innovación, de motivación y de negociación, hasta entonces poco explotados, con el fin de superar la crisis. Tal es el fondo común de todas las doctrinas participativas. Pero lo que en el Informe Auroux había de singular era la admisión de que los intereses del capital y los de los trabajadores no eran fundamentalmente coincidentes. Es por ello por lo que se trataba de una manera bastante nueva de economicismo jurídico.

Podemos preguntarnos si esta voluntad de cambiar la concepción del Derecho del Trabajo ha producido o no sus efectos. Las principales reformas operadas desde hace dos años —supresión de la autorización administrativa en los despidos por motivos económicos, ampliación del recurso al trabajo diferenciado o atípico, relanzamiento de las fórmulas de interesamiento y de participación de los trabajadores— se conectan más con el proyecto político liberal, considerado más necesario que nunca tras estos años de «socialismo».

Sin embargo, si los sostenedores de la doctrina liberal han recurrido también, en beneficio de las empresas, a las ideas de democracia y ciudadanía, la etapa de 1981-1983 podría haber significado la aportación, además de ciertas reglas jurídicas que permanecen aún, una mayor sensibilidad en relación a las implicaciones de la ciudadanía de los asalariados y de sus derechos fundamentales en las relaciones de trabajo¹⁹.

La necesidad de potenciar la intervención estatal sobre los parámetros jurídicos del mercado de trabajo a fin de contener la degradación de la situación del empleo, ha relegado sin embargo a un segundo plano los proyectos sociales. Tanto antes como después de 1986 la innovación jurídica ha sido puesta fundamentalmente al servicio de un tratamiento socio-económico del paro y de la adaptación a las circunstancias del empleo. Puesto que su objetivo ha sido el promover la creación de puestos de trabajo, proponer ocupaciones favorecedoras de una inserción real de los demandantes de empleo, la reconversión de los trabajadores desposeídos de sus empresas, o al menos, un cierto control de las cifras del paro, los textos legales y reglamentarios se han convertido en instrumentos de la política estatal de empleo. De forma, además, asistemática, forzada por la necesidad de

ajustar el marco jurídico propuesto a los cálculos de las empresas, a las resistencias sindicales o a las urgencias electorales. De aquí la inestabilidad de una reglamentación²⁰ que, generalmente, ha adquirido un carácter experimental hasta el extremo de que los textos normativos están sometidos, de forma declarada, al juicio de su puesta en práctica y de sus resultados operativos. En estas condiciones no es sorprendente que el número de las normas en vigor tienda a crecer.

II.2. La profusión del derecho estatal

El desarrollo de la negociación colectiva fue considerado, en 1981, como una manifestación especialmente significativa de la democratización de las relaciones laborales, quizás como una ilustración de la denominada «democracia del contrato»²¹.

Sin embargo, no se trata, en forma alguna, de que las reglas de juego sean establecidas de forma soberana por aquellos a quienes han de aplicarse. La ley no se ha convertido en puramente supletoria. El Código de Trabajo no se ha transformado en una simple «constitución social» de la empresa o de la rama de actividad, fijando sólo la organización y las respectivas competencias de determinadas instituciones que tomaran su legitimidad del voto. Ni por un instante se ha pretendido substituir el voto mayoritario de los «ciudadanos» (representantes políticos) que concurren en la realización de un acto de tipo legislativo por un acuerdo entre un sujeto y los representantes orgánicos de otros intereses (en el caso de la empresa), o entre organizaciones portadoras de intereses de clase o de categorías sociales enfrentadas en el ámbito laboral (caso del acuerdo interprofesional o de rama). Por otra parte, el empleador no ha sido privado tampoco del poder de regular, a falta de acuerdo, muchas cuestiones de forma unilateral.

Con la expresión, directa o por representantes elegidos, de puntos de vista que no se imponen necesariamente al empresario y el perfeccionamiento de ciertas facultades para la defensa de los derechos e intereses de los asalariados, la negociación colectiva parece haber constituido la más grande audacia concebible en relación a la democratización del sistema económico. Un perfeccionamiento y una legitimación, pues, de la confrontación de intereses de los que ya no se afirmaría su necesaria coincidencia. Ello ha permitido justificar una ruptura con el mito de la ley en beneficio de una negociación colectiva de la que se esperaba que cada asalariado quedaría cubierto por un acuerdo colectivo que engrosaría su patrimonio individual de ventajas y garantías, una regulación más descentralizada, esto es, adaptada a las características particulares de la rama o de la empresa, el relanzamiento del sindicalismo, interlocutor obligado de acuerdos y pactos, y, también la puesta al día de determinadas prácticas directivas de las empresas.

Es cierto que las reformas de 1982 trajeron una modificación decisiva de las relaciones cuantitativas y cualitativas entre derecho estatal y derecho

convencional. La ordenanza de enero de 1982 relativa a la duración del trabajo, sustituida por la Ley de noviembre del mismo año, inauguró un cambio, muchas veces subrayado, del mecanismo clásico de funcionamiento del orden público social: el pacto o el acuerdo colectivo puede, a partir de entonces, derogar normas estatales en un sentido que no es ya claramente ventajoso para los trabajadores. Puede, por ejemplo, acoger peticiones patronales de flexibilización del régimen legal del tiempo de trabajo que no integra ya, de manera absoluta, el orden público laboral. Con las Leyes de febrero de 1986 y de junio de 1987, esta materia del tiempo de trabajo se ha convertido, como lo deseaba el empresariado, en un espacio de decisión para los acuerdos colectivos llamados «derogatorios»²². Es a través de esta extensión de las facultades de la negociación colectiva, particularmente de empresa, y no tanto por la vía de la restitución directa de poderes discrecionales al empresario, que se ha producido la flexibilización de las condiciones de uso de la fuerza de trabajo.

Pero que haya cambiado la relación cualitativa entre Ley e instrumentos colectivos de regulación y que se haya producido una revitalización de la negociación colectiva de empresa²³ no autoriza a hablar de retroceso del derecho estatal. Y aquí es donde se encuentra la paradoja.

