

115

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
115/2012

Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2012

ESTUDIOS

Hacia una nueva concepción de la legislación laboral
Jesús Cruz Villalón

El II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2014
Miguel Rodríguez-Piñero Royo

La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
Santiago González Ortega

Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma "que brilla por su ausencia"
Cristóbal Molina Navarrete

Derechos de formación profesional y contratos formativos
Rosa Quesada Segura

Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia
M^a Nieves Moreno Vida

Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo
Carmen Sáez Lara

La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales
Eva Garrido Pérez

La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo
Juan Gorelli Hernández

El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012
José Luis Monereo Pérez

TEMAS LABORALES 2012

115

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

115

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico-72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
CONSEJERÍA DE EMPLEO I.S.S.N.: 0213-0750
JUNTA DE ANDALUCÍA Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 115/2012
Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2012

ÍNDICE

ESTUDIOS

Hacia una nueva concepción de la legislación laboral	13
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
El II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2014	55
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	85
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	
Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma “que brilla por su ausencia”	135
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
Derechos de formación profesional y contratos formativos	165
ROSA QUESADA SEGURA	
Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia	193
M ^a NIEVES MORENO VIDA	
Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo	221
CARMEN SÁEZ LARA	
La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales	249
EVA GARRIDO PÉREZ	
La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo	275
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012	315
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavoro mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos inéditos de investigación y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan su espacio web específico (pinchando sobre el icono de la Revista)- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

La Revista TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social dispone de un espacio web específico en el que junto a las reglas de suscripción y distribución y otras características técnicas, pueden ser consultados todos sus contenidos. Debidamente clasificados por número de edición, autor, título, tipo de artículo y materia, en la base de datos creada al efecto.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
N° 115/2012
A monograph on the 2012 Labour Reform

INDEX

STUDIES

Towards new ways of understanding labour legislation	13
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
The II Agreement for employment and collective bargaining 2012-2014.....	55
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
Collective bargaining in the Royal Law Decree of urgent measures to reform the labour market.....	85
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	
Private employment agencies and active labour market policies: an urgent reform “that is conspicuous by his absence”.....	135
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
Professional training rights and training contracts.....	165
ROSA QUESADA SEGURA	
News on contracting modalities: indefinite employment contract for small and medium enterprises, temp-job work and telework.....	193
M ^a NIEVES MORENO VIDA	
Internal flexibility measures: change in job duties, geographical mobility and substantial changes in the working conditions.....	221
CARMEN SÁEZ LARA	
Termination of employment contract and working hour’s reduction due to business reasons.....	249
EVA GARRIDO PÉREZ	
The 2012 labour reform and its impact on individual dismissals and other ways to finish an employment contract.....	275
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
The judicial regime of collective dismissals after the 2012 reform.....	315
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	

Estudios

HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Director de Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma, Derecho del Trabajo

La reforma laboral de 2012 presenta una enorme profundidad por el amplio contenido de medidas que se contemplan en la misma, por la indiscutible profundidad de algunas de ellas, por la potencialidad de un elevado impacto en el desenvolvimiento futuro de nuestro mercado de trabajo y de las relaciones laborales en general, así como por el carácter perceptiblemente estructural de las medidas que se adoptan con voluntad de pervivencia en el tiempo. Son muchas y diversas las reformas laborales acometidas entre nosotros en los últimos treinta años, si bien resulta pacífico aceptar que de entre ellas sobresalen por su trascendencia dos o tres a lo sumo. Aunque todavía pueda resultar aventurado hacer un pronóstico certero, hay elementos indiciarios bastantes sólidos como para presumir que justamente nos encontramos ante una de esas reformas capitales que marcan un cambio cualitativo en el modo de entender nuestras relaciones laborales.

No cabe la menor duda de que son ya constantes y reiteradas las reformas que presentan a las necesidades empresariales de flexibilidad como leitmotiv determinantes de las mismas, siendo sin la menor duda la presente un ejemplo emblemático de ello. El interrogante que se nos plantea es si en esta ocasión nos enfrentamos a un paso adicional en ese largo proceso, en una vuelta de tuerca adicional, o, por el contrario, nos encontramos frente a algo cualitativamente diferente y no sólo cuantitativamente novedoso; si con ello no iniciamos un cambio ciclo, que exija proceder a la reconsideración de categorías clásicas bien asentadas en nuestra comprensión de la intervención del Derecho del Trabajo sobre el mundo de las relaciones laborales.

ABSTRACT

Key Words: Reform, Labor Law Rights

The 2012 labor reform can be considered as quite significant if we look at the ample content of it. The recent changes are undoubtedly profound and they will definitely have an impact in the future of our labor market and in industrial relations in general. Also, these measures will structurally change our labor relations in the future. We could say that all labor reforms done in the past thirty years are various and quite different of course, but it's important to note that only two or three can be considered as remarkable and had or will transcend. Even if we may be wrong, we see solid elements that indicate that we are facing one these "key reforms" if we consider its characteristics; and seems that it will dramatically change the way we understand our industrial relations system.

Without a doubt many reforms are here because companies need to have more flexibility and this leitmotiv has become "its reason for being", in fact the current reform is one perfect example of it. The question is whether we are facing a step forward, or a radical change, or on the contrary, if we are facing something qualitative and quantitative different -and new. And it seems that we are at the beginning of a change in the cycle that shall encourage us to reconsider the classical categories of Labor Law Rights in labor relations.

ÍNDICE

1. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO LEITMOTIV
2. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL
 - 2.1. Perspectiva formal: ausencia de diálogo social
 - 2.2. Perspectiva material: el modelo democrático de relaciones laborales
3. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS
4. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA
 - 4.1. Favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores
 - 4.2. Fomento de la estabilidad en el empleo
 - 4.3. Favorecimiento de la flexibilidad interna
 - 4.4. Remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida
5. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL

1. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO LEITMOTIV

Estamos viviendo en los últimos tiempos un proceso de aceleración de los cambios en las reformas de la normativa laboral, de tal intensidad y extensión que incluso a los especialistas en la materia les cuesta tener un conocimiento razonable del marco completo de nuestra legislación laboral. Más aún, los cambios son tan rápidos que apenas da tiempo a una primera aproximación de comentario de urgencia de las novedades más significativas, sin, por tanto, tener la capacidad de digerir el alcance y relevancia de las mencionadas modificaciones. Incluso para quienes profesionalmente asumen la labor de adoptar las correspondientes decisiones de gestión de personal puede llegar a provocar una cierta parálisis en la medida en que, por muy correctas que sean desde el punto de vista técnico las medidas de reforma adoptadas, provocan una notable incertidumbre y, por ende, preocupación en orden a saber qué tipo de actuaciones son más correctas frente a tantas novedades.

Tan sólo en los dos últimos años se han producido modificaciones de notable envergadura, cuya mera enumeración ya resulta de por sí ilustrativa del momento de cambios acumulados que estamos viviendo, en unas ocasiones adicionados unos a los otros, mientras que en otros supuestos son de corrección o supresión de medidas muy recientemente adoptadas. Así, a mero título de ejemplo, baste con citar las siguientes normas con rango de Ley correspondientes a los dos últimos años de la anterior legislatura: Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero (BOE 18 de febrero), de medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio), de medi-

das urgentes para la reforma de la negociación colectiva; Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE 2 de agosto), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto (BOE 30 de agosto), de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo; Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre (BOE 20 de Septiembre), de medidas complementarias en materia de política de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), Reguladora de la Jurisdicción Social; Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), de reforma de la Ley Concursal. El último hito de todas estas reformas, ya en la nueva legislatura y que constituye el objeto central del presente número monográfico de la Revista, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹. En número sucesivos ordinarios de esta misma revista iremos completando otros aspectos específicos de esta amplia y compleja reforma laboral, pretendiendo tan sólo con el presente monográfico efectuar una primera lectura de conjunto de la misma.

Ciertamente no todas ellas presentan idéntica envergadura, por cuanto que unas tienen un carácter más puntual en los aspectos novedosos, mientras que otras incorporan una reforma más de carácter general del conjunto de nuestras instituciones laborales y de Seguridad Social. Pero, en todo caso, la simple enumeración de la lista de normas con rango de Ley, sin ni siquiera proceder a la paralela mención de las complementarias normas reglamentarias de desarrollo de las mismas, resulta bien elocuente del panorama que hemos vivido cuando menos hasta el momento presente, de profusas novedades normativas, que casi con toda seguridad no puede encontrarse otro período tan intenso como el presente en esta vertiente.

Más allá del dato numérico de la cantidad de normas que se han sucedido en lapso tan reducido de tiempo, también se advierte en el alcance de las continuas reformas la afectación de las mismas a la práctica totalidad de los

¹ Comentarios de valoración y alcance de esta reforma en M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y F. Valdés Dal-Ré, *La nueva reforma laboral*, Relaciones Laborales nº 5 (2012). I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, ed. Lex Nova, Valladolid 2012. A. Blasco Pellicer, L. M. Camps Ruiz, J. M. Göerlich Peset, R. Roqueta Buj y T. Sala Franco, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2012. AA. VV., número monográfico 57 de la Revista de Derecho Social. A. V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, *Claves de la reforma laboral de 2012*, ed. Aranzadi, Pamplona 2012. C. H. Preciado Domenech, *Una primera aproximación al Real Decreto-Ley, de reforma laboral*, ed. Bomarzo, Albacete 2012.

elementos institucionales claves de la legislación laboral y social. Desde luego por lo que se refiere a la legislación laboral resulta fácil advertir que se han visto afectadas por estas normas recientes la práctica totalidad de los elementos esenciales reguladores del contrato de trabajo así como de la negociación colectiva, sin olvidar los importantes cambios paralelos efectuados sobre el régimen de las pensiones públicas, al extremo que casi resultaría más fácil identificar las materias que han permanecido inmutables en su regulación en este último período. Tan sólo por referirnos a la última de las reformas y centrados en la vertiente del régimen laboral individual, el cúmulo de instituciones afectadas es notabilísimo: intermediación laboral, políticas activas de empleo, derechos de formación profesional, encuadramiento profesional, modalidades de contratación, flexibilidad interna, régimen del despido, control administrativo y judicial del cumplimiento de la legislación laboral.

Más aún, por su confección, se presentan como reformas de carácter estructural, en el sentido de que pretenden alterar de manera permanente el entramado institucional regulador de las relaciones laborales. Si bien es cierto que se trata de reformas que se ven impulsadas de manera inmediata por el complejo escenario de crisis económica y de empleo que vivimos, parece que no se presentan exclusivamente como reacción de urgencia o temporal a ese complicado panorama. No se trata en ningún caso de medidas de choque, por mucho que el instrumento normativo utilizado por excelencia sea el Real Decreto-Ley. Aunque se apele a la imprescindible justificación constitucional de urgencia que habilita para el uso del Real Decreto-Ley, lo relevante es que por su contenido no se incluyen medidas de carácter transitorio o limitadas en el tiempo; incluso algunas de ellas se presentan como postergadas en su entrada en vigor, lo que pudiera hacer dudar de su adecuación a la exigencia constitucional de urgencia (art. 86 CE). En todo caso, lo más relevante a los efectos que estamos valorando en este momento es que se acude al instrumento de la normativa de urgencia para acometer una reforma en profundidad y con voluntad de permanencia en el marco regulador de las relaciones laborales. Bien elocuente al respecto resulta el preámbulo del Real Decreto-Ley de 2012, donde partiéndose de los evidentes datos de fuerte destrucción de empleo provocados por la crisis económica, se acaba afirmando que el modelo laboral español resulta “insostenible”, de modo que se hace un diagnóstico interpretador de que los problemas de nuestro mercado de trabajo “lejos de ser meramente coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura”.

Situados más en general en el terreno valorativo de conjunto del alcance de la presente reforma, y centrados en lo que directamente afecta a la vertiente estricta de lo laboral, se puede afirmar que todas las recientes reformas que se han producido en este ámbito han tenido una orientación común dirigida

hacia el incremento de la flexibilidad en el ámbito de la empresa, de modo que se posibilite en mayor medida la adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos empresariales de productividad y competitividad. Tanto las actuaciones que se han producido sobre la regulación del contrato de trabajo en su vertiente individual como en el nuevo diseño del marco jurídico de la negociación colectiva han manifestado esa tendencia hacia el reforzamiento de los instrumentos de flexibilidad a favor de los intereses del empresario.

A tenor de ello podría pensarse que todas las reformas constituyen un continuum, con un hilo conductor común, de modo que la última de ellas sólo constituye un peldaño más de continuidad en una senda mantenida, una vuelta de tuerca adicional que dirían algunos², donde la única diferencia es la acumulación de medidas todas ellas con la misma seña de identidad. Por mucho que pertenezcan las diversas reformas a legislaturas diferenciadas y a mayorías parlamentarias de signo diverso, podría pensarse que la política legislativa que subyace a todas ellas es la misma.

Sin embargo, probablemente puede resultar prematuro formular una valoración de conjunto de la significación y alcance de esta última reforma y especialmente hacerlo en su contraste con las acometidas en el pasado más inmediato, para poder confirmar o descartar la certeza de la presunción precedente. Eso sí, a primera vista, a nuestro juicio, se presentan elementos que apuntan que en esta ocasión no estamos exclusivamente ante una vuelta de tuerca más en ese proceso acentuado de incremento de los elementos de flexibilidad en nuestra legislación laboral. Desde luego, no puede negarse que en algunos aspectos los cambios efectuados constituyen una profundización en medidas flexibilizadoras adoptadas en el pasado con una orientación similar. Es posible que ciertas actuaciones de pasado ya estuvieran anunciando la posterior senda a recorrer, siendo de todo punto acertado considerar que nos encontramos ante una vuelta de tuerca más en una línea de continuidad. No obstante, tampoco puede desconocerse que en ocasiones la acumulación de elementos en lo cuantitativo acaba provocando un cambio de carácter cualitativo. A partir de un instante, aumentar el peso en tal medida de uno de los platillos de la balanza provoca un resultado de manifiesto desequilibrio, donde la novedad se transforma de meramente cuantitativa en traspaso al terreno de lo cualitativo. Más aún, en ocasiones los elementos introducidos pueden entenderse que se sitúan en un ámbito diferente, en una diversa lógica. De este modo, también podría percibirse un cierto cambio de perspectiva en la intervención, cabría decir incluso una nueva filosofía, que anuncia una nueva comprensión del papel interventor del poder público en el complejo sistema de relaciones laborales. La intuición es que con esta reforma se ha superado una determinada línea de

² I. Pérez Infante, *Otra vuelta de tuerca: la nueva reforma laboral*, ed. multicopiada.

tendencia para situarnos en un terreno que manifiesta una concepción cualitativamente diferente del papel de la legislación laboral en la tutela de los intereses respectivos de trabajadores y empresarios. Intentaremos desbrozar esta intuición a partir del análisis más detallado del contenido y significación de la presente reforma laboral.

2. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

En gran medida el entramado institucional que se ha venido construyendo y reformando sucesivamente en el marco general de nuestra legislación laboral se ha efectuado desde la perspectiva de los principios deducidos del texto constitucional en el diseño de nuestro sistema de relaciones laborales. Principios que se desenvuelven tanto en el plano de lo procedimental como de lo material.

2.1. Perspectiva formal: ausencia de diálogo social

Desde la perspectiva procedimental, el papel de primer orden otorgado por el texto constitucional a las organizaciones sindicales y empresariales en la articulación del tejido social, asumiendo la función de representación de los intereses de los respectivos de trabajadores y empleadores (art. 7 CE), ha desembocado en una centralidad de los procesos de diálogo social en el diseño de las diferentes políticas laborales. En particular, ello ha consolidado fuertes procesos de interlocución entre los poderes públicos y las mencionadas organizaciones en el momento de elaboración de tales políticas, particularmente acentuado cuando se ha tratado de afrontar reformas legislativas de cierto calado. Se trata de procesos complejos, donde no existe un protocolo de actuación preestablecido, donde en cada ocasión su discurrir es diverso en atención a las circunstancias particulares de cada escenario político, pero que en todo caso han provocado una dinámica recurrente de abordar procesos de consultas bilaterales o trilaterales entre Gobierno y los interlocutores sociales, de mayor o menor intensidad, de mayor o menor duración, pero que sin excepciones hasta el presente han sido seña de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales desde finales de la década de los años setenta.

Por ello resulta especialmente significativo que en esta ocasión casi por primera vez, dentro de nuestra larga experiencia de reformas laborales, el Gobierno no ha abierto un previo proceso de consultas, ni siquiera de información, a las organizaciones sindicales y empresariales respecto de los objetivos, contenidos y efectos de las medidas que se contienen en el Real Decreto-Ley aprobado. El Gobierno se limitó a conceder a los interlocutores sociales un plazo para que alcanzasen un acuerdo entre ellos y se lo remitiesen, sin ningún tipo de contacto directo al respecto. A results de ello, las organizaciones sindi-

cales y empresariales celebraron el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, con importantes compromisos en materia retributiva, de flexibilidad interna y de negociación colectiva³. Dicho texto le fue remitido al Gobierno, con voluntad por parte de los interlocutores sociales, sin que a resultas del mismo el Gobierno abriese ningún tipo de contacto con las mencionadas organizaciones. Este Acuerdo no agotaba las materias que habían sido objeto de discusión y las propias partes en su notificación al Gobierno daban cuenta de los aspectos en los que no había sido posible el acuerdo entre las mismas. En todo caso, lo relevante al objeto que estamos destacando es que, a resultas de todo lo anterior, el Gobierno procedió a elaborar su texto de reforma, sin información previa alguna con las organizaciones sindicales y empresariales y sin tampoco expresar voluntad de abrir proceso alguno de diálogo social. A su vez, aprobado el texto, el Gobierno se limitó a celebrar una reunión informativa con las partes, sin pretender a partir de entonces tomar el pulso de una posible valoración de las organizaciones acerca de las posibles correcciones al mismo en la fase sucesiva de tramitación parlamentaria a resultas de la conversión del Real Decreto-Ley en proyecto de Ley ordinaria; ahora, a criterio del Gobierno ya no era el momento idóneo a la vista de que se encontraba en sede que correspondía decidir al poder legislativo.