Debe observarse, en primer lugar, que la voluntad del legislador sigue siendo prevalente. La fórmula de la Ley negociada y el pretensión de apoyar en los acuerdos de los interlocutores sociales la justificación y el contenido de ciertas reformas no debe llevar a engaño. Tanto la ordenanza de enero de 1982 sobre duración del trabajo, como la ley de febrero de 1984 sobre formación profesional continua, cuando la ley de diciembre de 1986 sobre despidos, pretendieron recoger el contenido de determinados acuerdos interprofesionales. Pero ninguno de ellos fue firmado por la CGT que continúa siendo la primera confederación obrera según los resultados electorales en todos los niveles. A veces, incluso, ha faltado la firma de otros sindicatos y de algunas organizaciones patronales. Tales leyes, por lo tanto, no podían exhibir sino una muy relativa legitimidad consensual. Por ello, la elaboración de tales textos normativos ha puesto de manifiesto que el legislador no se ha contentado con interiorizar el contenido de los acuerdos sino que, incluso, como es el caso del acuerdo interprofesional sobre procedimiento de despido de octubre de 1986, los ha provocado con su propia intervención normativa previa, forzando literalmente a los sindicatos a negociar con el empresario los medios de limitar las consecuencias de la fiebre flexibilizadora.

Debe constatar, en segundo lugar, que el Código de Trabajo, lejos de aligerar su contenido tiende a engrosarlo, a pesar de la retirada del mismo de ciertas materias²⁴ y el mantenimiento fuera del Código de numerosas disposiciones que afectan a las relaciones de trabajo pero que no tienen razón de ser insertadas en el Código²⁵ o revisten un carácter provisional. El fenómeno tiene una fácil explicación.

La extensión del campo abierto a la negociación ha sido pareja a la sofisticación de una legislación que no es totalmente susceptible de derogación convencional, ni siquiera «in melius». Piénsese en lo que se refiere a

la disciplina dentro de la empresa, a las instituciones representativas del personal y a la actividad sindical, al derecho de expresión, a materias como la higiene y seguridad en el trabajo. Era lógico que una voluntad de democratizar las relaciones de trabajo en la empresa y de asegurar la ciudadanía de los trabajadores se tradujese en un acercamiento al modelo del Estado de Derecho. Pues bien, éste se caracteriza por la sumisión de los detentadores del poder a normas de las que no disponen y el reconocimiento a los gobernados de derechos y esferas de autonomía que pueden oponer a los primeros. El poder patronal se ha encontrado así más estrechamente sujeto a reglas —al menos a normas que disciplinan los procedimientos de toma de decisión— que pertenecen al orden estatal o a un orden jurídico profesional que no puede modificar a su gusto. Los asalariados ven reconocer, a su vez, algunos derechos nuevos —derecho de expresión o facultad de paralizar la prestación en presencia de un peligro grave— oponibles a la dirección de la empresa.

Ha hecho falta, además, equipar a la negociación colectiva más que encuadrarla. Favorecerla imponiendo determinadas obligaciones de negociar, regular sus modalidades, introducir un mecanismo (el derecho de oposición) apropiado para mejorar el crédito de los instrumentos convencionales, fijar límites a una libertad contractual colectiva que podría lesionar demasiado los intereses de los trabajadores individuales: todo ello requiere una regulación, un texto normativo.

Por poner un ejemplo paradigmático como es el relativo al tiempo de trabajo. La moderación con la que los sucesivos legisladores han abierto la vía para los cambios deseados por los empresarios se manifiesta en el mantenimiento de un modelo legal-reglamentario (con instituciones como la duración máxima legal del tiempo de trabajo o la regla del horario colectivo) y en la autorización de derogaciones en base a acuerdos colectivos para los que se establecen garantías y se ofrecen opciones posibles. Las disposiciones del Código en esta materia no podían, por tanto, sino engrosarse y adquirir complejidad. La mayor negociabilidad de los componentes del modelo legal y la diversidad de niveles posibles o impuestos a la negociación de la flexibilidad engendran dificultades de articulación de las distintas instancias que sólo el derecho estatal puede regular. El proceso de flexibilización requiere, pues, nuevas intervenciones legislativas en razón no de la protección de los trabajadores sino de la propia seguridad jurídica.

No se duda que la reducción del intervencionismo administrativo, en su papel de control, ha sido aún más exigida que la de la propia legislación. Pero, por ejemplo, la supresión de la autorización administrativa de los despidos por motivos económicos no ha sido seguida de una supresión o aligeramiento de las disposiciones del Código en relación al empleo. Al contrario, el régimen establecido por la Ley de 30 de diciembre de 1986 y por los instrumentos convencionales parece más complejo que nunca.

¿No es, pues, sorprendente que, en estas condiciones, la Confederación Patronal Francesa se felicite de que, «por primera vez las empresas puedan gozar de las cuatro libertades de gestión fundamentales: de los precios, de los cambios, del número de trabajadores y de la organización del traba-

jo»²⁶. Tras de lo que se acaba de decir párrafos antes esta satisfacción de la organización patronal viene a confirmar el carácter equívoco de la famosa «deslegalización» y de su relación con la «Flexibilización».

El término «deslegalización» no es sinónimo de «desregulación»: por aquél se entiende un repliegue de la regulación jurídica, en particular de la que tiene su origen en el derecho producido por el poder público, en beneficio de otro tipo de regulaciones. Con ello se designa la reducción, o incluso la desaparición, del conjunto de normas elaboradas por los órganos del Estado, la restricción de su ámbito, un carácter más sistemáticamente general y una menor penetración en el detalle de las relaciones laborales.

Sin embargo no es ésto lo que se ha producido. Por el contrario, han sido creados medios diversos de agilizar la gestión de la fuerza de trabajo que parecen colmar las exigencias de flexibilización. Se trata de una chocante ilustración de cómo la deslegalización provoca casi mecánicamente un movimiento compensatorio de nueva reglamentación. Según la feliz fórmula de un autor «la extensión de la reglamentación es la forma francesa de la flexibilidad»²⁷.

Este estado de cosas no tiene de paradoja más que la apariencia. Basta para convencerse con reconocer que la regla jurídica no siempre ordena una conducta, que sus objetos pueden ser muy diversos y variadas sus prescripciones en relación a los comportamientos de los actores. En síntesis, que ella no es siempre y en todos los casos una carga o un obstáculo; que el Derecho del Trabajo está lejos de generar sólo cargas para los empresarios puesto que también asume una función que no tiene nada de antagónica con la racionalidad capitalista o, si el eufemismo parece más adecuada, con la «lógica empresarial».

Así pues, tanto el objetivo de la democratización de las relaciones laborales como el de la flexibilización de las condiciones de gestión de la fuerza de trabajo han ocurrido para producir un incremento y una mayor complejidad de las disposiciones del Código, que deben mucho a la voluntad de ampliar los espacios de la negociación pero, a la vez, a la idea de consolidar, limitándolas, las variadas prácticas jurídicas de contratación y de finalización de la relación de trabajo.

El resultado concreto es un oscurecimiento de los laberintos del Derecho del Trabajo adecuado para impedir un poco más su conocimiento por todos los interesados y la «apropiación del saber jurídico» por aquellos —empleadores, cuadros, sindicalistas— que son los que se encuentran en mejor situación para controlarlo. Al menos sería necesario que los interlocutores sociales fueran iguales ante la dificultad de informarse y de comprender. Cuando se leen los textos que abren opciones a la negociación de las modificaciones en materia de tiempo de trabajo se está en el derecho de preguntar si su complejidad no está realmente al servicio de la parte negociadora que pueda disponer de mejor asistencia jurídica. A pesar de la tarea de información a las partes confiada a los inspectores de trabajo y de la experiencia que puedan adquirir determinados cuadros sindicales, habrá que dudar de que el control de los términos de la negociación sea igual en muchas empresas²⁸.

III. De la estabilización/unificación a la movilidad/diversificación

Nadie podrá discutir que, en el plano de la relación laboral, la tendencia más clara de la evolución del Derecho del Trabajo hasta el fin de los años setenta ha sido la de asegurar a los trabajadores la estabilidad en el empleo. La construcción progresiva de un derecho del despido, la multiplicación de las causas voluntarias o accidentales de suspensión de la relación de trabajo, entre otras, son manifestaciones de esta tendencia, a la cual han contribuido además doctrina y jurisprudencia. El movimiento de homogeneización, si no de igualación, de las condiciones jurídicas de los trabajadores ha sido más dubitativo. Menos por el efecto de esa fuente de diferencias que es la técnica de los umbrales o límites de la efectividad de las normas y por una diferenciación de origen convencional que se manifestaba sobre todo entre ramas de actividad, que en razón de la legalización del trabajo temporal en 1972 y de la creación, en 1979, de un primer régimen de contrato de duración determinada sustancialmente destinado a contrarrestar una jurisprudencia deseosa de reducir la extensión de esta categoría de contrato de trabajo. ¿Hace falta, en fin, recordar el impacto provocado, en el curso de ese decenio, por el notorio desarrollo de prácticas de precarización y de exteriorización de la mano de obra?

El período que nos ocupa en este trabajo se abrió precisamente con una reacción muy voluntarista contra este fenómeno: el Informe Auroux se proponía «la reunificación jurídica de la colectividad de trabajo», lógicamente inscrita en la construcción de una «ciudadanía de la empresa» que postulaba la igualdad de condiciones y de derechos de los trabajadores en el seno de cada empresa. Después de unas ordenanzas de 1982, bastante ajustadas a este objetivo —pretendían reducir al mínimo el recurso a la interinidad y a la contratación de duración determinada, hacer el trabajo a tiempo parcial el objeto de una verdadera elección del trabajador, y erigir en principio regulador la igualdad de derechos entre trabajadores de estatutos jurídicos distintos— la balanza se ha inclinado en el sentido opuesto. Mientras que la movilidad de la fuerza de trabajo se ha convertido en una exigencia cada vez más urgente de las empresas, bien acogida tanto por las jueces como por los legisladores.

III.1. La tendencia a la movilidad de la fuerza de trabajo y de las condiciones de empleo

Los factores jurídicos de estabilización en el empleo deben ordenarse, a partir de ahora, teniendo presente la necesidad de permitir la adaptación de las condiciones de trabajo (entendidas en sentido amplio), juzgada indispensable por los empresarios. Las ilustraciones jurisprudenciales de este cambio de orientación no faltan.

Con o sin error, la preocupación de liberar a las empresas dinámicas —las que acaban de conquistar un mercado o de extender sus actividades—

de la carga de los despidos no es extraña al cambio producido, en 1985-1986, en el sentido de una interpretación más reductiva de las modificaciones en la situación jurídica del empleador que permiten, según el artículo 122-12 del Código de Trabajo, la continuación del vínculo laboral. De esta forma se ha reducido el impacto de una norma cuyo alcance estabilizador del empleo no había llegado hasta el punto de garantizarlo.

La relativa abundancia, desde hace algunos años, de contenciosos en torno a los usos de empresa no puede explicarse sino por el hecho de un más alto grado de puesta en tela de juicio de las mejoras laborales no escritas generadoras de costes y rigideces que los empleadores no quieren ya soportar. Este fenómeno ha provocado la construcción de un régimen del uso de empresa según el cual si por su objeto no forma parte del contrato de trabajo es tratado de manera similar a un acuerdo colectivo aún sin serlo²⁹. El que esta interpretación procure una cierta protección a los trabajadores frente a la revocación de tales ventajas y tienda a ampliar el ámbito de la negociación colectiva no impide que su primer resultado sea el permitir al empleador el denunciarlo. Lo que es radicalmente contrario a la noción de costumbre a la cual se asimilaba tradicionalmente el uso y hace precarias las ventajas que el mismo suponía para los trabajadores. El hecho de que cada uno de ellos pueda sostener que la revocación del uso considerado incorporado al contrato de trabajo equivale a una modificación sustancial de éste último no obsta gran cosa a la flexibilidad así impuesta a las ventajas adquiridas.