Más aún, en esa limitada actuación del Gobierno meramente informativa del contenido de las medidas adoptadas, no debe pasar inadvertido que al mismo nivel del encuentro con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, mantuvo otro encuentro similar con otras organizaciones diversas a las que colocó al mismo nivel de interlocución, a pesar de que las mismas no reciben el respaldo constitucional relevante de representación de los intereses de trabajadores y empresarios a tenor de lo previsto en el art. 7 CE. Me refiero en concreto a la trascendencia otorgada por el ejecutivo de contacto a idéntico nivel con las asociaciones de autónomos, que no tienen la condición de organizaciones representativas de empleadores, no tienen el carácter de asociaciones empresariales y, como tal, no pueden basar su actuación en la previsión del mencionado art. 7 CE; ni, por supuesto, tampoco poseen la condición de organizaciones sindicales, representativas de los intereses de los trabajadores en el sentido atribuido constitucionalmente al término, por lo que tampoco desde esta otra perspectiva pueden basar su actuación en la previsión a tenor del art. 7 CE. Este tipo de organizaciones pueden tener un papel relevante de interlocución con la Administración para el diseño y ejecución de cierto tipo de políticas económicas que pueden afectarles directamente, incluso en la vertiente del ejercicio profesional de sus respectivos negocios; pero, a partir del instante en el que la cuestión refiere a las políticas laborales, los interlocutores

³ BOE de 6 de febrero de 2012.

no sólo preferentes sino exclusivos han de ser las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Baste con referir las competencias atribuidas por la legalidad ordinaria a este tipo de organizaciones, para comprobar que en este terreno se produce una indiscutible extralimitación; el precepto de más inmediata referencia es aquel que le atribuye la competencia relativa a “ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos” (art. 19.2 c LETA); pero ello se circunscribe a su actuación como prestadores de servicios por cuenta propia y, en ningún caso, como empleadores, por cuanto que los intereses profesionales como autónomos no abarcan las políticas como empleadores, pues para ello constitucionalmente la interlocución se establece de forma explícita a las organizaciones empresariales y las asociaciones de autónomos no son organizaciones empresariales desde la perspectiva constitucional ni legal. En definitiva, este dato no es en absoluto secundario, por cuanto que supone una nueva ruptura de reglas, en la medida en que la interlocución a los efectos del desarrollo del diálogo social se entiende debe desarrollarse con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, sin que se puedan conformar canales paralelos al mismo.

Lo cierto es que sea por unas u otras razones, en esta ocasión el Gobierno ha estimado que no procedía abrir ningún tipo de proceso de diálogo social, ni antes de la elaboración de la norma de urgencia ni a resultas de la tramitación de la misma como proyecto de Ley ordinario. En esta otra fase, la interpretación es que el protagonismo corresponde a los grupos parlamentario y el Gobierno con quien debe entenderse es con éstos últimos, como si ello fuera materialmente incompatible con el desarrollo en paralelo de un proceso de diálogo social. Incluso a estos efectos existe una rica experiencia en nuestro sistema de mantenimiento del diálogo social, vehiculado bien a través del grupo parlamentario de apoyo al Gobierno o bien a través de contactos directos con el ejecutivo, que han permitido retocar el texto legal en debate parlamentario añadiendo consenso sindical o empresarial al correspondiente parlamentario, sin que una y otra dinámica procedimental –diálogo social y debate parlamentario- se presenten como incompatibles por naturaleza.

Con ello se produce una importante ruptura, insistimos, de una larga tradición entre nosotros de mantener abiertos los canales de conexión entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Con ello no pretendemos, ni mucho menos, reducir la legitimidad política del Gobierno para ejercer plenamente sus potestades legislativas, que no se limita ni se condiciona políticamente a resultas de los procesos de concertación social. Pero, al propio tiempo, sin que todo lo anterior impida destacar el valor positivo que ha adquirido el diálogo social en nuestro sistema de relaciones laborales, como tal de enorme aportación a la articulación del tejido social y a la exteriorización de las posiciones de las partes en todo proceso de discusión acerca de cualquier

tipo de reforma laboral. Siempre resulta de enorme utilidad pulsar la opinión y la actitud de los representantes económicos y sociales como destinatarios de las medidas que se pretenden adoptar, sin que ello tenga que comprometer en ningún momento la autónoma decisión del Gobierno. Aunque constituya una obviedad, conviene tener presente que el desarrollo de cualquier proceso de diálogo social no lleva implícita la necesidad de acuerdo, y muchas reformas laborales se han producido entre nosotros tras un fuerte desencuentro entre las partes respecto del contenido oportuno de la reforma legislativa, pero con previo desarrollo de un pleno proceso de diálogo social. El diálogo social se trata simplemente de un proceso que marca posiciones, que obliga a las partes a fundamentar sus criterios y al Gobierno a argumentar más en lo concreto sus medidas; pero, en ningún caso, puede interpretarse como un fracaso el desarrollo de un proceso de diálogo social sin lograrse el correspondiente acuerdo.

2.2. Perspectiva material: el modelo democrático de relaciones laborales

También desde la perspectiva de la orientación de las medidas acometidas puede advertirse un cambio de rumbo en la lectura del texto constitucional. No se trata de analizar la posible confrontación entre concretos mandatos constitucionales y la articulación de específicas regulaciones de ciertas instituciones a resultas de la reforma, sino, situados más en el plano de lo general, de determinar la orientación de la lectura constitucional que se deduce del nuevo texto normativo⁴. Las posibles individualizadas tachas de inconstitucionalidad requieren de un análisis profundo y técnico-jurídico de cierta envergadura que desbordan lo que constituye el enfoque de presentación global de la reforma, por lo que no es este nuestro enfoque del asunto. Se trata de algo mucho más genérico, de la comprensión del modelo constitucional y de su posible impacto en las relaciones laborales, tal como puede deducirse del nuevo texto normativo.

Desde esta otra perspectiva, lo primero que resalta es la muy parca referencia en el texto normativo a los importantes preceptos constitucionales que abordan, de manera directa o indirecta, la actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo y en general sobre las relaciones laborales. A estos efectos, lo más llamativo del texto son los elocuentes silencios que se aprecian en el mismo en esta materia, particularmente los que se advierten de una simple lectura de su preámbulo. No hay mención alguna a los preceptos centrales reguladores de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera

⁴ Un primer análisis de la posible inconstitucionalidad de la norma en Dictamen 5/2012, de 3 de abril, sobre el Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, <http://www.cge.cat/es/dictamens/>.

mención alguna a aquellos preceptos que pudieran considerarse claves para la filosofía general, más o menos consistente, que deriva del texto reformador. Por ejemplo, ninguna mención al derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), cuando hay importante incidencia sobre su regulación; nada en relación con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), cuando son las oportunidades de colocación lo que teóricamente orienta la reforma del mercado laboral; ausencia de conexión con el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de desarrollo en especial de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), cuando se presume que el empleo constituye la razón de ser por excelencia de la reforma; ninguna referencia al mandato dirigido a los poderes públicos en orden a fomentar una política que garantice la formación y la readaptación profesionales (art. 40.2 CE), cuando la empleabilidad y el régimen de formación profesional constituye uno de los pilares de la reforma; ninguna consideración en orden al mantenimiento de prestaciones sociales suficientes especialmente en caso de desempleo (art. 41 CE), cuando se alude a una situación de desempleo crítica como anomalía del mercado de trabajo español y se apela a la flexibilidad como norte de la reforma.

En todo ello, no deja de existir un cierto olvido de aquellos mandatos constitucionales más conectados con el modelo de Estado social de derecho, que comportan apelación a los poderes públicos para desplegar una labor de tutela singular de los intereses del contratante débil en las relaciones laborales. Esos mandatos de intervención legislativa conforme a normas imperativas tuteladoras del contratante débil, quedan en cierto modo postergadas, en aras de la centralidad por otras preocupaciones.

Precisamente por ello y por contraste no deja de ser significativo que, dejando de lado la referencia al art. 86 CE para justificar la urgencia obligada en la aprobación de un Real Decreto-Ley, la única mención por parte del preámbulo legal lo es al art. 38 del texto constitucional, relativo a la defensa por parte de los poderes públicos de la productividad como fundamento para imponer los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, con inaplicación de lo pactado entre las partes a través de convenio colectivo. No queremos indicar con ello que la libertad de empresa y los objetivos de productividad no deban constituir uno de los principios informadores del diseño general de las políticas públicas, especialmente de las económicas, entre ellas las que afectan al mercado de trabajo. Pero sí, que tal como ello se aborda en el presente texto de reforma, constituye una nueva lectura del texto constitucional, con apelación aislada a determinados preceptos del mismo, sin una lectura sistemática y de conjunto del mismo dentro del entramado total de los derechos laborales garantizados constitucionalmente. Desarrollada esa lectura de reforzamiento del principio de productividad al máximo, sin consideración de otros preceptos

constitucionales, nos conduciría a avalar como correcta incluso el resurgimiento del acto de homologación de los convenios colectivos.

Por lo demás, como técnica legislativa bastante asentada desde los inicios de la década de los años noventa, a resultas del papel central otorgado a la autonomía colectiva y, en particular, a la relevancia constitucional asignada a la negociación colectiva, casi todas las reformas laborales a partir de tal fecha han valorado notablemente la trascendencia de la implementación de las medidas reformadoras a través de la negociación colectiva. En las mismas resultaba bastante recurrente la previsión de reglas de complementariedad, supletoriedad o suplementariedad que comportaban significativas remisiones a la negociación colectiva, en orden a que la misma bien procediera a adaptar el régimen general a las peculiaridades de los correspondientes sectores o empresa, o bien a desarrollar los postulados reformadores de la norma estatal. En esta ocasión resulta prácticamente imposible encontrar un residuo de este tipo de remisiones o delegaciones a la negociación colectiva. Es cierto que en el texto legal, literalmente aparecen ciertos tipos de apelaciones a la intervención de las representaciones sindicales y empresariales, o bien a la actuación por parte de la negociación colectiva; sin embargo, salvo error u omisión, ninguna de ellas son nuevas, sino mera reiteración de previsiones ya establecidas en nuestra legislación precedente. Por el contrario, cuando se procede a una nueva regulación de alguna materia, el régimen en la Ley se presenta como cerrado, sin dar pie, al menos de manera expresa, a una posible intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva. A mero título de ejemplo, no se da juego alguno a la modulación del período de prueba en la nueva modalidad de contrato para las empresas de menos de 50 trabajadores; se establecen reglas de concurrencia entre convenios colectivos que impiden su corrección por parte de los propios negociadores, excluyendo pues fórmulas de supletoriedad muy asentadas entre nosotros en este terreno.

En esa misma lógica, tampoco se percibe incorporación relevante de intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en procesos sucesivos de desarrollo normativo o de diseño de políticas públicas derivadas de la puesta en práctica de la presente norma, con una técnica igualmente bastante asentada hasta el presente de lo que podríamos denominar de diálogo social de implementación normativa. Una vez más, las pocas menciones que se contienen a la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en mecanismos consultivos de implementación legislativa, provienen de fórmulas ya existentes entre nosotros, que simplemente se reproducen, y cuando se presenta alguna novedad esta es la de devaluar materialmente la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en dicho proceso consultivo. Baste a título de ejemplo, mencionar el dato de que a la hora de la planificación del subsistema de formación profesional para el empleo se coloca en plano de igualdad a estas organizaciones sindicales y empresariales con los centros y

entidades de formación acreditados, mientras que antes se les perfilaba con un protagonismo exclusivo a las anteriores organizaciones.

Al mismo tiempo, en un ámbito similar, dentro de un modelo que parecía bien asentado entre nosotros, de incorporación de técnicas efectivas de origen anglosajón o comunitario propias del método abierto de coordinación, venía siendo habitual que se contemplasen procedimientos de evaluación al cabo de varios años de los efectos de las medidas adoptadas a resultados de la reforma legislativa, donde se daba juego a la consulta con las organizaciones sindicales y empresariales en ese proceso evaluativo, con el posterior informe al poder legislativo; nada de esto se contempla en la presente reforma.

En definitiva, todos estos datos no pueden entenderse como una simple acumulación de puntos anecdóticos, sino que probablemente estén manifestando una nueva comprensión de la relación del poder público con los interlocutores sociales. Una nueva comprensión que vaya a desembocar en un progresivo debilitamiento del diálogo social y, con el mismo, del papel de intervención destacada que le debe corresponder a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de participación en los procesos decisorios del diseño de las políticas públicas laborales.

3. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS

En cierto modo complementario de lo anterior va a ofrecerse una lectura de la reforma aparentemente basada en ideas fuerza bien asentadas entre nosotros, pero que sorpresivamente se presentan con una lectura significativamente diversa de la que forma parte de los conceptos generalizados respecto de las mismas. Se utilizan, de este modo, expresiones muy acuñadas en el debate recurrente de las políticas laborales, pero atribuyéndoles una significación bien distinta de la que constituye común criterio sobreentendido cuando se manejan dichas expresiones, o bien sin concretar en que medida se toman como referente efectivo para la reforma. Mencionemos algunas de ellas a título de ejemplo, para poder explicitar lo que pretendemos sacar a la luz al respecto.

Así, uno de los valores que suelen predicarse como positivos y legitimadores de las reformas del mercado de trabajo reside en su carácter “equilibrado”. También esta reforma apela en el preámbulo legislativo al mismo; literalmente se afirma en el preámbulo del Real Decreto-Ley que “La reforma laboral que recoge este Real Decreto Ley es completa y equilibrada”. Eso sí, lo relevante a los efectos que estamos comentado es que cuando posteriormente explicita las razones determinantes de la utilización del calificativo de “equilibrada”, la misma no suele corresponderse con las ideas al uso del mencionado término. En efecto, es valor sobreentendido que la apelación al carácter “equilibrado”

de una determinada intervención legislativa en materia laboral lo es en relación con el equilibrio de intereses en juego en el ámbito de las relaciones laborales; dicho de otro modo, que atiende tanto a garantizar los intereses de los trabajadores como los correspondientes a los de los empresarios, que pretende adoptar medidas que dentro de unos objetivos generales logren el punto de equilibrio entre los requerimientos empresariales y las expectativas de los trabajadores. Sin embargo, nada de esto deriva del uso del término “equilibrada” por parte del texto reformador, que lo sitúa en un terreno bien diverso, aludiendo a algo bien distinto, que podría describirse como el equilibrio en el uso de diversas instituciones o técnicas legislativas, las cuales parecen trascender lo que constituye el subyacente contraste de intereses consustancial al mundo del trabajo. Precisamente a tenor de esa nueva definición de lo que es equilibrado en lo laboral afirmará que “La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc.”. En suma, apela a un equilibrio de instituciones o de técnicas de intervención normativa, abandonando la idea del equilibrio de intereses, como si éste no fuera el dilema subyacente en toda intervención reformadora en lo laboral.

Muy próximo a lo anterior también cabe mencionar la apelación que efectúa la reforma de la idea de la “flexiseguridad”, pues la misma también conecta con la idea de equilibrio en el sentido antes referido como idea común en el debate laboral. Es cierto que la expresión flexiseguridad tiene muy diversas acepciones tanto entre nosotros como en el ámbito europeo, aunque ninguna de ellas parece corresponderse con la implícitamente deducible del texto reformador. Sin poder entrar por razones comprensibles en mayores precisiones en estos momentos, cabría identificar dos modelos básicos propositivos de la flexiseguridad, sin perjuicio de que ambos modelos no son necesariamente incompatibles entre sí. El primero de los modelos, que podríamos calificar de contractual, supondría establecer un régimen de flexiseguridad interna en el régimen jurídico de la relación laboral, por tanto, en el conjunto de derechos y deberes de las partes en el curso del contrato de trabajo; en esa primera comprensión, la flexiseguridad comportaría propiciar una regulación del contrato que proporcionara las dosis necesarias de flexibilidad para favorecer la competitividad y productividad empresarial, al propio tiempo que se garantizara un régimen institucional interno en el propio contrato favorecedor de la estabilidad en el empleo y de su calidad que aportara la correspondiente seguridad a los trabajadores. El segundo de los modelos, que podríamos calificar como social o en el mercado, implicaría proporcionar todas las dosis de flexibilidad

empresarial necesarias en la vertiente contractual incluso aunque ello propiciara una amplia movilidad o rotación laboral, pero al propio tiempo proporcionar un régimen de intensa protección social en situación de desempleo y una altas dosis de empleabilidad de los trabajadores que aportara una elevada seguridad en la permanencia como ocupado en el mercado de trabajo aunque no vinculado a una concreta empresa. En todo caso, elemento común a ambos modelos de flexiseguridad reside en que nos encontramos ante un término apocopado de dos palabras (flexibilidad y seguridad) que se predicán cada una de ellas para atender a los intereses respectivos de cada una de las partes, de modo que en la expresión subyace también la idea del contraste de intereses entre las partes, que en todo caso se pretende conciliar con este desiderátum de la flexiseguridad: flexibilidad para atender a los intereses de los empresarios y seguridad para proteger los intereses de los trabajadores. El propio texto de la reforma utiliza estos presupuestos conceptuales asentados y viene a reafirmarse en ellos; por ejemplo, cuando se afirma que “La reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social”. Sin embargo, posteriormente no concreta cómo se produce esa doble garantía, cuáles son las concretas medidas que manifiestan esa doble mirada a los intereses de unos y de otros. No precisa, si esta reforma se asienta más en la clave contractual o en la clave social de la flexiseguridad. No es discutible que incorpora elementos acentuados de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, expresamente mencionando el texto la flexibilidad interna como objetivo e introduciendo igualmente elementos adicionales de flexibilidad de salida. Pero, cuando menos, la presentación de la reforma no alude a los otros contrapesos: no incorpora un régimen acentuado en el otro terreno, salvo que por tal se entiendan las medidas de empleabilidad que se contienen en el texto articulado de la norma.