Es la ocasión de recordar que la construcción, ya clásica, de un régimen de modificación de las condiciones de trabajo ha consistido, para la Corte de Casación, en una forma de reducción del alcance del principio de la fuerza obligatoria de los contratos a fin de, merced al juego combinado del poder de dirección y de la facultad de despedir a los trabajadores contrarios a la modificación, hacer flexibles las diversas circunstancias o elementos del contrato de trabajo³⁰. Podría asombrar que la coyuntura actual no haya provocado un deslizamiento más intenso en este sentido en favor de una mayor movilidad de los trabajadores y de sus condiciones de empleo. Quizá porque haya estimado haberse anticipado a la exigencia de eliminación de los obstáculos jurídicos, no parece que la Corte haya cambiado claramente su doctrina. No es apreciable, por ejemplo, una reducción significativa de la categoría de las modificaciones sustanciales en beneficio de las accesorias a las que el trabajador no puede oponerse. Digamos que el contrato de trabajo ha recuperado su (muy) relativa resistencia anterior. Aunque se advierte, bajo la opción de estimar que el despido de un trabajador que rehusa aceptar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo no tiene naturaleza económica, una censura a la actitud de los trabajadores que rechazan el sacrificio que el empresario les propone en nombre del interés de la empresa.

Por otra parte, parece que el poder de dirección del jefe de empresa es la institución más adaptada para realizar una flexibilización de las condiciones de gestión de la fuerza de trabajo. Aceptarlo así no es sino reforzarlo. Se trata, sin embargo, de una institución discreta que no se manifiesta di-

rectamente a pesar de las ventajas simbólicas que le proporciona su autonomía conceptual (construida, entre otras, por la teoría institucional de la empresa) en relación a los derechos sobre los medios de producción. De aquí la dificultad de identificar las resoluciones jurisprudenciales que pongan de manifiesto eventuales movimientos en favor o en contra, de extensión o de restricción del mismo. El aire de los tiempos debería servir para reafirmar la doctrina del «empresario juez único» a salvo el respeto a los procedimientos de información, de consulta o de negociación. Algunos asuntos han proporcionado a la Corte de Casación la ocasión de recordar que el poder del empleador le permitía individualizar los incrementos salariales, modificar el horario de trabajo dentro del marco de las reglas legales y convencionales o censurar la suplantación de sus decisiones por parte de los jueces.

El derecho legislado es, por el contrario, un terreno donde las innovaciones se manifiestan más claramente. La interpretación de reformas como la de los despidos por motivos económicos o la del régimen del tiempo de trabajo no suscita duda alguna. Son las manifestaciones más claras de una tendencia a facilitar la desposesión del empleo en nombre de la modernización y de la eliminación de los excesos de personal, o la adaptación de la organización del trabajo a las variaciones de la demanda y en función de la utilización óptima del aparato productivo. En este último terreno la plasticidad del factor tiempo de trabajo ha abierto numerosas posibilidades a la negociación colectiva. De una manera general, la extensión del campo de lo negociable y la estimulación legal de la negociación constituyen factores decisivos de la diversificación de los estatutos jurídicos de las distintas clases de trabajadores.

III.2. *La tendencia a la diversificación de las condiciones jurídicas de los trabajadores subordinados*

El fenómeno que se acaba de describir en el párrafo anterior se traduce, de forma inevitable, en una gran variedad de normas convencionales, distintas, con mayor frecuencia que antes, de una rama profesional a otra, de una empresa o otra o, incluso, de un centro de trabajo a otro. Pero no es esto lo más importante; el fenómeno más significativo es la diversificación jurídica de las formas de empleo o, más exactamente, de las formas de incorporación al trabajo³².

Dejando al margen las razones de este proceso que ha producido una fragmentación del empleo, nos limitaremos a establecer un somero cuadro de los productos y técnicas jurídicas disponibles para hacer surgir una relación de trabajo subordinado, sea o no contractual.

Frente al contrato de trabajo de duración indeterminada y por tiempo completo, regulado por el derecho común, se encuentran hoy día las siguientes fórmulas:

— Modalidades especiales de contrato de trabajo, que no suelen ser objeto de una regulación tan completa que resulte absolutamente derogatoria del

derecho común aunque tengan sus particularidades, y cuyo número no ha cesado de crecer. Son: el contrato de duración determinada, el contrato de trabajo de temporada y eventual, el contrato de trabajo a tiempo parcial, el contrato de duración indeterminada pero con cláusula de intermitencia o fijo discontinuo y, desde 1987, el contrato de trabajo con una asociación intermediaria entre el trabajador y la empresa a la que prestan sus servicios efectivamente.

— Contratos de trabajo de tipo particular que, a semejanza del clásico contrato de aprendizaje, combinan la actividad productiva y la formación y suelen ir acompañados de un acuerdo entre empresario y Estado (que financia básicamente la formación). Son: desde los contratos de cualificación y adaptación a la última de las creaciones legislativas, el contrato de reinserción en alternancia de los parados de larga duración.

— Fórmulas de ocupación al margen del contrato, cuyos «beneficiarios» tienen el estatuto de personas en prácticas de formación y se encuentran jurídicamente excluidos de la colectividad de trabajo a la cual pertenecen de hecho puesto que participan en las actividades ordinarias (a veces de servicio público) de la empresa o del organismo en el que se insertan.

No se va a reproducir aquí la discusión acerca de si la ampliación del número y modalidades de empleos atípicos ha alcanzado el objetivo de frenar la degradación del nivel de empleo o de hacer más eficaz el sistema de formación profesional. Desde la óptica que se está utilizando en este artículo, es necesario subrayar que el movimiento de multiplicación de las fórmulas de empleo o de ocupación vuelve la espalda al objetivo de reunificación jurídica del régimen de los trabajadores asalariados y de las colectividades de trabajadores que los reformadores de 1981 habían pretendido poner en práctica. Se trataba de evitar la «sociedad dual»; siete años más tarde se está ante un sistema de empleo plural, habiéndose además multiplicado las situaciones intermedias entre la de asalariado y las de demandante de empleo. Muchas de estas situaciones (a las cuales ha de añadirse la de los trabajadores en reconversión) hacen surgir una especie de estatuto de la transición.

Es cierto que las diferentes fórmulas de empleo o de ocupación no son intercambiables, esto es, disponibles para una elección «a la carta» por parte del empresario. Los textos legales imponen condiciones para el recurso a cada una de estas fórmulas atípicas de contratación o de empleo, en defecto de las cuales será aplicable el régimen común. Sin embargo, aparte el hecho de que las prácticas fraudulentas son notorias, lo importante es la disociación entre derecho común y derecho habitual o normal (así calificado en base a consideraciones estadísticas o de representación social dominante). Las ocupaciones para subsistir o para formarse son aún percibidas como una alternativa penosa al «empleo normal». Cabe preguntarse, ya que tal tipo de ocupación no deja de crecer, si no cambiará también el uso terminológico, dejando de ser normal lo que es el actual régimen común.

El carácter periférico de estas formas de ocupación se manifiesta también en determinadas circunstancias que rodean, por ejemplo, a los traba-

jadores al servicio del hogar familiar (frecuentemente ocupados a tiempo parcial) o a los parados contratados por las empresas y asociaciones intermediarias de empleo. Estos trabajadores no pueden, de hecho o de derecho, participar en los procedimientos de representación institucional o de confrontación de intereses: no trabajan en una empresa, o en la que lo hacen es de un tamaño demasiado pequeño. Su estatuto se encuentra pues amputado en una dimensión importante de las relaciones jurídicas de trabajo. Hace mucho tiempo que el Derecho del Trabajo no es el «derecho obrero»; pero ya tampoco es el derecho de la empresa ni el proveedor de un suplemento de ciudadanía.

Esta diversificación de las condiciones jurídicas no se refiere sólo a la del estatuto de los trabajadores pertenecientes a una misma colectividad como consecuencia de un uso hábil de la interinidad, de la contratación de duración determinada o del recurso a la prestación externa de servicios. Por el contrario se trata de una diversificación de las propias técnicas que se encuentra en las disposiciones normativas y que son las mismas leyes las que las proponen. Su efecto no es otro que la dislocación del derecho estatal del trabajo, afectado a su democraticidad, a su coherencia, a su comprensión y subrayando su instrumentalización.

En otro orden de cosas, es claro que las políticas de individualización de los salarios prolongan este fenómeno y contribuyen a su vez a reducir la homogeneidad de la categoría de los asalariados. Fomentadas por las organizaciones empresariales pero contestadas por los sindicatos, afectan fundamentalmente a los cuadros y no han tenido, por lo que parece, el impulso que se les pronosticaba. Los que sí se han desarrollado, sin embargo, son acuerdos de interesamiento del personal que generan diferencias de rentas del trabajo a niveles supraindividuales³³.

La vitalidad de la negociación salarial en el sector de actividad y en la empresa, deliberadamente buscada por la Ley de noviembre de 1982, y la de la negociación colectiva de interesamiento y de participación del personal, fomentada por la ordenanza de octubre de 1986, han tenido como consecuencia que este aspecto de la diversificación de las condiciones de trabajo derive generalmente de disposiciones convencionales.

Pero la individualización salarial puede apoyarse en el poder de dirección empresarial que le habilita para practicar aumentos salariales diferenciados siempre que respete los mínimos impuestos por la ley o el convenio colectivo. Su poder discrecional no encuentra otros límites que la prohibición de toda discriminación. Pero como «diferencia ilegítima de tratamiento», la discriminación es difícil de probar y el principio de no discriminación, si presupone igualdad formal, no tiene sentido sino en la medida en que se admita la existencia de diferencias de trato legítimas. La apreciación de las aptitudes y de la eficacia de los trabajadores, atributo soberano del poder empresarial de dirección, sirve de manera suficiente para justificar estas diferenciaciones.

Lo anterior ilustra un cierto renacimiento del sujeto individual en el Derecho del Trabajo³⁴, si bien este fenómeno no ocupa sino un lugar secundario en el movimiento general, ya descrito, de diversificación de las condiciones de trabajo.

IV. La repercusión sobre el concepto de empresa

Según ciertos observadores cualificados, el reconocimiento de la empresa por el derecho francés sería la aportación común de diversas leyes recientes. Se trataría, sin embargo, de un concepto de empresa de «geometría variable» e difícilmente aprehensible.

En el orden de las representaciones de la sociedad y de la economía, nadie duda que la empresa es un valor en alza. La empresa es objeto de un fervor compartido incluso por medios sindicales o políticos hasta hace poco manifestaban actitudes de desconfianza hacia ella. Tiene razón quien señala que el empresariado francés ha obtenido con ello una gran victoria ideológica.

El lenguaje normativo ha hecho un uso creciente del término empresa para designar el marco de ejercicio de determinados derechos, de implantación de ciertas instituciones, de negociación colectiva y de validez de ciertos instrumentos convencionales. Categoría muy técnica, la empresa puede ser a veces de difícil identificación. Como cuando se intenta definir la noción de «interés de la empresa». En el derecho positivo, sin embargo, esta noción parece proporcionar el criterio de regularidad de ciertos actos de ejercicio del poder de dirección, como es el caso de la modificación de las condiciones de trabajo. Que la determinación de este interés proceda, en principio, del poder soberano del jefe de empresa simplifica considerablemente las cosas: los jueces son invitados a no sustituir con su propia apreciación la del empresario³⁵ y la invocación del interés de la empresa sirve para reforzar la legitimidad de las decisiones que se apoyan en él.

La cuestión es si podría producirse una verificación de esa legitimidad a partir de una noción clara de la sustancia de la empresa o si el derecho en vigor diseña o implica un cierto modelo de esta micro sociedad que el propio ordenamiento contribuye a crear de forma decisiva y que no se limita a aprehender como una realidad socio-económica preexistente. El método más simple es preguntarse si la evolución jurídica reciente ha confirmado o no la famosa teoría institucional de la empresa.

Sin pretender reproducir aquí esta construcción teórica³⁶, nos ceñiremos a subrayar que la limitación de los poderes de soberanía del empresario y la ciudadanía que ella concede a los trabajadores es paralela a una idea de comunidad fundamental de intereses entre los trabajadores y el empresario, comunidad que se manifiesta a través de una representación jerárquica parcialmente imitada de la sociedad política. Pero si el Informe Auroux ha tenido la preocupación de afirmar la necesidad y la legitimidad del poder de dirección, también ha concebido a la empresa como el lugar de una confrontación de intereses igualmente legítimos, pero desprovistos de esa radical convergencia postulada por las doctrinas de la asociación capital-trabajo contra las teorías que ven en la lucha de clases el verdadero movimiento de nuestras sociedades.

Las más importantes aportaciones de las leyes de 1982-1983 han sido, en nuestra opinión, el desarrollo de canales y medios de expresión para esa confrontación de intereses, el perfeccionamiento del derecho sindical o de representación del personal, y la negociación colectiva.