Por otra parte, hay otros pasajes del preámbulo donde se utilizan los términos en un sentido bien diverso al habitual. Así, no deja de provocar cierto desconcierto, cuando el texto efectúa una nueva comprensión de la idea de la “seguridad” en lo laboral. Así, en el momento de describir el objetivo de seguridad buscado con la reforma, se afirma literalmente en el preámbulo que “Este real decreto-ley pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores”; es decir, la seguridad no es el valor típico de la flexiseguridad de atender a los intereses de los trabajadores, sino del conjunto de los implicados en la actividad económica, ni siquiera referido a la totalidad de los implicados en las relaciones laborales. Colofón de todo el argumento, es que se apela a la teoría de los juegos para considerar que en la reforma estamos ante una operación de suma cero:

“Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”.

Finalmente, convendría también aludir a la previsión del empleo como valor prevalente defendido por el poder público, elevado a centro de atención de la actuación del Gobierno. Emblemático al caso es el dato, a nuestro juicio no meramente anecdótico, del cambio de denominación del propio Ministerio, que ha pasado de denominarse de “Trabajo” a llamarse de “Empleo”. Se trata de un hecho que en gran medida ha pasado inadvertido, a pesar de romperse con ello con una bien larga tradición en la denominación de la Administración laboral en nuestro país, pues desde sus orígenes siempre ha llevado ese apelativo de “Trabajo”, siendo esta la primera ocasión en la que lo pierde a favor del correlativo de “Empleo”. Aunque sólo fuera por esta circunstancia de supresión de una denominación centenaria entre nosotros, bien hubiera merecido la pena un “enterramiento” más digno. No es que sea relevante en sí mismo el cambio de denominación del Departamento cuando se mantiene el conjunto de sus competencias y atribuciones; pero siendo así y tratándose de una denominación centenaria, cuando menos hubiera merecido alguna explicación oficial y pública respecto de las razones determinantes del cambio de denominación, algo que no se ha hecho en ningún momento, ni por el presidente del Gobierno, ni por otros responsables gubernamentales, ni en los textos oficiales por medio de los cuales se verifica el cambio.

No resultaría muy aventurado presumir que el cambio tiene alguna conexión en el corto plazo con la especial intensidad del problema del desempleo en nuestro mercado de trabajo y en una perspectiva más dilatada la orientación cada vez más acentuada a considerar que las políticas laborales deben centrarse ante todo en ofrecer el escenario más favorable para la creación de empleo, siendo éste su objetivo por excelencia. En esa órbita podría situarse también el dato de que la tendencia entre las Administraciones autonómicas es a la de utilizar también el término de empleo para denominar al Departamento que asume las competencias en materia de ejecución de la legislación laboral.

El interrogante, en todo caso, se sitúa en orden a preguntarnos si como transfondo subyace algo más, una compresión diversa de cuál debe ser la orientación en exclusiva de la actuación de los poderes públicos en esta materia. No cabe la menor duda de que con el paso del tiempo se observa un desplazamiento hacia la centralidad de las políticas de empleo en toda la actuación de las Administraciones laborales y ello resulta de todo punto comprensible a la vista de la notable preocupación existente por el problema del desempleo y muy a pesar de que posteriormente, cuando se efectúan las evaluaciones de resultados, de los efectos producidos en la práctica por las mencionadas políticas públicas acabe concluyéndose que en gran medida muchas de estas políticas presenta un intenso peso muerto, no siendo la clave de la generación de empleo

en nuestro tejido económico.

En todo caso, más allá de esta disyuntiva acerca de la eficiencia real de las mencionadas políticas de empleo, el interrogante principal desde la perspectiva en la que se trae a colación este asunto es si ese desplazamiento hacia la centralidad del empleo en la actuación del poder ejecutivo provoca efectos reflejos, o bien si proviene adicionalmente de una pretendida marginación de otros elementos consustanciales a la intervención del poder público en el ámbito de las relaciones laborales. Dos breves consideraciones al respecto.

Primera de ellas es si ese desplazamiento supone una consideración adicional excluyente, en el sentido de que para el poder público, a partir de ahora, su única perspectiva de atención debe ser la de los efectos de la intervención de la legislación laboral sobre el empleo, sobre el objetivo de la creación de empleo, con total dejación de las condiciones de trabajo en la que se desarrolla la prestación de servicios de quien tiene un empleo; o mejor dicho, que el tratamiento que se deba dar al régimen de condiciones de trabajo ha de ser exclusivamente en razón de los efectos que provoca de fomento del empleo, siendo por ello de todo punto irrelevante la tutela del trabajador en el devenir del contrato de trabajo. Dicho de otro modo, si en ello hay una doble operación, consistente en asumir el término “empleo” y abandonar el término “trabajo”.

Segunda de ellas, la atribución de la titularidad de la tutela del empleo en exclusiva al poder ejecutivo, con demérito de la actuación en paralelo que puedan desplegar las organizaciones representativas de intereses colectivos, en particular la que puedan asumir y defender las organizaciones sindicales. No se trata de desmerecer y minusvalorar la responsabilidad de los poderes públicos en orden a propiciar un escenario favorable a la creación del empleo; por el contrario, conviene recordar al respecto que es el propio texto constitucional quien le encomienda ello como tarea de especial relevancia: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico... De manera especial realizarán un política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE). Sin embargo, el interrogante aquí es el de exclusividad, con negación al respecto de la intermediación también adicional de las organizaciones sindicales en esta vertiente. Al respecto aparece una afirmación bastante elocuente en el preámbulo del texto legal, cuando el poder público reivindica para sí la defensa del empleo, como si otros sujetos actuaran para tutelar otros intereses diversos, en particular exclusivamente los correspondientes a quienes ya están empleados. Como apuntamos, el preámbulo de la reforma contempla una consideración que podría tener justamente esa lectura: “El Gobierno encarna y sirve a los intereses generales y tiene la obligación de garantizar y satisfacer los intereses de todos aquellos que estén buscando un empleo”.

4. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA

Avanzando en la descripción y valoración de la reforma laboral de 2012, procede ahora descender algo más a lo concreto, sin por ello pretender abordar las medidas introducidas en su detalle y precisar la especificidad de las novedades, algo que corresponde acometer a otros en el presente número monográfico de la revista. De este modo, se trata de identificar ahora cuáles son los objetivos propugnados públicamente por el propio legislador al acometer las medidas reformadoras. A tal efecto, pueden resultar muy útiles e ilustrativas las denominaciones de los primeros capítulos del texto del Real Decreto-Ley, vinculados a los contenidos concretos de su correspondiente articulado. Así, de esos primeros capítulos y de su denominación, podrían resumirse como objetivos básicos propugnados por la reforma los siguientes: 1) favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores (capítulo I); 2) fomento de la contratación indefinida (capítulo II); 3) favorecimiento de la flexibilidad interna en la empresa (capítulo III); 4) favorecimiento de la eficiencia del mercado de trabajo (capítulo IV). No es preciso mencionar el resto, por cuanto que el último de los capítulos relativo a la modificación del proceso laboral resulta instrumental a lo anterior (capítulo V), al tiempo que se insertan en un cajón de sastre acumulativo de disposiciones varias el cúmulo bien elevado de disposiciones adicionales, finales y transitoria de la norma, muchas de ellas conectadas con los primeros capítulos. Incluso sería discutible hasta qué punto la denominación del capítulo IV no deja de contener un cierto sesgo eufemístico, por cuanto que a la postre también los capítulos precedentes, si son coherentes y acertados, deberían tener igualmente como objetivo la eficiencia del mercado de trabajo, cuando en realidad se utiliza esa expresión por continuar constituyendo entre nosotros un tabú afirmar que se aborda una reforma de la flexibilidad de salida y en concreto del régimen del despido; eludiendo eufemismos, diríamos pues que el cuarto de los objetivos no es otro que el del levantamiento o remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida. Analicémoslos, pues, cada uno de ellos, eso sí una vez más exclusivamente en una valoración muy global de su contenido.

4.1. Favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores

Las medidas dirigidas a incrementar la empleabilidad de los trabajadores vistas en abstracto suelen ser contempladas de manera positiva por parte de todos, de modo que suelen ser las que presentan menores objeciones con independencia de quien las analice. De un lado, incrementan las expectativas de los trabajadores de incorporarse o mantenerse en el mercado de trabajo y de hacerlo con expectativas de desarrollar una actividad profesional de superior

calidad. De otro lado, proporcionan a las empresas trabajadores que aportan una superior productividad en la ejecución de su prestación de servicios.

Diferente es que las concretas medidas adoptadas en este marco resulten realmente efectivas y produzcan los efectos deseables en ese objetivo abstracto de favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores. Por lo demás, ese rasgo de bondad general y comúnmente aceptada del fomento de la empleabilidad de los trabajadores no puede en ningún caso provocar una sobrevaloración del mismo, como a veces ocurre, en el sentido de transmitir la idea de que adquiridos por un trabajador los elementos oportunos de empleabilidad, se encuentra garantizada en la práctica la finalidad última de ésta, olvidando que al final la contratación y, posteriormente, el mantenimiento en el empleo dependen de factores exógenos a lo anterior, esencialmente situados en el terreno de la competitividad empresarial, del pulso de la actividad económica y, en definitiva, de la capacidad por parte de las empresas de colocar en el mercado sus productos y servicios.

Descendiendo al análisis de las medidas acometidas en este ámbito por la reforma, las mismas se pueden resumir esencialmente en tres: la ampliación de funciones de las empresas de trabajo temporal, el reconocimiento a los trabajadores de derechos de formación permanente y ciertas modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje.

En cuanto a lo primero, se faculta a las empresas de trabajo temporal para que intervengan a todos los efectos como agencias de colocación con fines lucrativos, sin perjuicio de que deban ser siempre y en todo caso gratuitas desde el punto de vista de los trabajadores como demandantes de empleo; con capacidad, por tanto, estas empresas de trabajo temporal para actuar como intermediarias en la casación entre la oferta y demanda de empleo. Se trata de asumir unas funciones adicionales, diferenciadas de las que hasta el presente venían desempeñando a través de la puesta a disposición de trabajadores para las correspondientes empresas usuarias. La novedad es más bien formal, por cuanto que materialmente ya venían desempeñando en cierto modo tales funciones utilizando mecanismos de grupos societarios, cada uno de ellos especializados en actuaciones diferenciadas, unas como empresas de trabajo temporal en el sentido estricto del término y otras como agencias de colocación. Ahora en realidad se trata de simplificarles su estructura organizativa, pudiendo utilizar una información de demandantes de empleo para un doble fin, con las correspondientes sinergias empresariales y a la vista de que las agencias de colocación como tales no acaban de consolidarse en nuestro mercado de trabajo. Puede pasar más inadvertido un posible efecto indirecto de otra de las medidas contempladas en la presente reforma, que puede reducir las oportunidades de negocio tradicionales de las empresas de trabajo temporal que ahora deban dirigir su mirada hacia servicios complementarios a los precedentes; me refiero

específicamente al posible impacto del nuevo contrato “indefinido” para empresas de menos de 50 trabajadores, cuyo amplio periodo de prueba puede hacer casi desaparecer la contratación temporal en este tipo de organizaciones y, con ello, la actividad típica de las empresas de trabajo temporal. En todo caso, haya o no influido lo anterior, a nuestro juicio, la medida debe ser bienvenida, por cuanto que no existía en estos momentos argumento digno de ser tomado en consideración para impedir que las empresas de trabajo temporal pudieran actuar en el ámbito de la intermediación laboral. Más aún, la penetración de estas empresas en el mercado de trabajo, la red de oficinas, la aportación de profesionales especializados y de información de la que disponen va a facilitar en mayor medida el proceso de colocación, ofreciendo servicios complementarios a las empresa y sinergias de actuación con los servicios públicos de empleo.

A partir de la precedente valoración positiva de la medida, también conviene advertir que, desde el punto de vista del desarrollo de la regulación jurídica derivada de esta nueva actividad de las empresas de trabajo temporal, le reforma resulta parca en exceso, de modo que no toma en consideración las especialidades que puede comportar esta nueva situación de acumulación de funciones por parte de estas empresas. La norma se limita a reconocerles la capacidad de actuación en la intermediación en la contratación sin más, sin atender al régimen jurídico específico de esa nueva función que se les atribuye. Por ejemplo, se advierte una ausencia de reglas respecto de la transparencia informativa frente a empresas clientes y demandantes de empleo de la condición con la que se relacionan con las mismas, modo de uso de las bases de datos que gestionen para una y otra labor y, en especial, si a estos efectos van a existir reglas particulares en los convenios de colaboración con los servicios públicos de empleo cuando actúen como agencias de colocación no de forma autónoma sino como mecanismo de gestión privada de un servicio público. En el trasfondo de todo ello subyace una relevante decisión pública: el reparto de fondos públicos destinados a la financiación de la intermediación en el mercado de trabajo, es decir, su distribución entre los servicios públicos y los mecanismos de colaboración por parte de las agencias de colocación que establecen los correspondientes convenios de colaboración.

Por otra parte, puede pasar algo inadvertida otra novedad conectada con la intervención de las agencias de colocación, ahora en su actividad de recolocación de trabajadores. A estos efectos la reforma prevé obligaciones concretas de las empresas de ciertas dimensiones que adoptan medidas de despidos colectivos, lo que igualmente debe valorarse en clave positiva. Me refiero en concreto a la obligación impuesta a las empresas que efectúen despidos que afecten a más de 50 trabajadores de ofrecer a los trabajadores despedidos un plan de recolocación externa a través de las empresas de recolocación autorizadas (art. 51.10 ET). Me interesa llamar la atención sobre el hecho de que

esa nueva obligación impuesta a las empresas comporta un incremento de las actuaciones posibles por parte de las agencias de colocación en su vertiente de empresas de colocación, incluidas también a partir de ahora las empresas de trabajo temporal. Eso sí, con independencia de que la regla principal puede aportar elementos importantes de centralidad de los planes sociales de acompañamiento, ello no deja de suscitar algunos interrogante. El principal de ellos es si la reforma ha podido ser impositiva en exceso, al obligar a canalizar esta obligación empresarial por medio de la imprescindible contratación de estos servicios con las empresas de recolocación; dicho en sentido contrario, hasta qué punto esta imposición no llega a ser limitativa de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida, en la medida en que pudiera ser interpretada como limitativa de la opción empresarial de asumir directamente tal obligación, excluyendo una externalización de servicios; hasta qué punto introduce una diferencia de tratamiento injustificada respecto de los servicios públicos de colocación que igualmente pueden asumir funciones de recolocación, de modo que impide a las empresas optar por contratar tales servicios con los servicios públicos sin necesidad de acudir a las empresas de recolocación, con los incrementos de costes correspondientes para las empresas que precisamente se encuentran en una situación de crisis económica. Recuérdese al efecto todo el debate que se produjo en su momento respecto a la exclusividad en las labores de carga y descarga de buques en los puertos de interés general por parte de las sociedades de estiba, sin permitir la actividad con el personal propio del armador y sin necesidad de externalizar el servicio.

La segunda de las medidas en este ámbito de la empleabilidad se sitúa en el reconocimiento de derechos de formación a los trabajadores, cuya principal concreción se sitúa en la imposición a las empresas de la obligación de ofrecer un crédito de horas específico para formación, consistente en 20 horas al año de formación vinculada al puesto de trabajo (art. 23.3 ET). Complementariamente a ello el reconocimiento del derecho a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 4.2.b ET), tanto en el sentido positivo de imponerle a la empresa que corra a cargo de la misma el coste de dicha adaptación, computándose a todos los efectos la dedicación por parte del trabajador a dicha formación como tiempo de trabajo efectivos (art. 231.d ET), como en negativo que el ofrecimiento de dicho curso de reciclaje se convierta en requisito imprescindible antes de que pueda procederse a despedir al trabajador por falta de adaptación a su puesto de trabajo (art. 52 b ET). La idea más sobresaliente de carácter general a estos efectos es la de corresponsabilizar a las empresas en la formación de sus propios empleados, cuando hasta el presente se situaba esencialmente en el terreno externo a la empresa y esencialmente por parte de los poderes públicos. Indiscutiblemente también todas estas medidas han de valorarse muy positivamente, en la medida en que pueden resultar las más

útiles y efectivas en orden a incrementar la empleabilidad de los trabajadores y, por derivación, su productividad en el seno de las empresas.