La distancia que separa el modelo de empresa del Código de Trabajo reformado del que describe la teoría institucional importa menos, sin embargo, que su fondo común: la convicción de que toda empresa es o debe ser realmente una sociedad de componentes humanos estables. Y es esta exigencia la que comprometen e incluso niegan determinadas recientes evoluciones de las reglas y prácticas jurídicas.

Porque, ¿qué crédito puede conservar la representación de la empresa como una comunidad (más o menos conflictiva), como una sociedad constituida, en presencia de la diversificación de las formas jurídicas de contratación que multiplica el número de los «ciudadanos de segunda clase» y de los simples «transeúntes» en la empresa, a la vez que se hacen habituales las operaciones de exteriorización jurídica de los colaboradores? Estos últimos franquean, además, con frecuencia la frontera que separa la habilidad lícita del fraude a la ley, pero la sanción de la recualificación del vínculo contractual en contrato de trabajo no les alcanza sino infrecuentemente.

Habiendo sido exaltada como exigencia básica, la integración del personal en la empresa está de hecho reservada a una parte de los trabajadores activos como consecuencia de las políticas de gestión de la mano de obra que buscan, a fin de cuentas, la propia flexibilidad de la empresa. Los trabajadores que se benefician de esta integración son invitados a los famosos «consensos», esto es, a la adhesión a las finalidades y estrategias de la dirección de las empresas. Se está, pues, bastante lejos del ideal socialdemócrata de la democracia industrial, sobrepasado si se entra en «la tercera edad de la empresa»: aquella donde la empresa no es más que una estrategia hacia la conquista privilegiando la movilización (en todos los sentidos del término) de su personal en vez de constituir, como antes, la célula base y la imagen reducida de una sociedad industrial³⁷.

La frecuente inserción de la empresa en un grupo hace, además, el centro de decisión más inaccesible y menos perceptibles para los trabajadores o sus representantes los elementos que las componen. Las técnicas jurídicas imaginadas (el comité de grupo de empresa, por ejemplo), para adaptar las instituciones de la democracia industrial a esta forma de concentración del capital, no parecen estar a la altura del reto, sobre todo cuando el grupo tiene una dimensión supranacional. Las representaciones de tipo institucionalista son así menos convincentes que nunca. El fenómeno de los grupos de sociedades revela el verdadero estatuto de la noción jurídica de empresa: la de un paradigma, una referencia cómoda que se revela como tal en la crisis que le afecta. Con el incremento del poder financiero la sociedad, técnica de concentración de capitales y de personificación para satisfacer las necesidades del comercio jurídico prevalece más que nunca sobre la empresa, al contrario de lo que habían pronosticado los doctrinarios de la empresa.

La realidad de las prácticas jurídicas de gestión de la mano de obra y la incierta eficiencia de los mecanismos de los que se esperaba aseguraran una auténtica ciudadanía de la empresa, trastornan los ideales de la empresa comunidad y de la democracia industrial, que reposan sobre la atribución de prerrogativas diferentes a los diversos elementos humanos de esta colectividad más o menos imitada de la sociedad política.

Toda representación de este orden es claramente rechazada por quienes ven en la empresa una concentración de cargas (residenciadas en la abundancia de reglamentaciones demasiado minuciosas y por el excesivo número de textos normativos, particularmente del Derecho del Trabajo). Según esta opinión habría llegado el momento para la empresa de conocer una tercera edad: la de unidad de talla reducida, implicando a los individuos y apoyándose en relaciones contractuales y consentidas (los círculos de calidad contra el derecho de expresión, la libre negociación individual en lugar del encuadramiento legal del contrato de trabajo y de la negociación colectiva). Por encima de la banalidad o superficialidad del propósito en el período actual, es preciso comprender que de esta forma se condena todo el sistema de constitución y funcionamiento de la empresa, basado en derechos diversos reconocidos por la ley (o el convenio colectivo) a los trabajadores frente a los poderes patronales. Integrismo contractual contra red de derechos y obligaciones de origen normativo. Pero el movimiento de flexibilización de estos últimos años no ha conducido hasta ahí. De una cierta forma, la empresa así descrita no es aún encontrable en el Código de Trabajo.

V. Conclusiones

¿Conviene hablar de una crisis del Derecho del Trabajo? No es la primera vez que una pregunta de este tipo se hace. Pero es necesario manejar con circunspección el concepto de «crisis»?

En sentido estricto es equivalente a cambio significativo, incluso histórico. En sentido amplio, el término tiene una connotación más dramática, como sinónimo de disfuncionalidad. Si es lícito hablar de una crisis económica o de una crisis del Estado providencia, su uso nos parece más discutible cuando se trata de calificar el conjunto de movimientos que se ha intentado describir en este trabajo. Sería necesario, en primer lugar, detenerse en establecer cuáles era la naturaleza y las funciones del Derecho del Trabajo hasta ese momento.

Suponiendo que, en una primera fase de su joven existencia, haya participado de la esencia del derecho según la concepción occidental que tiene a reunir bajo la idea de justicia, principios sacados de la moral y de la equidad así como preocupaciones de utilidad social y de eficacia material, su clara instrumentalización, su condición inestable consecuencia de ser un instrumento de ingeniería social, lo convertirían hoy día en uno de los lugares privilegiados del «declinar del Derecho»³⁸. Su favor por la descentralización en la producción de reglas, factor aparente de ese pluralismo de

poderes y fuentes sobre el cual reposaría la autonomía del derecho como modo de regulación social, sirve relativamente poco para sustraerlo de ese declinar.

Unida a un proyecto social más amplio, la regulación jurídica buscada por las leyes de 1982-1983 habría marcado una pausa en esa degeneración. Pero otros analistas han afirmado, por el contrario, que este período habría provocado una «desjuridificación» por la profusión de normas. Pueden encontrarse diversas razones para no dejarse convencer; comenzando por lo arbitrario de la noción de «juridificación» que implican semejantes interpretaciones. Lo esencial aquí es observar la variedad de sentidos en los cuales se ha dicho o se ha sugerido que el Derecho del Trabajo está en crisis. Pues algunos aplican este diagnóstico a la evolución del Derecho del Trabajo en todos estos últimos años.

Desde el punto de vista de su importancia práctica, de su volumen, de la prosperidad de la actividad dogmática y doctrinal que lo toma como objeto, el Derecho del Trabajo de 1988 se encontraría, por el contrario, en perfecta salud. Sólo las notorias vueltas atrás de las tendencias manifestadas páginas antes y, sobre todo, su puesta en cuestión global, proporcionarían alguna consistencia a la demasiado simple hipótesis de una crisis. Pero no vemos que las funciones básicas de esta rama del derecho al servicio de la salvaguardia del orden de una sociedad desigual hayan sido cambiadas en lo sustancial, ni que tales funciones se cumplan de forma ineficaz.

NOTAS

1. Abierto a una «aligeramiento de las cargas del que las empresas tienen necesidad para beneficiarse del gran mercado», el Ministro belga temía que su puesta en práctica fuese acompañada de un «dumping social». Tomando en consideración la paralización de las iniciativas de la Comisión en materia de homogenización de legislaciones sociales (piénsese en la congelación de la proposición de Directiva Vredeling-Richard y de las proposiciones de Directivas sobre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo temporal), el Ministro belga, con ocasión de la presencia belga, propuso a las instituciones comunitarias y a los interlocutores sociales ponerse de acuerdo sobre un mínimo, un conjunto estable de derechos fundamentales adquiridos en materia social, liberando así a la vez un espacio de decisión y de reglamentación para el Consejo de Ministros y un campo de acción para la negociación colectiva. Constituirían ese mínimo: las normas de la OIT; el derecho de los trabajadores a la información y a la consulta previa en el caso de cambios importantes de las empresas o de las estructuras industriales (así como la obligación de informar a las autoridades competentes); la facultad, sobre todo para los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas, de estar cubiertos por convenios colectivos; el derecho, para los trabajadores en situación atípica, a las prestaciones de Seguridad Social, a una remuneración digna, a la libre elección de la relación de trabajo. Si bien esta propuesta fue objeto de un acuerdo de principio en el seno del Comité económico y social de empleo en junio de 1987, la iniciativa adoptada por el Comité económico y social subrayando la urgencia de una Directiva-marco definiendo los derechos sociales fundamentales suscitó la oposición del grupo de los empresarios.

2. El último, el proyecto de anular el salario mínimo de crecimiento, propuesta sin embargo descartada en el programa de negociaciones abierto en mayo de 1988.
3. Los dirigentes de la Confederación Nacional del Empresariado Francés manifestaron sus reservas, en febrero de 1988, a una reglamentación de esa naturaleza, reclamada, por esas mismas fechas, por la Confederación General de pequeñas y medianas empresas.
4. Sobre todo en su artículo «Por un relanzamiento de la política contractual», *Le Monde*, 23 de enero de 1987.
5. *Droit Social*, 1986, pág. 823.
6. Y. SAINT-JONES, «Las opciones económicas de la jurisprudencia social», *D.* 1987, chr. 178. Sobre la huelga, ver la síntesis de J. PELISSIER, «la huelga: libertad muy vigilada», *Droit Ouvrier*, 1988, p. 59.
7. Ejemplo, y de forma radical, B. BOUBLI, «¿Hacia el fin del Derecho del Trabajo?», *Droit Social*, 1985, p. 239, planteando lo que considera como una paradoja: el Derecho del Trabajo mantiene a los trabajadores en un estado de minoría de edad, el reconocimiento de su plena ciudadanía significaría la erradicación del Derecho del Trabajo y la sumisión de las relaciones jurídicas de trabajo al derecho civil).
8. Ejemplo, G. LYON CAEN, «La batalla trucada de la flexibilidad», *Droit Social*, 1985, p. 801.
9. Sobre este proyecto, G. BELIER, «Las derogaciones del Derecho del Trabajo en los nuevos contratos de empresa: reflexiones críticas sobre ciertos proyectos», *Droit Social*, 1986, p. 49.
10. El número 2, de 1987, de la Revista *Droit Prospectif* está consagrado al análisis económico del Derecho, tomando en consideración instituciones del Derecho del Trabajo.
11. La noción de dominación contiene algo más que la de desigualdad, que es la que ordinariamente se utiliza para caracterizar las relaciones entre las partes del contrato de trabajo. Importa sobre todo recordar que este contrato y el régimen que le imponen las normas jurídicas fundamentan una sumisión —en la práctica más o menos intensa y ostensible— de un sujeto de derecho a otro del que es a priori igual. Apuntar que las reglas que integran el Derecho del Trabajo realizan, al servicio del orden establecido, un equilibrio, no es decir que aseguren la igualdad concreta de sus protagonistas, sino que tienen por objeto reconocer, satisfacer o fortalecer una parte de sus intereses respectivos, claramente antagónicos, fijando una determinada relación y autorizando una cierta confrontación entre ellos. Este equilibrio constituye la sustancia del Derecho del Trabajo en los países de Europa occidental y de América. Y la convicción de su aptitud para establecer ese equilibrio participa en la permanencia del orden social.
12. Sobre estas nociones de Derecho del Trabajo flexible y de Derecho flexible del Trabajo y, más generalmente, sobre las diversas modalidades concebibles de una modificación del marco jurídico cara a procurar una mayor dosis de agilidad en la gestión de la mano de obra, cfr. A. JEAMMAUD, «Flexibilidad: el proceso del derecho del Trabajo», en *Flexibilidad del Derecho del Trabajo: objetivo o realidad*, 1986, realizado bajo la dirección de J. PELISSIER.