En todo caso, queda como interrogante si todo ello también puede provocar un efecto de signo inverso, de mayor desentendimiento por parte de los poderes públicos en orden a garantizar mecanismos efectivos de formación profesional del conjunto de la población ocupada. Me refiero sobre todo a si la prevista intensa reducción del gasto público en formación profesional prevista en los presupuestos generales del Estado para el presente año va a tener un carácter meramente coyuntural, como imprescindible respuesta a la necesidad de consolidación fiscal de nuestras cuentas públicas, o por el contrario pueda llegar a constituirse como una actuación de carácter más estructural, desplazando estas cargas cada vez más sobre las empresas.

Finalmente, el tercer terreno en el que se proyectan medidas de actuación sobre la empleabilidad de los trabajadores, se sitúa en lo que afecta a los jóvenes que sean contratados a través del contrato para la formación y el aprendizaje. A estos efectos, la modificación más polémica ha sido aquella que viene a permitir la recontractación del mismo trabajador en la misma empresa a través de esta modalidad de contrato formativo; a partir de ahora, el trabajador podrá ser contratado a la finalización del contrato para la formación por la misma empresa para una actividad laboral u ocupación distinta (art. 11.2 c ET). La permanente duda en estos contratos para la formación y el aprendizaje es si los mismos se conciben y, por tanto, facilitan una funcionalidad de adquisición de competencias formativas y profesionales de trabajadores descalificados tanto en la perspectiva teórica como práctica, o bien por el contrario de hecho sirven exclusivamente como mecanismo de inserción profesional de demandantes de empleo jóvenes con el intenso aliciente ofrecido a las empresas de una reducción de costes laborales o incremento de flexibilidad. No es descartable, pues, que esta nueva regla permisiva de la recontractación pueda inclinar la balanza más sobre lo segundo que lo primero, por tanto incrementando los riesgos de una escasa funcionalidad de favorecimiento de la empleabilidad de este tipo de contrataciones. Más allá de ello, puede que resulte más influyente aún el efecto indirecto provocado por otras medidas situadas en otro terreno por parte de la reforma; me refiero de nuevo al nuevo contrato “indefinido” para empresas de menos de 50 trabajadores, de nuevo en la clave de que los alicientes de costes y flexibilidad ofrecidos por el mismo son tan intensos que comparativamente pueden provocar una marginación de hecho de las posibles opciones de las empresas por los contratos para la formación, de modo que estos queden marginados en la práctica por las empresas a la hora de elegir la modalidad de contratación más adecuada a sus intereses.

4.2. Fomento de la estabilidad en el empleo

La medida principal recogida en la reforma en materia de fomento de la estabilidad en el empleo, al menos tal como se presenta en el Real Decreto-Ley, es la relativa a la incorporación de una nueva modalidad contractual, literalmente denominada “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”, configurado como un contrato a celebrar por empresas de menos de 50 trabajadores y cuyas principales especialidades residen en el carácter formalmente por tiempo indefinido del contrato, el establecimiento de un período de prueba desde la Ley de un año de duración así como un amplio abanico de incentivos económicos, estos últimos condicionados al mantenimiento del empleo durante tres años. En sentido contrario, la norma no exige que la contratación implique creación neta de empleo, algo habitual en este tipo de fórmulas de fomento de la contratación, ni impide la sustitución de estos trabajadores con otros a través de la misma modalidad contractual.

Ciertamente el aspecto que ha provocado mayor polémica y discusión ha sido el régimen del periodo de prueba, con una imposición desde la norma que no es lo habitual y, sobre todo, con una ampliación muy notable en cuantía respecto de lo establecido con carácter general por la regulación del periodo de prueba, sin diferenciación alguna en atención al nivel profesional del trabajador. Las duraciones habituales en las regulaciones europeas suelen ser del tenor de la establecida con carácter general hasta el presente en nuestra legislación laboral, sin fijar duraciones tan prolongadas como las de un año⁵. Tan sólo en Francia en el período 2005-2008 se estableció un contrato de similar características, denominado “nouvelles embauches” para empresas de hasta 25 trabajadores, si bien el mismo acabó siendo suprimido y posteriormente un fallo de la Corte de Casación lo consideró contrario a las exigencias del convenio n° 158 de la OIT sobre extinción del contrato de trabajo⁶. Por tanto, ello introduce las razonables dudas acerca de si con ello se produce una desnaturalización de la figura del periodo de prueba, por cuanto que es difícil que una empresa, especialmente si es de pequeñas dimensiones, requiera de un plazo

⁵ De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña antes citado, “en Francia se establece una duración máxima de 2 meses para los obreros; 3 meses para los técnicos y 4 meses para los «cuadros» profesionales (art. L. 1221-19 del Código de trabajo). En Italia, el periodo máximo es de 6 meses (art. 10 Ley 604-1996, de 15 julio, sobre normas de despido individual); en Portugal, 90 días para el conjunto de los trabajadores, 180 días para los trabajadores que ejerzan cargos de complejidad técnica o un elevado grado de responsabilidad, y 240 días para los trabajadores que ejerzan un cargo de dirección (Ley 7/2009, de 12 de febrero, que aprobó la revisión del Código de trabajo); y en Alemania, la duración máxima del periodo de prueba es de 6 meses y la resolución unilateral del contrato durante este periodo está sometida al requisito del preaviso de un mínimo de 2 semanas (art. 622.3 BGB [Código civil alemán])”.

⁶ Cour de Cassation, Chambre Social, 1 de julio de 2008, arrêt n° 1210: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_11710.html.

tan prolongado de tiempo para comprobar las aptitudes y actitudes profesionales del trabajador contratado como idóneo para la realización de las tareas que se le encomiendan. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a declarar contrario a derecho el establecimiento de plazos tan prolongados del período de prueba cuando el mismo ha sido pactado con este tipo de duraciones por parte de la negociación colectiva⁷. Todo ello ha provocado que algunos autores se hayan cuestionado la posible constitucionalidad de la medida, bien lo sea por introducir una excepción injustificada a la necesaria causalidad en la resolución del contrato de trabajo por decisión del empleador, bien por suponer un tratamiento discriminatorio injustificado⁸.

Más allá de esta concreta discusión, me parece importante resaltar que los alicientes contemplados en esta norma para esta modalidad contractual, pueden llegar a tener un fuerte impacto en las preferencias empresariales a la hora de optar por una u otra forma de contratación, al extremo de que en términos prácticos se llegue a convertir en la modalidad absolutamente prevalente de contratación en las empresas de menos de 50 trabajadores, llegando incluso a poder convertirse desde el punto de vista estadístico casi en el contrato único a celebrar por estas empresas. En particular, conviene destacar que las ventajas comparativas son indiscutibles respecto de cualquiera de las dos formas básicas de contratación temporal causal (eventual y para obra o servicio determinado), incluso de los contratos formativos. De este modo, no es descartable que las empresas antes de acudir a estas formas de contratación temporal celebren esta nueva modalidad de contratación: son manifiestas las ventajas en lo que se refiere a la plena libertad de desistimiento contractual, de hacerlo sin trabas en cualquier momento a lo largo del primer año de vigencia del contrato de trabajo, de hacerlo sin riesgo de que el control judicial posterior determine la causalidad o no de la temporalidad del vínculo, de hacerlo sin abonar indemnización alguna por la extinción contractual, de poder sucesivamente sustituir a este trabajador cuya relación se extingue dentro del primer año por otro trabajador conforme a la misma modalidad contractual sin necesidad de incrementar empleo neto, sin riesgo alguno de aplicación de la regla de conversión en indefinido del contrato por la existencia de encadenamiento sucesivo de contratos dado que no se trata de contratos temporales.

Todo ello puede provocar un efecto de mantenimiento de las altas tasas de rotación en la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo, a pesar de

⁷ STS, sala de lo social, de 20 de julio de 2011, RJ 6680 FJ 2; 12 de noviembre de 2007, RJ 701/2008 .

⁸ Por todos, F. J. Gómez Abellería, *Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales*, en AA. VV., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012...*, op. cit., pgs. 65 ss.

que estadísticamente se muestre una reducción significativa de la contratación temporal a la vista de que formalmente estos contratos figurarán como contratos celebrados por tiempo indefinido. A la postre, a efectos de la garantía de la estabilidad en el empleo la clave se encuentra en el dato material de la continuidad efectiva en el tiempo de los contratos de trabajo y no tanto en la formalidad del tipo de contratos de trabajo que se celebren. A tal efecto, debe recordarse también que la experiencia muestra que los incentivos económicos a la contratación indefinida que obligan al mantenimiento del empleo durante tres años, como es el caso de esta nueva modalidad de contratación, manifiestan una elevada tasa de “defunción” de estos contratos justo al momento de superación de tal período de los tres años. Por tanto, habrá que estar atentos a los efectos prácticos provocados por esta nueva fórmula de contratación, que va a tener dos momentos críticos: uno, la llegada del período límite de la libertad de desistimiento al año; dos, la llegada del período máximo de tres años de mantenimiento de empleo como contrapartida a los incentivos económicos.

Por otra parte, aunque situado sistemáticamente en otro lugar, la norma adelanta a finales del presente año 2012 la conclusión de la suspensión aplicativa de la regla de la conversión en indefinido del contrato por sucesivo encadenamiento de contratos temporales. A parte de que la dilación en el tiempo de la efectividad de esta regla pone en duda el cumplimiento del requisito de urgencia exigido constitucionalmente para que esta medida se recoja en un Real Decreto-Ley (art. 86 CE), la recuperación de la regla se efectúa sin la debida precisión de qué tipo de contratos empiezan a computar para la superación de la conversión en indefinido; es decir, si cuentan también los contratos temporales celebrados con anterioridad a final del presente año 2012 pues la clave es que la superación del plazo máximo se produzca a partir del inicio de 2013, o sólo computarán los nuevos contratos temporales celebrados a partir de inicios de 2013. En todo caso, lo más relevante de todo una vez más son los efectos indirectos provocados por otras medidas: de nuevo, si se verifica una generalización de la nueva modalidad de contratación indefinida en empresas de menos de 50 trabajadores para atender a necesidades de contratación temporal, con reiteraciones de contratación indefinida mediante el uso de la libertad de desistimiento, puede quedar fuertemente neutralizada la presente regla de la conversión por encadenamiento de contratos temporales, que se utilizaría exclusivamente por las empresas de más de 50 trabajadores.

Finalmente, habría que señalar también que, aunque situado dentro de capítulo diferenciado, la reforma también pretende poner en conexión las medidas adoptadas en materia de despido con un posible efecto de favorecimiento de la estabilidad en el empleo. En efecto, estas medidas se afirma en el preámbulo de la norma se orientan con vistas a favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. Se trata de una visión muy extendida

en ciertos sectores, que consideran que una rígida tutela frente al despido acaba provocando un efecto desincentivador de la contratación por tiempo indefinido y, por ende, favorecedor de la rotación contractual por la vía de altas tasas de temporalidad en la contratación laboral. Sin necesidad de entrar en la valoración de estas tesis, baste con resaltar que el legislador en este punto se decanta apoyándose, por lo que las medidas de aligeramiento de la tutela frente al despido se pretenden presentar con esa finalidad de incentivo a favor de la estabilidad en el empleo. En todo caso, nos remitimos a las consideraciones que efectuaremos más adelante en el apartado específicamente dedicado a las modificaciones en materia de despido.

4.3. Favorecimiento de la flexibilidad interna

De notable extensión e intensidad son las medidas recogidas en la reforma dirigidas a propiciar un mayor uso de los mecanismos de flexibilidad interna en nuestras empresas. Baste con la mención de la relación de instituciones afectadas por la reforma legislativa para intuir la trascendencia de las modificaciones introducidas en esta materia: generalización de la clasificación profesional sobre la base de los grupos profesionales (art. 22 ET) y correlativa adaptación de régimen de movilidad interna en la empresa (art. 39 ET), consolidación de la regla sobre jornada irregular de trabajo (art. 34.2 ET) así como permisividad de la realización de horas extraordinarias para los trabajos a tiempo parcial con independencia de la duración del contrato y manteniendo acumulativamente el régimen alternativo vigente hasta el presente de las horas complementarias (art. 12.4 c ET), toma en consideración de los requerimientos empresariales organizativos a la hora del ejercicio de los derechos dirigidos a propiciar la conciliación de responsabilidades familiares y laborales (art. 37 ET), ampliación de las posibilidades de uso de la movilidad geográfica (art. 40 ET), mayores facilidades para el desarrollo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), supresión de la autorización administrativa para las reducciones de jornada y suspensiones de la relación laboral por causas empresariales (art. 47 ET), mayor amplitud del mecanismo de descuelgue de condiciones de trabajo pactadas a través de convenio colectivo estatutario (art. 82.3 ET), plena preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa frente a los convenios sectoriales, sin admisión de reglas alternativas por medio de los acuerdos interprofesionales (art. 84.2 ET), decadencia final de la regla de la ultraactividad del convenio colectivo tras la superación de los dos años de prórroga ultraactiva (art. 86.3 ET).

La complejidad técnica de la materia y la pluralidad de aspectos sobre los que incide la reforma en esta vertiente nos impiden entrar en los necesarios análisis de las novedades introducidas por la reforma, a tenor del enfoque que

pretendemos efectuar en este estudio de análisis general de la reforma. Por ello, nos detenemos en lo que consideramos pueden ser reglas de impacto más relevante previsible o de interrogantes de consecuencias derivadas de la presente reforma.

Desde luego, muchas de las medidas que se incorporan al respecto se sitúan en la senda de profundización en el fomento de la flexibilidad interna entre nosotros, algo que para algunas materias tiene ya un muy largo recorrido. En general, existe una inicial predisposición tanto de las organizaciones empresariales como de las sindicales más representativas a potenciar los instrumentos de flexibilidad interna. Los recientes acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva vienen insistiendo en ello en los últimos años, por lo que en esta materia caben márgenes para el consenso. Incluso algunas de las novedades introducidas era fácil preverlas como continuidad de una línea de actuación ya iniciada tiempo atrás; baste con mencionar sólo a título de ejemplo lo hecho en materia de encuadramiento profesional, abandonando definitivamente el sistema de categorías profesionales y sustituyéndolo por el de grupos profesionales de manera definitiva y generalizada, que como tal no puede sino valorarse de manera positiva. Ahora bien, en otras medidas se observa un salto cualitativo, en el que se tiende a abandonar el necesario equilibrio entre poderes empresariales unilaterales y flexibilidad negociada.

Ante todo destacar que, de nuevo, las principales dudas en esta materia se pueden presentar en orden a la efectividad práctica de estas medidas en cuanto a su alcance para el conjunto de las empresas, a tenor del juego conjunto de todas las instituciones y conformación de nuestro entramado empresarial. De un lado, resulta obligado tener presente que nuestras prácticas de gestión de personal desde hace ya bastantes décadas han asentado la presencia de importantes mecanismos alternativos de satisfacción de las necesidades de adaptación por parte de las empresas a los requerimientos productivos de cambios en las condiciones de trabajo. En concreto, que otros mecanismos de uso alternativo de la rotación laboral (contratación temporal, flexibilidad externa, descentralización productiva, contratación de autónomos) han sido utilizados de manera recurrente como sucedáneos de los mecanismos formales institucionalizados de flexibilidad interna⁹. Más aún, estos mecanismos alternativos, como vías de escape, incluso en el nuevo escenario pueden resultar para las empresas menos costosos, más ágiles y a la postre más fáciles de gestionar que los propios ortodoxos de la flexibilidad interna. Por tanto, en la medida en que la reforma no actúa adoptando medidas de desincentivo o de freno de las vías de escape mencionadas, es probable que se mantengan altas dosis de rotación en la contrata-

⁹ J. Cruz Villalón, La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, Relaciones Laborales nº 21-22 (2010), pgs. 81 ss

ción temporal como fórmula de adaptación de las condiciones de trabajo. En suma, que las nuevas medidas de flexibilidad interna no tengan todo el impacto deseado, al menos si las mismas son proyectadas con la finalidad de que un uso más intenso de ellas reduzca significativamente el uso de los mecanismos de rotación contractual provocados por las vías de escape.

De otra parte, el cambio de orientación principal derivado de todas las medidas acometidas en materia de flexibilidad interna reside en pivotar todas ellas sobre el criterio del reforzamiento a todos los efectos de los poderes unilaterales de decisión empresarial; si se quiere dicho en sentido negativo, suprimiendo los correlativos procedimientos de flexibilidad negociada. No cabe la menor duda que estas fórmulas de flexibilidad unilateral son mucho más sencillas para las empresas y comportan menores dificultades que las técnicas más complejas de la flexibilidad interna, con riesgos incluso a veces de ineficiencia de las mismas. No obstante, tampoco debe desconocerse que nuestro modelo de protagonismo sindical hasta el momento presente construido en clave de importantes competencias de información, consulta y negociación asumidas por los representantes de los trabajadores en la empresa ha propiciado útiles sistemas de entendimiento entre las partes, que si son gestionados con la debida habilidad resultan mucho más eficaces y, por añadidura, proporcionan la posibilidad de tomar en consideración de todos los intereses en juego y, en la medida de lo posible, articular las medidas flexibilizadoras con las debidas compensaciones de equilibrio frente a otras medidas más perjudiciales para los intereses de los trabajadores, singularmente aquellas que dificultan en mayor medida la debida conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

Esta nueva filosofía de potenciación sin contrapesos de la flexibilidad interna se lleva a su intensidad máxima cuando se abordan las medidas relativas a la modificación del régimen de negociación colectiva, donde resaltan por su importancia las novedades en materia de descuelgue de condiciones de trabajo así como de preferencia aplicativa de los convenios de empresa frente a los sectoriales.