13. A este respecto la CGT ha denunciado frecuentemente un aumento de las autorizaciones de despido de trabajadores protegidos y en particular de sus propios militantes.
14. Esta interpretación requiere algo más que la muy simplista problemática entre efectividad o ineffectividad de las normas, que reposa sobre una insuficiente consideración de la variedad de objetos de las reglas de derecho y de las aportaciones que las prácticas de los actores sociales pueden legítimamente llevar a cabo.
15. Como es conocido la puesta en práctica del derecho de expresión, las actitudes de la dirección, de los trabajadores, de los sindicatos en relación a las innovaciones de 1982 han sido objeto de numerosas investigaciones de carácter sociológico.
16. Se encuentran muy significativas referencias en una recopilación de Conferencias de principios de siglo donde se habla contra «los doctrinarios de la Economía Política» y se afirma la vocación de la legislación laboral de realizar «las promesas de libertad e igualdad contenidas en el estatuto fundamental de la democracia». E. FOURNIERE, «La legislación laboral», París 1904.
17. A. JEAMMAUD, «¿Las leyes Auroux: más derecho u otro derecho?», *Critiques de L'Economie Politique*, 23-24, 1983.
18. Por ejemplo, la reacción de un dirigente del patronato francés cuando afirma: «Hablar de ciudadanía de la empresa es un contrasentido. Hablar de democracia económica es un abuso del lenguaje». Debe recordarse a este respecto la teorización de P. Durand: la empresa moderna está constituida, a través del Derecho del Trabajo a imagen de la sociedad política, aunque ella repose sobre una base jerárquica; «igual que la sociedad política ha dejado de estar organizada sobre la base de una autoridad absoluta para estar dotada de una constitución que limita los poderes del soberano, del mismo modo los trabajadores han dejado de ser los sujetos de la empresa para convertirse en los ciudadanos».
19. La modestia de los textos con valor normativo consagrando derechos fundamentales explica en parte la escasez, en Francia, de la invocación de tales prerrogativas en las relaciones de trabajo. Ciertamente existe la Convención Europea de Derechos del Hombre que vale también para estas relaciones y no sólo para la garantía que asegura a la libertad sindical.
20. J. BICHOT, «Inserción profesional de los jóvenes: el baile de medidas», *Droit social*, 1988, pág. 755. La inestabilidad se ha redoblado debido al procedimiento de exoneración temporal de las cargas sociales.
21. J.P. DE GAUDEMAR, «¿Hacia una democracia del contrato?», *Les temps modernes*, 1981, pág. 1041.
22. Esta terminología no es muy feliz desde el momento en que el tenor de la regla convencional es diferente a la de la norma legal tratando del mismo objeto, tal regla le es contraria y la deroga incluso si es más favorable para los trabajadores.
23. Según un reciente balance ministerial, en 1987 fueron depositados 5.762 acuerdos de empresa frente a los 4.911 de 1986.
24. La Ordenanza de 21 de octubre de 1986 y Decreto de aplicación de 17 de julio de 1987, relativos al interesamiento del personal y a la participación no han ocupado el lugar de las disposiciones precedentes del Código de Trabajo.

25. Por ejemplo las disposiciones de la ley de democratización del sector público organizando la participación de los representantes de los trabajadores en los consejos de administración o de vigilancia de las empresas afectadas; o algunas disposiciones sobre la liquidación judicial.
26. Resolución de su Consejo Ejecutivo de 15 de febrero de 1988 (*Le Monde* 18 de febrero del mismo año).
27. F. GAUDU, «El empleo de la empresa privada. Ensayo de teoría jurídica», París 1986, pág. 361.
28. Con frecuencia se pide a los representantes de los trabajadores nada más que un asentimiento legitimante de los cambios sugeridos por el empresario.
29. J. SAVATIER, «La revocación de las mejoras derivadas de los usos de empresa», *Droit Social*, 1986, pág. 890.
30. Tal es el sentido muy claramente atribuido a esta construcción jurisprudencial por B. TYSSIE, «La modificación del contrato de trabajo como instrumento de gestión de la empresa», *Droit Social*, 1986, pág. 852.
31. Tanto más cuanto que el Informe Auroux ha señalado la necesidad de la «unidad de dirección y de decisión».
32. Tomaremos sumariamente algunas observaciones desarrolladas en un estudio sobre el «empleo periférico», («Los sin empleo y la Ley, ayer y hoy», coloquio bajo la dirección de SUPLOT, 1988).
33. Según una reciente encuesta la individualización para los obreros y empleados es más practicada en las empresas con una gestión flexible organizada que buscan más la motivación que la fidelidad de sus trabajadores.
34. Este renacimiento ha marcado la puesta al día de los dispositivos jurídicos realizada por las leyes de 1982 en la medida en que han enriquecido el paquete de derechos individuales de cada trabajador tomando en cuenta sus intereses individuales y su libertad de elección. Otra cosa muy distinta es habilitar al empresario para poner en práctica diferencias de trato entre los individuos.
35. Nos referimos a una doctrina muy conocida de la Corte de Casación muchas veces reafirmada en materia de despido.
36. Cfr. N. CATALA, «La empresa», Tomo IV del Tratado de Derecho del Trabajo, 1980, números 140 y siguientes.
37. A. TOURAINE, «Las tres edades de la empresa», *Revue Française de Administration Publique*, 1987, pág. 213.
38. B. OPPETIT. «La hipótesis del declinar del derecho». *Droits/4* (Crises dans le droit). PUF, 1986, págs. 9 y ss.

Las diligencias para mejor proveer en el nuevo proceso laboral*

por

José Martín Ostos**

SUMARIO: I. Introducción. II. La ley de enjuiciamiento civil de 1881. III. Otras disposiciones legales. IV. El texto refundido de procedimiento laboral de 1980. V. La reforma de 1984 de la LEC. VI. El proyecto de ley de bases de procedimiento laboral de 1988.

I. Introducción

La facultad judicial de acordar —en nuestro proceso civil, ampliamente entendido— la práctica de diligencias probatorias de oficio¹ ha recibido, en los últimos años, por parte del legislador una mayor atención y un tratamiento más acertado. Como examinaremos en el trabajo que sigue, desde la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —prescindiendo de los numerosos antecedentes históricos existentes—, hasta el momento presente, la citada institución ha experimentado una positiva evolución legal; en tan plausible dirección, la regulación de estas medidas en el proceso laboral ha constituido, con frecuencia, una punta de lanza dentro de nuestro ordenamiento procesal.

Obviamente, el fundamento de dichas medidas, explicado por el servicio a una mejor administración de la justicia, justifica la importancia de las mismas. Las diligencias para mejor proveer ayudan a buscar la verdad de los hechos en el proceso y a completar la convicción del juzgador cara a la sentencia, lo que indiscutiblemente significa una estimable colaboración en el funcionamiento del mecanismo procesal.

* Ponencia presentada en las Jornadas de Estudio del Proyecto de Ley de Bases de Procedimiento Laboral, organizadas por el Instituto vasco de Derecho procesal (San Sebastián, noviembre de 1988).

** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Cádiz.