Menor trascendencia a mi juicio, sin embargo puede tener la decadencia final de la ultraactividad, por cuanto que la misma sigue presentando ciertas dosis de modulación que en la práctica pueden relativizar su impacto. Sobre todo, conviene llamar la atención sobre el dato de que la regla estatutaria donde se recoge esa decadencia de la ultraactividad por el transcurso de dos años tiene el carácter de norma supletoria, de modo que es posible que los convenios colectivos mantengan con mayor amplitud, incluso con carácter indefinida, la ultraactividad convencional. Más aún, a tenor de esa supletoriedad, conviene destacar que ya en el momento de la entrada en vigor de la reforma, un elevado porcentaje de convenios colectivos por propia previsión contempla la vigencia

ultraactiva indefinida, regla que por no se contraria al mandato legal puede seguir aplicándose a todos los efectos en este tipo de convenios colectivos.

Sin embargo, sí que presenta un alcance de mayor calado la amplitud con la que se contempla la posibilidad de descuelgue de condiciones de trabajo de lo pactado en cualquier tipo de convenio colectivo estatutario, con la significativa singularidad que la misma se puede producir a iniciativa de la dirección de la empresa y sin el consenso de la representación sindical¹⁰. Indiscutiblemente ello provoca una importante erosión de la vinculabilidad de lo pactado a través de convenio colectivo entre las representaciones de trabajadores y empresarios, con un evidente efecto de debilitamiento de los procesos de negociación colectiva. En todo caso, la resistencia que pueden mostrar los sujetos colectivos al uso de este mecanismo de inaplicación de lo pactado colectivamente, la manifiesta oposición al procedimiento por parte sindical pero en similares términos por parte de las organizaciones empresariales más representativas, abre notables incertidumbres acerca de la viabilidad práctica en la utilización de estos procedimientos de descuelgue, de modo que su impacto real puede relativizarse mucho. Habrá que estar a la espera, de un lado, de la posible corrección de esta fórmula a lo largo de la tramitación parlamentaria como proyecto de Ley, al mismo tiempo que habrá que dejar transcurrir el tiempo necesario para comprobar el efecto práctico de una fórmula que puede no aplicarse en la práctica en términos estadísticamente significativos.

Finalmente, conviene resaltar, por su trascendencia y posible mayor influencia en la práctica, la previsión de una regla de preferencia absoluta aplicativa de los convenios colectivos de empresa respecto de los convenios sectoriales. Ya la reforma de la negociación colectiva de junio de 2011 introdujo por primera vez una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pero era una regla de carácter supletorio, de modo que vía acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma establecieran reglas diferenciadas de resolución de las situaciones de concurrencia entre convenios colectivos. La novedad principal ahora con la reforma de 2012 se sitúa en el dato de que la regla de preferencia aplicativa tal como está prevista deja de tener carácter supletorio, para convertirse en indisponible para las organizaciones sindicales y empresariales representativas a través de lo que puedan pactar en ese nivel convencional estatal o autonómico. A partir de ahora, las mismas pierden una fuerte capacidad de diseño de la estructura de la negociación colectiva, en la medida en que los acuerdos interprofesionales dejan de tener la posibilidad de fijar reglas de ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos sectoriales y de empresa. Se trata de una interven-

¹⁰ Sobre el particular, J. Cruz Villalón, El descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012, RDS nº 57 (2012).

ción legal fuertemente invasiva en la conformación de la estructura de la negociación colectiva, que como es fácil imaginar puede provocar una considerable devaluación de los convenios colectivos sectoriales, que hasta el momento presente han desempeñado una función central en la homogeneización de las condiciones de trabajo de las empresas pertenecientes al mismo sector de la actividad económica.

A partir de ahora, los convenios sectoriales el único espacio teórico de influencia garantizado se situaría en el ámbito de la microempresa, especialmente las que no llegan a superar los 6 trabajadores, en la medida en que al no poderse elegir en ellas delegados de personal, no resulta viable la celebración de un convenio de empresa para las mismas. En la práctica, también dependerá de si en empresas de superior tamaño hay efectiva voluntad de crear unidades de negociación colectivas propias o hay factores de peso que les decidan a mantener el escenario actual de regulación de sus condiciones de trabajo a tenor del convenio sectorial de referencia a su ámbito. Por ello, más allá de ello, dependerá de la voluntad efectiva de las correspondientes empresas de acometer la creación de una unidad de negociación propia, con todas las dificultades e incertidumbres que puedan derivar de ello. Debe tenerse en cuenta que en empresas de pequeñas dimensiones en la mayoría de las ocasiones no compensan el esfuerzo de mantener un pulso negocial propio y, por ende, el convenio sectorial puede mantener en la práctica una influencia superior a la que se deduciría de la formalidad teórica de la norma. Debe tenerse en cuenta que las dimensiones medias de las empresas en España son mucho más reducidas que en otros países. Y, por añadidura, que hay una larga tradición en la Europa continental, especialmente en el sur y centro, de influencia de los convenios sectoriales, que no se altera fácilmente de la noche a la mañana.

Ciertamente si nos movemos en el ámbito de una negociación colectiva empresarial de cierta consistencia, se puede presuponer que la misma contendrá un régimen de condiciones de trabajo más específicamente adaptado a las peculiaridades de la misma, a sus necesidades y a las propias de los trabajadores. Sin embargo, ante una estructura empresarial como es la española de fuerte presencia de la empresa de pequeñas dimensiones, una regla de este tipo sin sus debidos contrapesos puede provocar un efecto negativo de desarticulación de la negociación colectiva. A mayor abundamiento, habrá que estar a la expectativa de en qué medida esta plena preferencia aplicativa de los convenios empresariales puede provocar un efecto de actuación más o menos espuria por parte de cierto tipo de empresas que desplieguen una actuación de *outsiders* en el conjunto de un sistema de negociación colectiva que hasta el momento presente ha sido más o menos gestionado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas; actuación como *outsiders*, que no cabe la menor duda puede provocar problemas de competencial desleal entre cierto

tipo de empresas y a la postre con efectos más negativos que positivos sobre el desarrollo de la actividad económica en general y no exclusivamente en el ámbito del deterioro de las condiciones de trabajo entre la población ocupada.

En todo caso, un importante elenco de las medidas adoptadas en este ámbito de la flexibilidad interna van dirigidas no solamente a propiciar mecanismos que eviten tener que acudir a regulaciones de empleo más negativas, como son las propias de la correspondiente a los despidos colectivos. Bien es conocida la pérdida de instrumentos tradicionales de política económica por parte de los Gobiernos nacionales europeos a partir de la introducción del euro, que impiden adoptar medidas de devaluación de las monedas nacionales ya inexistentes. El efecto está siendo el de la correspondiente presión sobre la deuda pública nacional, que obliga a acometer políticas de austeridad. En ese escenario, la imposibilidad de adoptar las tradicionales medidas de devaluación de la moneda, las presiones para lograr efectos asimilados se sitúan en el ámbito de la congelación cuando no de la directa reducción de las rentas salariales. Sin poder entrar en el análisis de carácter eminentemente económico, que nos desborda, sí traer a colación necesariamente este contexto para marcar los objetivos de la reforma laboral en este orden, precisamente dirigidas a presionar para lograr ese resultado de depreciación de las rentas salariales. Sin entrar en la valoración del acierto o menos de tales objetivos en el conjunto de las necesarias reformas orientadas a la superación de la actual crisis económica y de empleo, lo que sí conviene resaltar es que los mismos resultados se pueden intentar obtener, incluso con mayor eficiencia, a través de mecanismos diversos, de fuerte contención salarial lograda de manera ordenada, gestionada de manera estructurada por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y, por tanto, sin los evidentes riesgos de descontrol del modelo tanto de relaciones laborales como de evolución del sistema económico en su conjunto. En particular, conviene resaltar que objetivos similares, pero en esa otra clave de gestión ordenada y estructurada, pretenden lograrse a través de la celebración del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, alcanzado entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas¹¹. Aparte de importantes compromisos en materia de flexibilidad interna y de estructura de la negociación colectiva, dicho Acuerdo implica materialmente un decisivo pacto de congelación salarial para el conjunto del sector privado, sin parangón en el resto de Europa y que podía coadyuvar a un escenario de intensa pacificación social unido al esfuerzo del conjunto de los asalariados de plena austeridad, con una distribución de sacrificios gestionada desde las organizaciones sindicales. Probablemente no se ha resaltado la trascendencia de este Acuerdo y de las posibilidades de actuación por parte de

¹¹ BOE de 6 de febrero de 2012.

los poderes públicos en una línea de colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales para lograr una implementación efectiva de tal Acuerdo, lo que hacía innecesario adoptar medidas desestructuradoras de nuestra negociación colectiva y de nuestro sistema de flexibilidad negociada.

4.4. Remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida

El último gran bloque de intervención sobre el que se actúa en la reforma laboral de 2012 es el relativo al despido por causas empresariales, tanto en su modalidad de adopción individual vía el despido objetivo como la de carácter colectivo a través del régimen correspondiente. Entre las novedades más destacadas resaltaría las siguientes: la eliminación con carácter general de la autorización administrativa para los despidos colectivos, de modo que ya no debe ser correcto técnicamente seguir utilizando la expresión “expedientes de regulación de empleo”; la ampliación de las causas justificativas de los despidos económicos, con el correlativo efecto de reducción del control judicial de justificación de la medida empresarial y la posible reducción en la práctica del coste del despido; la generalización de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente a los 33 días de salario por año de antigüedad con el tope de las 24 mensualidades, tanto para los despidos objetivos como para los disciplinarios, con correlativa supresión del contrato indefinido de fomento del empleo; la supresión completa de los salarios de tramitación cuando el empresario opta por la extinción indemnizada en caso de despido improcedente; la reducción del abono por parte del Fondo de Garantía Salarial de parte de la indemnización por despido, retornándose al régimen establecido con precedencia a la reforma laboral de 2010; una mayor precisión en las obligaciones relacionadas con el plan de recolocación impuesto a las empresas que despidan a más de 50 trabajadores en caso de despidos colectivos.

No puede desconocerse que la profundidad de las reformas adoptadas en este ámbito, tiene un enorme calado en cuanto a su posible impacto. Desde luego las mismas facilitan notablemente la decisión empresarial de reducción de empleo, tanto por lo que afecta a lo causal, a lo procedimental como a los costes económicos anejos a ello.

El Real Decreto-Ley, como ya hemos indicado en apartado precedente, inserta las modificaciones en materia de despido dentro del objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. A tal efecto, el preámbulo viene a centrar la ineficiencia del régimen hasta el momento presente en esta materia en la presencia muy generalizada del denominado despido “expres”, considerando que el mismo resulta disfuncional tanto para el interés de los

trabajadores como para el de las empresas¹². Ciertamente gran parte del diagnóstico efectuado por la exposición de motivo de la norma puede resultar compatible de manera pacífica por la mayoría de los analistas, siendo esta práctica del despido “expres” una de las manifestaciones más señaladas de las disfunciones aplicativas de nuestro régimen del despido, aunque posiblemente no sea la única. Diferente es que con las medidas acometidas por la reforma vayan a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se vayan a abandonar este tipo de métodos de actuación a los efectos de reducir empleo. Más allá de la evidente tensión de intereses provocada por la discusión en torno al coste del despido en nuestro ordenamiento jurídico, desde un punto de vista más cualitativo del funcionamiento del modelo, el principal problema reside en que el modo a través del cual las empresas reducen empleo, adaptando las dimensiones de sus plantillas a su situación económica y productiva, no responde a lo que está previsto en el diseño legal de los diferentes canales y procedimientos de resolución contractual de la relación laboral: por un lado discurre la programación de la norma laboral y por otro bien diferente las prácticas de actuación por parte de los gestores de personal en el seno de las empresas. Indiscutiblemente se trata de un asunto nada fácil de reconducir, resulta ciertamente difícil establecer una sintonía entre régimen legal y prácticas empresariales, por cuanto que el asunto se viene considerando entre nosotros desde tiempo atrás y por añadidura no es algo exclusivo de nuestro sistema de relaciones laboral sino que concurre en muchos otros países¹³.

Apuntemos, pues, los elementos disfuncionales más destacados al efecto y el posible mantenimiento o superación de los mismos a resultas de la presente reforma laboral.

En primer lugar, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de

¹² “El «despido expres» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Pero también desde el punto de vista empresarial, el éxito del «despidos expres» también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional —el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial— despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se reside en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciado, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables”.

¹³ Cfr. Al respecto, AA. VV. (J. Cruz Villalón editor), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2012.

reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. Dicho de otro modo, siendo una causa común para responder a la situación de la empresa, lo coherente es que prime el canal del despido colectivo frente a medidas adoptadas de manera individualizada. Sin embargo, el uso del despido colectivo en nuestro país resulta estadísticamente muy reducido comparativamente con los procedimientos individualizados de extinción del contrato de trabajo. En ello influyen factores de muy diversa naturaleza, unos sobre los que no actúa la norma reformadora, otros sobre los que no puede actuar, como son los derivados de las reducidas dimensiones de las empresas y su falta de adecuación de los procedimientos de despido colectivo. La única regla que podría incidir al respecto dentro de la reforma sería la relativa a la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos y, con la misma, unas expectativas de aligeramiento de controles que pudiera provocar que las empresas no desviarán determinadas decisiones extintivas hacia las vías individualizadas. Habrá que estar a la expectativa de la aplicación práctica de la reforma y el impacto que esta modificación pudiera tener sobre la dualidad individual-colectivo, aunque puede presumirse que esta medida no será suficiente para garantizar un desplazamiento en bloque desde una vía hacia la otra.

En segundo lugar, la presencia de la dualidad contractual entre contratos temporales y contratos indefinidos ha provocado que en los momentos de excedentes de personal en las empresas, éstas comiencen por reducir el número de trabajadores contratados temporalmente, denunciando los correspondientes contratos temporales a su vencimiento, sin necesidad de acudir a los procedimientos de despidos. De este modo, la temporalidad se utiliza en muchas ocasiones en nuestro mercado de trabajo no como mecanismo de atención a circunstancias coyunturales de empleo, sino como bolsa de regulación de empleo. De ahí que la propia norma conecte la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo con la corrección de la dualidad del mercado de trabajo. A estos efectos no se aprecia una actuación directa que pueda incidir sobre este particular, sin medidas relevantes que puedan afectar a la práctica de la contratación temporal injustificada. La única medida de impacto que puede mencionarse al efecto es nuevamente la introducción como novedoso del contrato indefinido para empresas de menos de 50 trabajadores. Como ya indicamos en su momento, de tener resultados de verdadero impacto esta nueva modalidad contractual, ello puede provocar un desplazamiento de la contratación temporal por tiempo inferior a un año en estas empresas por este contrato indefinido con período de prueba de un año de duración. Sin embargo, de verificarse este resultado, la consecuencia será meramente formal, pues lo previsible será que se produzca un mantenimiento a todos los efectos de la dualidad; la única novedad será el modo a través del cual se conforma jurídicamente la mencionada dualidad laboral: hasta ahora sería preferencia en la selección de los tempora-

les en el momento de reducir empleo, a partir de ahora será preferencia en la selección del desistimiento de los contratados con un período de prueba de un año en el momento de reducir empleo.

En iguales términos, no es descartable que con precedencia al uso de los mecanismos de despidos, se siga acudiendo a las fórmulas de jubilación en sus diferentes variantes (forzosa pactada en los convenios colectivos, anticipada o prejubilación) antes de adoptar las medidas de resolución contractual por vía de despidos. Tampoco aquí se aprecian novedades legislativas dignas de resaltar que puedan alterar esta otra preferencia empresarial y sindical.

Finalmente, cuando se acude a los procedimientos de despido colectivo es donde aparece el fenómeno tan diáfano explicado por el preámbulo de la norma reformadora del despido exprés, por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, sea en el acto de conciliación preprocesal o antes de ello. Ahora bien, a pesar de que la norma contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, puede que finalmente ninguna de ellas provoque efecto relevante sobre el mecanismo tan asentado ya entre nosotros a favor del despido exprés, que puede seguir subsistiendo con idéntica presencia a como ha sucedido hasta el momento presente. Varios elementos pueden mantener esta práctica empresarial, siempre más ágil, acelerada, segura y de cierre definitivo de un posible litigio entre las partes, garantizando en todo caso la ausencia de dilación derivada de que queda conjurado el riesgo de sucesiva intervención judicial. La desaparición ya casi definitiva de los salarios de tramitación unida a la aproximación del diferencial indemnizatorio entre despidos procedente e improcedentes orienta aún más si cabe la opción empresarial por la preferencia por el despido exprés. Por mucho que la reforma haya ampliado la causa justificativa del despido por motivos económicos, la regla ha acentuado aún más si cabe la dosis de incertidumbre jurídica y de la respuesta de control judicial al efecto. Y, sobre todo, la clave a estos efectos no se encuentra en el coste del despido aisladamente considerado para cada supuesto, sino al diferencial cuantitativo entre uno y otro; por decirlo de otro modo, lo importante es que a resultas de la reforma se reduce el diferencial entre el despido improcedente y el procedente: antes de 25 días de salario por año de antigüedad (45-20), ahora sólo de 13 días de salario por año de antigüedad (33-20); también en los topes máximos: antes 30 mensualidades (42-12), ahora sólo 12 mensualidades (24-12). Dicho con cierta simplicidad, al final el empleador efectuará un simple cálculo de costes, computando qué le resulta más costoso, si el despido improcedente con 33 días o el despido procedente con 20 días más abono de los costes de tramitación judicial (defensa judicial más informe económico justificativo de la concurrencia de la causa), sin desmerecer la trascendencia siempre otorgada al cálculo del riesgo de incertidumbre de la respuesta judicial. Las cantidades precedentes variarían

de tomarse en consideración las cantidades que antes y a partir de la reforma asume o deja de asumir el Fondo de Garantía Salarial, como detracción de costes para el empleador, pero en todo caso el resultado comparativo a resultas de la reforma sería el mismo --reducción del diferencial de costes entre la procedencia y la improcedencia--, con lo cual se podrían mantener idénticos criterios de valoración de costes diferenciales por parte del empleador.

Por ello mismo no es descartable que se mantenga ese dato apuntado por el preámbulo de la norma, indicando que “las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido”. A nuestro juicio, no hay ningún dato novedoso en el nuevo régimen del despido que apunte a un cambio de tal entidad que pueda provocar una modificación en este criterio; es decir, es previsible que se sigan efectuando las opciones selectivas de los empresarios atendiendo al coste del despido, incluso puede suceder que con ciertos aspectos de la reforma ello se vea acentuado aún más si cabe. Baste con mencionar tres ejemplos al respecto. De un lado, si antes la dualidad lo era entre trabajadores temporales e indefinidos, la reforma laboral de 2010 contemplaba un sistema de cierta convergencia de costes que ahora en cierto modo se trunca a resultas del retorno al régimen precedente en materia de abono parcial por el Fondo de Garantía Salarial de la indemnización, de modo que en el diseño final las empresas por una y otra vía podrían llegar a soportar el mismo coste por despido (12 días de salario por año de antigüedad). De otro lado, al entrar en juego el desistimiento durante el primer año de la nueva modalidad contractual para empresas de menos de 50 trabajadores, el desplazamiento hacia la opción preferente por el desistimiento de estos trabajadores puede ser más intenso aún si cabe a la vista de que en tales supuestos no se contempla indemnización alguna por la extinción contractual a diferencia de lo que sucede con los contratos temporales. Finalmente, el mecanismo de progresiva aplicación de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente, desde los 45 días a los 33 días, durante una primera fase temporal de la aplicación de la reforma también puede reforzar la selección del empleador en atención a la antigüedad de los trabajadores, ahora preferencia a despedir primero a los contratados con posterioridad a la reforma (toda la indemnización a 33 días) frente a los contratados con anterioridad a la misma (sólo una parte de la indemnización a 33 días).

A la postre todos estos cálculos de costes pueden resultar especialmente influyentes en las decisiones empresariales allí donde se trate de trabajos de baja cualificación profesional o donde quepa una amplia fungibilidad de los trabajadores por cuanto que sus competencias personales y profesionales pasen a segundo plano en el momento de la selección por parte de la dirección de la empresa. Sólo cuando se trate de otro tipo de trabajadores, que desempeñen

actividades donde haya un valor añadido profesional específico de tales empleados, cabrá que los criterios selectivos sean de orden diverso. Del mismo modo, en la medida en que vayamos hacia un modelo de crecimiento económico configurado sobre la base de empleos en los que prime más la innovación y el desarrollo, por tanto, donde el capital humano sea cualitativamente decisivo por razón de su empleabilidad, en mayor medida perderán peso los criterios tradicionales selectivos basados exclusivamente en el dato mecánico de la antigüedad del trabajador.

5. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL

Para concluir este análisis de carácter general de la reforma laboral de 2012 estimo que pueden resultar oportunas algunas reflexiones de la posición que progresivamente va adoptando la legislación laboral de superior autonomía respecto del Derecho Civil y, por derivación, el posible nuevo equilibrio que se está verificando en los principios clásicos informadores del ordenamiento laboral.

No está de más a estos efectos comenzar por recordar los orígenes históricos de emergencia del Derecho del Trabajo, como una normativa que va consolidándose en la medida en que adquiere sus propias señas de identidad por comparación con el Derecho Civil. Recordar, específicamente, que constituye una idea generalizada para explicar este fenómeno de progresivo distanciamiento en sus orígenes de ambos ordenamientos sobre la base de que el principio de autonomía contractual individual propio del Derecho Civil partía de una valoración de equiparación de posiciones de ambos contratantes, no adecuada en el mundo del trabajo, a la vista de la presencia de un contratante marcadamente débil: el trabajador subordinado. De ahí que la orientación desde sus orígenes del Derecho del Trabajo respecto del resto del Derecho Privado no fuera otra que diseñar una intervención legislativa de particular tutela del contratante débil y, sobre la base de ello, distanciarse de las reglas más clásicas de la contratación privada; especialmente de las reglas que primaban la autonomía de la voluntad contractual sobre la base de atribuir un carácter dispositivo a la mayoría de las reglas legales, que sólo primaban cuando jugaban intereses de orden público. De ahí, por contraste, la centralidad en la legislación laboral de la norma imperativa, especialmente en clave de establecimiento de derechos indisponibles mínimos a favor del trabajador. De ahí también una presencia más intensa de la Administración laboral, con una labor complementaria de control de la efectividad del cumplimiento de esas normas de mínimos de derecho necesario. De ahí, adicionalmente, un singular fomento

de las instituciones propias que manifestaban el desarrollo de la autonomía colectiva, igualmente como instrumento indirecto de compensación del desequilibrio inicial de posiciones entre las partes. De todo lo anterior, se ha ido procediendo igualmente a una identificación de todo un conjunto de principios informadores específicos de la legislación laboral, presididos por ese criterio de tutela del contratante débil.

No cabe la menor duda de que la descripción precedente adolece de una notable simplicidad valorativa de la enorme complejidad que actualmente presenta el ordenamiento laboral, especialmente derivada de la progresiva evolución del Derecho del Trabajo, que ha desembocado en multitud de matices a las perspectivas anteriores. En todo caso, ese desarrollo evolutivo en ningún caso llega a desmentir, en una comprensión global, la diferencia comparativa que se mantiene entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil, y que por añadidura puede seguir considerándose que esa diferencia comparativa continúa sustentándose en cierto modo en los datos antes muy superficialmente descritos.

Eso sí, uno de los matices principales en este ámbito proviene del cada vez más profundo proceso de incorporación de mecanismos de flexibilidad laboral, dirigidos a atender a los requerimientos empresariales de gestión de la empresa conforme a sus necesidades de incremento de la competitividad y productividad económica. Esta línea de tendencia indiscutiblemente provoca no sólo una minoración de la tutela del contratante débil en el ámbito del derecho del trabajo, sino la presencia cada vez más de una legislación laboral que en su seno busca un nuevo equilibrio de intereses, en la que se pretenda ahora atender tanto los correspondientes a la seguridad de los trabajadores como a la flexibilidad de los empleadores. Lo que a la postre obliga también a una reconsideración acerca de cuáles son en estos momentos esos principios informadores del contemporáneo Derecho del Trabajo y en qué medida obliga a alterar los más clásicos y “ortodoxos”.

Posiblemente estamos viviendo desde hace ya bastantes décadas ese proceso evolutivo de los contenidos y orientaciones de la legislación laboral, de modo que ello casi constituye un interrogante recurrente en los últimos años en la doctrina laboral. Sin embargo, se trata dentro de estas reflexiones finales simplemente de intentar comprobar hasta qué punto ello presenta una intensificación singular a través de la últimas de las reformas laborales y, en particular, en qué medida ello pueda ser igualmente un elemento que nos aproxime a la pregunta inicial de este estudio de en qué medida con la reforma de 2012 nos encaminamos hacia un nuevo modelo laboral, hacia una nueva comprensión del tipo de intervención que corresponde al poder público en el ámbito de las relaciones laborales.

Sin poder entrar en mayores profundidades, nuestra primera intuición en el enfoque de arranque de este apartado es que la evolución de la normativa la-

boral no nos conduce a una vuelta de la misma a su casa de origen, al Derecho Civil, sino todo lo contrario: un acentuarse aún más si cabe la separación entre un ordenamiento y otro. Eso sí, un reforzamiento de la autonomía del Derecho del Trabajo respecto del Derecho Civil ahora concebido con una funcionalidad diversa a aquella que lo determinó en su origen histórico.

En efecto, ahora lo que puede percibirse es una clara tendencia a evitar la aplicación de las reglas más genuinas del Derecho Privado, pues ahora lo que vendrían a provocar la aplicación de las reglas civiles no sería otra cosa que un efecto obstaculizador de la articulación de técnicas jurídicas flexibles dirigidas a atender los requerimientos empresariales de competitividad y productividad. En otros términos, podemos estar experimentando ahora una separación de signo diverso para construir un sistema jurídico laboral diferenciado del civil que se muestra rígido en exceso para atender las necesidades ahora del contratante fuerte.

Baste al efecto con señalar algunos ejemplos emblemáticos que pueden derivar directamente de la presente reforma legislativa, junto con algunos otros más de carácter dubitativo.

El primero y probablemente más significativo es el modo comparativamente diferencial con el que se articula el tradicional principio del “*pacta sunt servanda*”, tanto es su vertiente individual (modificación sustancial de condiciones de trabajo) como colectiva (descuelgue salarial). Ese clásico principio del “*pacta sunt servanda*” se concreta en lo civil en la regla de que “el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 CC), del que deriva la protección novatoria que exige la voluntad concurrente de ambas partes para alterar las condiciones de ejecución de lo pactado. Para adaptar dicha fórmula a las peculiaridades del trabajo subordinado y al ejercicio del poder de dirección del empleador, ello se ha pretendido conciliar sobre la base de la identificación de condiciones esenciales del contrato que formaban parte del trabajo pactado y, por ende, que requerían en todo caso del consentimiento de la contraparte --bien individual o bien colectiva-- para modificarlas o bien de la concurrencia de circunstancias de cierta excepcionalidad que admitieran transitoriamente el ejercicio del “*ius variandi*”. Ahora bien, esas diferencias y fronteras se han venido difuminando con el paso del tiempo, de modo que a resultas de reformas sucesivas la exigencia de la concurrencia de esas circunstancias de excepcionalidad han desaparecido prácticamente por completo, al tiempo que la extensión de lo modificable se amplía intensamente hasta límites difíciles de identificar, al extremo que obliga a preguntarnos cuál es el juego más o menos residual que mantiene el principio civil del “*pacta sunt servanda*” en el ámbito de lo laboral. Baste con mencionar un ejemplo emblemático al respecto derivado de la reforma de 2012: a partir de ahora es posible que se produzca una alteración sustancial de la cuantía del

salario pactada individualmente al margen del convenio colectivo por decisión unilateral del empleador por meras causas bien genéricas conectadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica de la empresa (art. 41 ET); mientras que por contraste en aquella específica relación laboral especial donde no se aplica este precepto por resultar de supletoria aplicación el Derecho civil, es decir para el personal de alta dirección, ese tipo de cambio en ningún caso es posible de no concurrir el consentimiento de ambos contratantes.

Ello no significa, desde luego que haya desaparecido todo rastro del principio del *“pacta sunt servanda”* individual en el ámbito de lo laboral, pues ante todo conviene recordar que el Estatuto de los Trabajadores mantiene el principio de partida de que la voluntad de las partes expresada a través del contrato de trabajo constituye una de las fuentes reguladoras de la relación laboral (art. 3.1.c ET). Más aún, a lo largo del texto estatutario van apareciendo recurrentes menciones a la necesidad de que concurra el consentimiento de ambas partes para la introducción o modificación de determinadas instituciones claves para ambas partes: conversión de contrato a tiempo completo en a tiempo parcial y viceversa (art. 12.4 e ET) y en paralelo la reducción de jornada a resultados de la celebración de un contrato de relevo (art. 12.6 ET); pacto de no competencia una vez concluido el contrato (art. 21.2 ET); pacto de plena dedicación (art. 21.3 ET); celebración del pacto de permanencia (art. 21.4 ET), obligatoriedad de celebración de las horas extraordinarias (art. 35.4 ET) así como de realización de horas complementarias (art. 12.5 a ET), determinación del objeto de la prestación especialmente cuando se pacte un régimen de polivalencia funcional (art. 22.5 ET). Eso sí, el problema que se suscita a partir de ahora para el resto del régimen contractual no mencionado expresamente por un específico precepto legal; es decir hasta qué punto para lo demás pervive la exigencia de aceptación expresa por parte del trabajador de otro tipo de alteraciones de lo pactado, qué pactos contractuales quedan al margen de lo modificable unilateralmente a través del art. 41 ET. Por citar un solo ejemplo no poco emblemático al respecto: la conversión de un trabajo en presencia en uno a distancia o viceversa requiere la aceptación del trabajador o puede verificarse acudiendo al mecanismo del art. 41 ET; hay que preguntarse igualmente si la conversión de un contrato de trabajo ordinario en relación laboral de carácter especial o viceversa requiere o no del consentimiento de ambas partes.

Este mismo asunto se presenta igualmente en la perspectiva colectiva, cuando el principio del *“pacta sunt servanda”* colectivo, técnicamente articulado entre nosotros bajo la regla de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se procede a exceptuar por la vía de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, que a partir de la reforma de 2012 se apartan del modelo de flexibilidad negociada y, con ello, se pueden desencadenar a re-

sultas de la iniciativa de una de las partes (la dirección de la empresa) y sin el necesario concurso de la otra (la representación colectiva de los trabajadores) por la articulación de un mecanismo de arbitraje obligatorio. También aquí en base en causas muy amplias se rompe con el principio civil de la protección novatoria, con el agravante adicional de que en esta ocasión el principio del “*pacta sunt servanda*” colectivo tiene reconocimiento constitucional (art. 37.1 CE). En todo caso, no se trata de reiterar lo ya tratado en otra ocasión, sino de traer a colación otro ejemplo que rompe las perspectivas de conservación de principios civiles para la contratación laboral, ahora de carácter colectivo.

Más aún este último ejemplo, también puede servir para remarcar otro de los elementos a los que aludimos al inicio de este apartado en relación con la mayor presencia de la administración laboral en el ámbito de lo laboral, por contraste con el Derecho Civil, al objeto de reforzar el control del cumplimiento de la legislación laboral. Bien es cierto que una vez más la línea de tendencia evolutiva en las sucesivas reformas legislativas laborales en España ha consistido precisamente en extender un progresivo repliegue de ese intervencionismo administrativo, que se va poco a poco minorando en aras de favorecer la flexibilidad laboral requerida por las empresas. No es que con la última de las reformas laborales no se acentúe esa de tendencia en los términos antes descritos, pero no deja de ser cierto que se aprecia un cierto cambio de orientación, que está por ver si con el mismo no se produce un cierto punto de inflexión aunque, insistimos, lo sea con una funcionalidad diversa, no por ello exento de cierto grado de contradicción. Me refiero al hecho de que con esta reforma, por un lado, se suprimen cierto tipo de autorizaciones administrativas para despidos colectivos y suspensiones de la relación laboral, a primera vista presumiblemente para favorecer una mayor flexibilidad empresarial; pero, por otro lado, al propio tiempo se introduce una nueva intervención administrativa ahora en clave de arbitraje obligatorio público a los efectos de facilitar los descuelgues de condiciones pactadas en convenio colectivo, eso sí, ahora con esa funcionalidad diversa a la tradicional de propiciar aún más la flexibilidad interna.

Todo lo anterior desemboca en que a partir de ahora tendremos que profundizar en una discusión más general, relativa al espacio aplicativo que restan a las reglas generales del Derecho Civil para la interpretación o integración de la normativa laboral. La respuesta será fácil cuando expresamente el correspondiente precepto laboral aluda a uno de estos criterios generales de la contratación civil. Sin embargo, las dudas cada vez serán más intensas respecto de los pasajes donde se advierta un silencio al respecto. Doctrinalmente hemos siempre partido del principio general interpretativo de que las reglas de la contratación civil y en general los principios informadores del Derecho Civil son aplicables supletoriamente a los efectos de integrar e interpretar la norma

laboral allí donde concurra alguna dificultad al respecto y no se aprecie contradicción finalista entre el sentido de la norma laboral y la correspondiente civil. Ahora bien, esa presuposición de partida pacíficamente en nuestra doctrina no se basa en ningún concreto mandato legal presente en nuestro ordenamiento vigente. Por decirlo de otro modo, mientras que esa supletoriedad ha sido siempre expresa en la legislación procesal laboral respecto de la ley de Enjuiciamiento Civil, no ha concurrido regla explícita paralela para la vertiente del Derecho sustantivo o material, es decir, del Derecho del Trabajo respecto del Derecho Civil.

Baste con mencionar algún concreto ejemplo en forma de interrogante: ¿cabrá a partir de ahora deducir que los principios generales de proporcionalidad y causalidad constituyen un canon hermenéutico imprescindible para comprobar la concurrencia de causa justificativa para despedir por motivos económicos?. Sin poder entrar en mayores precisiones, en términos aproximativos probablemente existan mayores argumentos de peso para decantarnos por la respuesta afirmativa, en la medida en que se trata de principios generales orientadores del conjunto del ordenamiento jurídico, y no patrimonio exclusivo de uno de ellos. Eso sí, ya es suficientemente ilustrativo de que a partir de ahora se plantee un interrogante que con toda certeza en el pasado nadie hubiera ni siquiera discutido. No se trata de un ejemplo aislado, sino que, a nuestro juicio, provoca un enfoque de carácter general, que acaba incidiendo sobre la funcionalidad general del Derecho del Trabajo, sobre sus principios informadores, sobre los criterios idóneos de interpretación e integración de sus normas, por lo que no constituye ningún tipo de exceso de si nos encaminamos hacia una nueva concepción del Derecho del Trabajo en las sociedades modernas.

EL II ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Concertación Social, Negociación Colectiva, Interlocutores Sociales, Reforma Laboral

Pocos días antes de la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, que marca el inicio de una importante reforma del Derecho español del Trabajo, los interlocutores sociales firmaron un ambicioso documento, el “Segundo Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014”. Este documento forma parte de una larga serie de acuerdos dirigidos a gobernar el sistema de negociación colectiva en nuestro país, fijando a nivel nacional directrices y objetivos para los procesos de negociación durante su vigencia. El objetivo de este acuerdo es condicionar el desarrollo de los convenios durante el período de tres años que se fija de duración. Sin embargo, los interlocutores sociales que lo firmaron por no otorgarle al acuerdo eficacia normativa, lo que producirá que sus efectos serán débiles y lentos. Ésta ha sido probablemente la causa que ha llevado al Gobierno a considerar que esta opción era inadecuada e insuficiente para lograr los cambios en el mercado de trabajo y en la práctica de las relaciones laborales que considera necesarios en las actuales circunstancias, y necesarios también para satisfacer las exigencias de la Unión Europea y de las agencias económicas internacionales. En consecuencia, el Gobierno aprobó su propio paquete de medidas en la que puede considerarse una de las reformas de mayor alcance del Derecho del Trabajo español en los últimos treinta años.

ABSTRACT

Key words: Social Dialogue, Collective Bargaining, Social Partners, Labour Law Reform

Just a few days before the newly elected Government issued its long-range reform of Spanish labour legislation, social partners agreed on an ambitious document, the so-called “Second Agreement on Employment and Collective Bargaining 2012-2014”. This document is part of a long series of agreements aimed to govern the Spanish system of collective agreements, setting at a national level guidelines and objectives to be sought by those conducting actual bargaining rounds in a given year throughout the country. This II AENC is to impact on the development of collective agreements during the three-year period it states as its duration. Due to the fact that social partners have agreed not to give it the strongest enforceability possible under Spanish labour law, its effects will be most likely weak and slow to notice. Probably this has led the Spanish government to consider this way inadequate and insufficient to ensure the changes on the labour market and on the practice of labour relations it considers necessary under the current circumstances of national economy and to satisfy the requirements European Union and international economic agencies have imposed on Spain. Therefore, the Government has issued its own bucket of reforms, in what can be considered one of the most relevant set of changes in Spanish labour law in the last thirty years.

* Grupo de Investigación PAI SEJ-322. Este trabajo forma parte de los resultados científicos del Proyecto de Investigación: “La gestión socialmente responsable de la crisis” DER 2009-08766 (subprograma JURI); así como del Proyecto de Excelencia “Régimen Jurídico de los mercados de trabajo transicionales”, SEJ-4856.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. EL II AENC COMO ESLABÓN DE UNA SAGA
3. EL AENC Y LA REFORMA DEL PERÍODO DE LA CRISIS MUNDIAL (2007-...)
4. CONTENIDOS DEL ACUERDO
5. IMPACTO DEL ACUERDO

1. PRESENTACIÓN

Cuando se describe el sistema de relaciones laborales en España es común resaltar como uno de sus aspectos fundamentales la importancia decisiva que en su funcionamiento tiene la concertación social¹. Hablando de concertación social en un sentido muy amplio, que viene a englobar prácticamente cualquier experiencia de acuerdo en la cumbre, sea cual sea su contenido, y con independencia también del ámbito territorial de aplicación del acuerdo. Este concepto amplio incluye todo tipo de prácticas, neocorporativas o no², alcanzando desde acuerdos de diseño de cambios normativos a pactos de ordenación de la negociación colectiva³. Para nosotros todos merecen ser considerados como manifestaciones de un mismo fenómeno, o especies dentro de un único género. Más debate ha merecido su denominación –si “concertación” o “diálogo social”– que la definición de sus límites.

La larga experiencia española con este tipo de prácticas neocorporativas ha producido un volumen muy importante de pactos de esta naturaleza, que han presentado una tipología muy variada⁴. Hemos tenido acuerdos tripartitos, con participación de todos los interlocutores sociales y el Gobierno, siendo éste el modelo considerado ideal. También los hemos tenido cojos de alguno de estos actores: bien porque sólo firmaba una de los dos sindicatos más representativos (generalmente UGT), bien porque faltaba la representación empresarial, por desacuerdo (como el Acuerdo sobre el Trabajo a tiempo Parcial

¹ J. Cruz Villalón, “Caracterización de la concertación social en España”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, nº. 7, 2006. También A. Zaragoza, “Pactos sociales, sindicatos y patronal en España”, Siglo XXI, Madrid, 1985.

² Un análisis de estos acuerdos desde la perspectiva del neocorporativismo en A.M. Rubio Castro, “El neocorporativismo español: El Acuerdo Económico y Social (1985-1986)”, *Revista de estudios políticos*, Nº 50, 1986, pgs. 213-240.

³ En general sobre estos conceptos siguen siendo de obligada cita los trabajos de M.A. Solans Latre, “*Concertación social y otras formas de corporativismo en España y en la CE*”, Tecnos, Madrid, 1995; y J.L. Monereo Pérez, “*Concertación Social y Diálogo Social*”, Lex Nova, Valladolid, 1999.

⁴ A. Oliet Palá, “*La concertación social en la democracia española: crónica de un difícil intercambio*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. También A. Zaragoza, “*Pactos sociales, sindicatos y patronal en España*”, Siglo XXI, Madrid, 1985.

de 1996), o por tratar de materias que no les afectaban directamente (el caso de los acuerdos para el sector público). La unidad de acción sindical iniciada a partir de la década de los noventa del siglo pasado y una mejor gestión de los procesos negociales ha hecho que cada vez resulten menos frecuentes estos pactos incompletos.

Desde el punto de vista de su aplicación, encontramos en la experiencia española acuerdos que originan reformas, traduciéndose en intervenciones legislativas directas, como claros ejemplos de “legislación negociada”; este es el tipo de pactos considerado prototípico o modélico, de tal modo que se llega a considerar que un acuerdo sin reacción posterior del legislador está incompleto; y que cualquier medida adoptada por éste sin contar con el soporte de un acuerdo previo de los interlocutores sociales resulta inaceptable. Como también hemos tenido otros que se han aplicado sin necesidad de éstas, señaladamente los sucesivos Acuerdos de Negociación Colectiva, cuya finalidad era otra. De la misma manera, hemos experimentado reformas laborales con acuerdo, así se han visto numerosas de éstas que no han sido precedidas de uno de éstos. Aunque en estos casos siempre se ha intentado, si quiera *pro forma*, lograr un pacto social que legitime la intervención del legislador laboral. Lo que no habíamos tenido hasta ahora, al menos que yo sepa, han sido cambios legislativos en contra de acuerdos interconfederales, esto es, ignorando lo negociado por los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas inmediatamente antes de la adopción de las medidas gubernamentales. Esto es lo que ha pasado con el documento que ahora se estudia, el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (en adelante II AENC)⁵.

Hasta ahora, en nuestra experiencia reciente ha sido la falta de acuerdo la que ha llevado a la intervención del legislador; con el II AENC ha ocurrido otra cosa: un pacto destinado en parte a evitar una reforma legislativa que se anunciaba, en parte a dirigir su contenido, ha sido dejado de lado por el Gobierno que ha adoptado las medidas que ha estimado convenientes con independencia de lo querido por los interlocutores sociales⁶. Frente a lo ocurrido durante la gestión socialista de la crisis, cuando la incapacidad de éstos de llegar a un acuerdo no impidió la intervención del Gobierno actuando como legislador laboral, el Gobierno popular ha optado por implementar su modelo de regulación del mercado de trabajo por sí mismo, sin apoyarse en acuerdo previo alguno aún habiéndolo.

Los años de gestión socialista de la crisis se caracterizaron por un fuerte componente de diálogo social, que acompañó prácticamente todas las medidas adoptadas por el Gobierno Zapatero en materia laboral, de empleo y de pro-

⁵ Un primer comentario a este texto en Blasco Lahoz et al., “*La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.60.

⁶ Se plantean si estamos ante una “crisis de la legislación negociada” Blasco Pellicer et al., en su trabajo “*La reforma laboral en el RDL 3/2012*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.14

tección social. Este diálogo había comenzado antes de 2007, prácticamente a partir del acceso al poder del Partido Socialista Obrero Español. El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo de 2006 representó el mayor logro de este primer período, manifestando la apuesta por un modelo negociado de las políticas laborales en un contexto de crecimiento económico⁷. Una vez producida la crisis y constatados sus efectos (y reconocidos finalmente por el Gobierno), la reacción frente a ésta mantuvo el modelo de legislación negociada, promocionando los acuerdos que legitimaran las medidas que los problemas económicos (y los mercados) exigían. Esto dio lugar al inicio de varios procesos de diálogo social paralelos, algunos de los cuales llegaron a buen fin, y otros no tanto. Las dos grandes leyes laborales del período, el RDL 10/2010 y el 7/2011, que recogieron el núcleo de las reformas socialistas de la crisis, se aprobaron una vez constatado el fracaso del diálogo entre los interlocutores sociales respecto de los cambios a introducir en las instituciones laborales nucleares; los cambios en la Seguridad Social, de gran alcance, sí se produjeron previo pacto de éstos en el Acuerdo Social y Económico de 2011. Este diálogo continuó tras el cambio de Gobierno a finales de este mismo año, cuando éste manifestó su intención de proceder a un nuevo paquete reformista de manera inmediata. Conocido a grandes rasgos el contenido de este paquete –que nunca llegó a desvelarse del todo antes de su aprobación–, las confederaciones sindicales y empresariales más representativas reaccionaron presentándose como los responsables primeros de adoptar las medidas necesarias en este contexto. Su propuesta fue la de que los cambios demandados se logaran vía negociación colectiva, introduciendo en el sistema negocial los elementos de flexibilidad salarial e interna que las empresas necesitaban. El II AENC se presenta así como una alternativa a la intervención del legislador, apuntando a los mismos problemas y carencias que el RDL 3/2012 vino eventualmente a afrontar.

Durante este período los interlocutores sociales mantuvieron en paralelo su dinámica de gobierno pactado del sistema de negociación colectiva, firmando el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012, que pretendió adaptar el instrumento tradicional desde la década de los 90 del siglo pasado, el de ANC, a un contexto radicalmente diferente y mucho más complicado. Nuevo nombre y nueva duración expresaron esta búsqueda de soluciones adecuadas a la nueva situación. El II AENC se presenta también como una actualización de este primer AENC, al que deroga y sustituye.

De esta manera, el II AENC tiene una naturaleza peculiar, de tal modo que puede analizarse desde dos perspectivas, al coincidir distintos roles en un

⁷ Este acuerdo fue implementado, como es sabido, por el RDL 5/2006, sobre medidas urgentes para la mejora del crecimiento y el empleo. Un estudio de su contenido en un número monográfico de esta misma revista *Temas Laborales*, el 85 de 2006, “Monográfico sobre la reforma laboral de 2006”, muy similar a éste en su planteamiento y contenidos.

mismo documento. Por una parte, es uno más en una serie de acuerdos con idéntico objeto y parecida denominación, destinados a coordinar y dirigir el desarrollo de nuestro sistema de negociación colectiva. Textos de este tipo de aprueban de manera recurrente en nuestra práctica laboral, en todo tipo de contextos económicos, y se han convertido con el tiempo en una seña de identidad de ésta. Por otra parte, es un acuerdo de reforma laboral, que se firma en el curso de un proceso de cambios legislativos anunciados por un Gobierno que acaba de llegar al poder, y que debe implementar su modelo laboral. Desde este segundo punto de vista, enlaza con otros pactos de contenido más amplio también frecuentes en nuestra experiencia laboral. Pactos destinados a definir el contenido de las iniciativas legislativas posteriores, partiendo de una doble justificación para ello: la legitimación exclusiva de los interlocutores sociales para tratar las cuestiones laborales y de empleo; y la constatación de que las reformas legales huérfanas de pacto social previo no han llegado a tener éxito. Nos encontraríamos frente a un gobierno concertado no de la negociación colectiva, sino de las políticas laborales y de empleo.

En esta segunda vertiente el II AENC ha tenido escasa fortuna, en cuanto no logró su objetivo principal, obviar la intervención del legislador laboral. Tampoco el RDL 3/2012 acoge por completo lo que los interlocutores pactaron unos días antes. Todo esto nos debe llevar, quizás, a replantearnos el verdadero comportamiento de nuestro sistema de relaciones laborales, más allá de las asunciones tradicionales sobre la relevancia de la concertación social como motor de la evolución legislativa del Derecho del Trabajo en España. Los dos grandes momentos reformadores en éste, el de 1993-1995 y el de 2009-2012, se han producido sin acuerdos sociales previos; es más, se desarrollaron generando una contestación seria, huelgas generales incluidas. Y aun así, se aprobaron. Las reformas que han desarrollado acuerdos interconfederales, pasada ya la edad dorada de la transición y los primeros años 80 del siglo XX, han sido de una importancia mucho menor, y las medidas que contenían en muchos casos no han pervivido. Pensemos en la legislación de 1996 sobre tiempo parcial, de 1997 sobre estabilidad en el empleo, de 2005 en desarrollo el Acuerdo Interconfederal para la Mejora del Crecimiento y el Empleo...

Lo relativo a la Seguridad Social es diferente. En nuestra experiencia reciente sus reformas, tan obligadas como las laborales, sí se han producido previo el consenso de sindicatos y asociaciones empresariales más representativas. No debemos olvidar, sin embargo, que este campo el acuerdo ha sido la regla en los últimos años, desde la celebración del Pacto de Toledo. Es posible que este carácter de nuestro sistema público de protección social, el estar algo protegido del debate político, explique que se haya seguido la metodología tradicional de la legislación negociada. Esto es, la firma de un Acuerdo Social y Económico, seguida de la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre

actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que sigue fielmente lo establecido en este acuerdo⁸.

No quiero decir que en España el diálogo social carezca de importancia. Basta comprobar la relevancia real de nuestros interlocutores sociales, que operan como actores de primera división en el intercambio político. Sus opiniones siguen siendo relevantes; sus líderes, reconocidos y poderosos. Lo que pienso es que quizás estemos llegando a una fase diferente en la forma de participar de estos sujetos en el intercambio político. El diálogo social se estaría convirtiendo, si tengo razón, en una fase previa a la adopción real de la decisión legislativa, que serviría sobre todo para comprobar la posición de cada uno de los interlocutores sociales, y lo alejado de estas posiciones. El proceso de intercambio sería así más importante que el propio acuerdo al que eventualmente se pueda llegar. Entre otras cosas, porque el que se llegue a pactar deja al Gobierno en una posición incómoda, prácticamente obligado a implementar lo decidido por estos interlocutores sociales, que no han de responder, como él mismo, ante mercado o sujeto supranacional alguno. Formalmente éste se presenta como una especie de “reformador de último recurso”, cuya intervención se pretende subsidiaria de un acuerdo de estos interlocutores en vía de diálogo social. La realidad es otra: un Gobierno que retiene intacto su poder de decisión, y que todo lo más adopta un papel cuasiarbitral aceptando parte de lo propuesto por unos y por otros en el contexto de su propia política laboral y de empleo. La falta de acuerdo le ha facilitado las cosas al Gobierno socialista, más que lo contrario. En cambio la firma del II AENC 2012-2014 se las complicó al popular, que tuvo de asumir el coste político de ignorar lo pactado por unos interlocutores sociales que en España se sigue pensando que ostentan la legitimidad inicial para modificar las leyes del trabajo. Por esto siempre hay diálogo social cuando de cambiar estas leyes se trata; por esto lo que se acuerde o deje de acordar no resulta tan relevante⁹.

⁸ Por todos J.L. Monereo Pérez, “La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 25, 2011.

⁹ Si esto es así, esta forma de proceder compensaría una de las principales carencias del proceso legislativo en materia laboral de los últimos años, la exclusión de la intervención del Consejo Económico y Social. Dado que las reformas se articulan sistemáticamente por la vía de la legislación de urgencia, este órgano no llega a expresar su opinión sobre éstas; carecemos, de hecho, de dictamen del CES sobre la mayoría de nuestras normas laborales relevantes recientes. Al menos mediante la consideración de lo expresado por los interlocutores sociales en el diálogo social previo,

2. EL II AENC COMO ESLABÓN DE UNA SAGA

En este apartado me fijaré en el II AENC en cuanto última manifestación hasta la fecha de una larga serie de acuerdos de ordenación de la negociación colectiva cuyo origen podemos encontrarlos en nuestro país en la década de los ochenta del siglo pasado¹⁰. Nuestras primeras experiencias de concertación social se producen, como es sabido, a partir de la transición, siendo estos acuerdos uno de los rasgos más característicos de las relaciones laborales de la época¹¹. Los grandes acuerdos de la “edad de oro” de la concertación social en España, los que se prolongaron sin solución de continuidad desde los Pactos de la Moncloa de 1977 al Acuerdo Económico y Social de 1984, que marca el final del período, tuvieron un contenido muy extenso, sin que pudieran considerarse en sentido estricto acuerdos negociales. La presencia del Gobierno en estos pactos condiciona también que puedan ser tomados como antecedentes del II AENC. Ello no obstante, en muchas ocasiones vinieron a cumplir esta función.

El Acuerdo Básico Interconfederal (ABI) de 1979 definió un modelo de ordenación del mercado de trabajo y las relaciones que eventualmente se tradujo en la aprobación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores en 1980. Pero no llegó a recoger compromisos específicos de las partes a plasmar en los convenios colectivos. Siendo un texto dedicado fundamentalmente a la negociación colectiva, la trataba en un plano diferente, marcando directrices para su regulación legal. Es por ello que debe ser excluido de la saga que ahora se presenta.

El Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva (AMI) de 1980 contenía ya previsiones específicas sobre el contenido de la negociación colectiva, incluyendo compromisos tanto sobre el contenido de ésta (jornada, salarios, control del absentismo) como sobre su organización y funcionamiento (estructura negocial; conciliación, mediación y arbitraje; papel de la representación sindical en la empresa).

El siguiente acuerdo de la serie, el Acuerdo Nacional de Empleo (ANE) de 1981 mezclaba también entre sus contenidos los específicos sobre negociación colectiva con otros más amplios sobre política de empleo, laboral y de Seguridad Social. Entre las primeras destacó la fijación de una banda salarial

¹⁰ Un completo estudio de esta experiencia en J. I. Pérez Infante, “La concertación y el dialogo social en España: 1977-2007”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 81, 2009. Véase también Analistas de Relaciones Industriales, “25 años de concertación social: a modo de crónica”, *Relaciones laborales*, nº 23-24, 2010, pg. 181-228.

¹¹ En extenso J. Roca Jusmet, “La concertación social”, en Miguélez y Prieto, “*Las relaciones laborales en España*”, Siglo XXI, Madrid, 1991

que sirviera de referente a los negociadores de convenios, que se acordó entre el 9% y el 11%; la previsión de un sistema de inaplicación del régimen salarial para empresas con pérdidas; revisión del incremento salarial previsto si la inflación real supera a la prevista por el gobierno; y compromisos de creación de empleo.

El Acuerdo interconfederal (AI) de 1983 se ocupó sobre todo de cuestiones relativas a la negociación, lo que incluía medidas sobre salario, jornada, reducción del absentismo laboral, el aumento de la productividad por ocupado, mediación, arbitraje y conciliación y estructura de la negociación colectiva¹².

El último gran acuerdo de esta primera saga, el Acuerdo Económico y Social (AES) de 1984 presentaba también una naturaleza y finalidad compleja. Aparecía en éste un acuerdo tripartito, firmado por CEOE, CEPYME, UGT y el Gobierno de la Nación, por el que éste último asumía una serie de compromisos en materia de empleo, Seguridad Social y política laboral¹³. Y una serie de acuerdos bipartitos entre los interlocutores sociales firmantes que entre otras cosas incluían el establecimiento de una banda salarial para los incrementos salariales pactados durante la vigencia del AES; compromisos sobre productividad y absentismo; estructura de la negociación colectiva; y procedimientos voluntarios para la solución de conflictos laborales.

La crisis de la concertación iniciada a partir de 1985 afectó también a la ordenación pactada de la negociación colectiva, que a partir de esta fecha sólo va a producirse a nivel autonómico, por medio de las distintas experiencias de mesoconcertación social que el desarrollo del Estado de las autonomías trajo consigo durante las décadas de 1980 y 1990¹⁴.

¹² A. Mulas García, “Los pactos sociales españoles: De la Moncloa al Acuerdo Interconfederal/83: A modo de introducción histórica al AI/83”, *Documentación laboral*, Nº 7, 1983, pg. 95-122.

¹³ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, “Acuerdo económico y social y su impacto en las relaciones laborales”, *Boletín del Círculo de Empresarios*, Nº 28, 1985, pgs. 65-82; J. A. Sagardoy Bengoechea, “Apuntes breves sobre el Acuerdo Económico y Social (1985/86)”, *Papeles de economía española*, Nº 21, 1984, pgs. 236-24; A.M. Rubio Castro, “El neocorporativismo español: El Acuerdo Económico y Social (1985-1986)”, *Revista de estudios políticos*, Nº 50, 1986, pgs. 213-240.

¹⁴ En extenso J. Aragón et al., “*La concertación social territorial en España. Una aproximación a los acuerdos autonómicos*”, Documentos de la Fundación Primero de Mayo, nº2, 2008. También J. Cosubiela Conesa, “*Diálogo y concertación social en la España de las Autonomías*”, Ediciones GPS, Madrid, 2007

PRINCIPALES ACUERDOS DE ORDENACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
<ul style="list-style-type: none"> • Acuerdo marco interconfederal para la negociación colectiva (AMI) 1980 • Acuerdo nacional sobre empleo (ANE) 1982 • Acuerdo interconfederal (AI), 1983 • Acuerdo económico y social (AES), 1984 • Acuerdo para la Negociación Colectiva 1997 • Acuerdo para la Negociación Colectiva 2002 • Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003 • Prórroga para el año 2004 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003 • Acuerdo para la Negociación Colectiva 2005 • Prórroga para el año 2006 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2005 • Acuerdo para la Negociación Colectiva 2007 • Prórroga para el año 2008 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2007 • Compromiso de Actuación entre CEOE y CEPYME, y CCOO y UGT, sobre la Negociación Colectiva pendiente de 2009. • Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012. • Compromiso de Actuación entre CEOE y CEPYME, y CCOO y UGT, sobre la Negociación Colectiva pendiente en 2011 • II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.
Fuente: elaboración propia

Por lo que se refiere a Acuerdos específicos de ordenación de la negociación colectiva¹⁵, debemos tomar como fecha de referencia para marcar el inicio de esta serie el Acuerdo para la Negociación Colectiva 1997¹⁶. Este importante texto, que puso fin a una larga etapa de sequía de este tipo de documentos conocida como “la crisis de la concertación social”, se produjo en

¹⁵ Una recopilación de todos estos acuerdos puede encontrarse en el portal web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en concreto en la dirección electrónica siguiente: http://www.mejss.es/es/sec_trabajo/ccnc/D_AspectosNormativos/AcuerdosInterconfederales/index.htm. Un análisis de los mismos muy completo, aunque a estas alturas desactualizado, en D. M. Cairós Barreto, “Los acuerdos interconfederales para la negociación colectiva 2002-2008. Una experiencia satisfactoria que se ha consolidado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social IUSTEL*, nº 17, 2008.

¹⁶ BOE de 6 de junio de 1997. La bibliografía sobre este acuerdo es muy amplia, como no podía ser menos dada su importancia, en cuanto relanzamiento de la concertación social española, y en cuanto diseño completo de un modelo coherente de negociación colectiva. Entre otros muchos pueden consultarse los trabajos de M. E. Casas Baamonde, “Diálogo y concertación social: El Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva”, *Relaciones laborales*, Nº 1, 1997, pg. 88-105; J. García Murcia, “Naturaleza jurídica y rasgos generales del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 8, 1998, pg. 99-124; A. Ferrer Sais, “El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva”, *Relaciones laborales*, Nº 1, 1998, pg. 1255-1262. K. M. Santiago Redondo, “El acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva, en F. Valdés Dal-Ré (coord.), “La reforma pactada de la legislación laboral y de seguridad social”, Madrid, 1997, pg. 203-250

combinación con otros acuerdos de esta misma naturaleza dedicados cada uno de ellos a afrontar un problema concreto de nuestras relaciones laborales (estabilidad en el empleo, cobertura de vacíos provocados por la desaparición de las ordenanzas laborales), por lo que pudo dedicarse de manera monográfica a esta materia¹⁷.

Este acuerdo no tuvo un gran impacto en nuestra dinámica negocial, ni disfrutó de continuidad. De hecho, no volvemos a encontrar otro pacto de esta naturaleza hasta el año 2002, una vez superada la “segunda crisis” de la concertación social en España, la que siguió casi inmediatamente a los acuerdos de 1997. A pesar de ello fue un documento muy importante en la historia laboral reciente de nuestro país, porque diseñó el modelo de los acuerdos similares que volvieron a producirse en la década siguiente, y que tienen en el que aquí se estudia la última manifestación hasta el momento. Y también porque vino a establecer un diseño ideal de ordenación del mapa negocial español, basado en el predominio de los convenios colectivos estatales y en su articulación con otras unidades inferiores, que es el que ha guiado la actuación de los interlocutores sociales desde entonces¹⁸.

A partir de 2002 se vuelve a una dinámica de suscripción de acuerdos en la cumbre para orientar la actuación de los negociadores a lo largo de todo el sistema. Con una vigencia anual, y una periodicidad bianual mediante una práctica de prórrogas casi automáticas, estos pactos han estado presentes casi de manera continua en nuestra realidad laboral, de tal manera que sólo en 2009 no hubo formalmente uno de aplicación durante este año¹⁹. Esta dinámica, ori-

¹⁷ A. Espina, “El “Guadiana” de la concertación neocorporatista en España- de la huelga general de 1988 a los acuerdos de 1997”, en Miguélez y Prieto, “*Las relaciones de empleo en España*”, Siglo XXI, Madrid, 1999.

¹⁸ F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, “Estructura negocial y distribución de contenidos de los convenios en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 8, 1998, pgs. 125-140

¹⁹ Entre otros, X. Solà i Monéís, “Comentario al Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva 2005”, *IUSLabor*, nº2, 2005, accesible en <http://www.upf.edu/iuslabor/022005/art08.htm>; C. Molina Navarrete, “Una fase frustrada del actual proceso de reforma laboral: el autodenominado Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva 2002”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Nº. 231, 2002, pg. 27-74; M. Cardenal Carro, “El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002 (ANC-2002)”, *Aranzadi social*, Nº 5, 2001, pg. 293-312; J. Cruz Villalón, “El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 desde la perspectiva jurídica”, *Relaciones laborales*, Nº 2, 2003; F. Valdés Dal-Re, “El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, 2003”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 2, 2003; N. Serrano Argüello, “A propósito del acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2005”, *Información laboral*, Nº 19, 2005, pg. 2-24; Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero Y Valdés Dal-Re, “El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002”, *Relaciones laborales*, Nº 1, 2002, pg. 19-36. F. A. González Díaz, “El acuerdo interconfederal de negociación colectiva 2003: ¿un acuerdo para el empleo?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Nº. 241, 2003, pg. 3-28

ginada en momentos de crecimiento económico, se mantuvo cuando las dificultades económicas eran ya evidentes en España. El principal cambio fue el cambio en su periodicidad que se produjo en 2010, cuando se firmó un acuerdo de duración trianual, llamado a dotar de estabilidad y contención salarial al sistema como contribución de los interlocutores sociales a la recuperación económica. Este pacto, llamado “Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012”, estaba llamado a servir de cauce para todo el período que se preveía necesario para hacer posible la salida de la crisis²⁰. Sin embargo, el deterioro del empleo y el cambio de Gobierno en el país obligaron a los interlocutores a aprobar un nuevo pacto, llamado a responder tanto al cambio en las circunstancias como a las presiones reformadoras del nuevo Ejecutivo.

La ubicación del II AENC en esta serie de pactos de ordenación negocial es clara. La encontramos en su contenido, dirigido a fijar los contenidos de la negociación colectiva a desarrollar durante su vigencia en todas las unidades del país, siendo éstos los destinatarios del mismo. Es evidente en su denominación, que reproduce la del pacto inmediatamente anterior, del que se presenta como una segunda edición. Los interlocutores sociales también la aceptan, cuando en el capítulo V del Acuerdo, en el momento de fijar su ámbito temporal, afirman que éste “*tiene una vigencia de tres años, con fecha de inicio el 1 de enero de 2012 y de finalización el 31 de diciembre de 2014. En consecuencia queda derogado el I Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) en el año 2012 y sustituido por los contenidos del II AENC 2012-2014*”. Y también el Gobierno lo considera así, ya que Resolución de la Dirección General de Empleo de 30 de enero de 2012 que registra y publica el II AENC se dice que esto se hace “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.2 en relación con el artículo 90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.

Nos encontramos, formal y materialmente, ante uno más de las grandes convenciones sobre estructura y contenidos de la negociación, adaptado en éstos, pero también en su denominación y duración, a las circunstancias presentes.

²⁰ Entre otros comentarios a este acuerdo, me remito a los de F. Valdés Dal-Ré, “El acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011 y 2012)”, Diario La Ley, Nº 7411, 2010; A. V. Sempere Navarro, “El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 9 de febrero 2010”, Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 1, 2010, pg. 9-16; I. Sagardoy De Simón, “Acuerdo para el Empleo y Negociación Colectiva, un instrumento para dinamizar la economía y mejorar los niveles de consumo e inversión”, Capital humano, Año nº 23, Nº Extra 243, 2010, pg. 56-60.

3. EL AENC Y LA REFORMA DEL PERÍODO DE CRISIS MUNDIAL (2007-..)

En este apartado me ocuparé de la segunda perspectiva que anuncié al principio de este trabajo, del II AENC como un elemento más en un proceso de reformas que se ha producido en nuestro Derecho del Trabajo con ocasión y como consecuencia de la tremenda crisis económica que sufrimos. Un elemento que sigue cronológicamente a las últimas medidas importantes adoptadas por el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, el RDL 71/2011, de Medidas Urgentes de Reforma de la Negociación Colectiva²¹, y de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social²²; y que precede inmediatamente a la primera de las adoptadas por el Gobierno del Partido Popular que lo sustituyó, el RDL 3/2012²³; norma a la que se dedica este número monográfico de Temas Laborales. Se colocaría, así, a caballo entre las reformas socialista y la popular, aunque bajo la influencia de este segundo Gobierno.

De acuerdo con nuestra manera tradicional de percibir los cambios normativos, el RDL 3/2012 supone una “reforma” en sí misma, la de 2012, que sucede a las inmediatamente anteriores de 2010 y 2011²⁴. El difícil momento de la economía española habría forzado el ritmo de transformación de nuestro Derecho laboral, haciendo realidad eso que antes se decía de broma de que en España tocamos a una reforma por año. Así las cosas, la sucesión de los RDL 10/2010, 7/2011 y 3/2012 marcaría una paralela serie de reformas, denominadas en función del año de aprobación de la norma que las contiene. Seguramente este tipo de análisis tenía sentido en otros contextos, cuando los procesos de adaptación de nuestro Derecho tenían otro ritmo, y se espaciaban más. En esta crisis, cuando todas las normas se aprueban con el mismo objetivo de combatir sus efectos, y cuando comparten una misma lógica, tendríamos que cambiar de perspectiva.

²¹ Sobre este RDL, J. Gorelli (coord.), *“El nuevo Derecho de la negociación colectiva”*, Tecnos, Madrid, 2012; y García-Perrote Escartín & Mercader Uguina (coords.), *“La reforma de la negociación colectiva”*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

²² J. A. Panizo Robles, “Una nueva reforma de la Seguridad Social: comentario a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Nº. 343, 2011, págs. 53-160; P. Martínez Botello, “Actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social”, *Actualidad laboral*, Nº 19, 2011, pg. 3.

²³ Además de los trabajos que se citan a lo largo de estas páginas sobre este RDL, pueden citarse los trabajos de E. Ortega Prieto & E. Ortega Figueiral, *“La Reforma Laboral 2012”*, Editorial La Ley, 2012; A. V. Sempere Navarro & R. Martín Jiménez, *“Claves de la Reforma Laboral”*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012; B. Varela Aufrán, “Nota de urgencia sobre la reforma laboral aprobada”, *Diario La Ley*, 6 Mar. 2012.

²⁴ Un completo y valioso análisis en M.E. Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer & Valdés Dal-Ré, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2012.

A mi juicio, nos encontramos ante una única reforma laboral, que se está desarrollando y ajustando de manera continua a lo largo de un período ya bastante prolongado, y que coincide con el impacto de la crisis económica en nuestro país. Una reforma cuyas primeras manifestaciones se producen en el año 2009, centradas en medidas de intervención en el mercado de trabajo²⁵; que se continúa en 2010 con, entre otras cosas, una importante reforma laboral y del mercado de trabajo²⁶; que se intensifica en 2011 con dos normas que suponen importantes cambios en nuestra negociación colectiva y nuestro sistema de Seguridad Social pública; y que culmina, por el momento, con una nueva norma de emergencia en el año 2012, que es la que se estudia en este número monográfico. Una reforma única, que supone la acumulación de varias medidas que se han sucedido en el tiempo en reacción al empeoramiento de la situación económica y a las crecientes presiones internacionales. Que ha sido desarrollada por tres ministerios y dos Gobiernos, cada uno de los cuales ha intentado adoptar las medidas con un procedimiento y contenidos coherentes con su programa e ideología. Que ha provocado dos huelgas generales y una del empleo público, hasta el momento. Que no ha dejado a casi nadie satisfecho, por exceso o por defecto.

Esta sucesión de cambios ha afectado a la práctica totalidad de las instituciones jurídico-laborales relevantes en nuestro Derecho. Aunque han sido las modificaciones en la ordenación del contrato de trabajo y la negociación colectiva las que más atención han recibido, no podemos olvidar que durante este período se ha alterado sustancialmente la regulación del mercado de trabajo, que ha culminado una evolución iniciada entre nosotros en 1993; se han introducido cambios importantes en nuestro sistema público de Seguridad Social; se ha derogado la Ley de Procedimiento Laboral, sustituyéndola por un texto nuevo con otra denominación (y que a las semanas de su entrada en vigor había sido ya modificada), y así. Nuevas redacciones en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social, la Ley de Empleo, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social... Sumando los cambios producidos podemos decir que el Derecho del Trabajo de 2012 se parece poco al que teníamos antes de comenzar a sufrir la crisis. Sólo dos sectores principales se han librado hasta la fecha: el Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo (paradójicamente, el que en condiciones nor-

²⁵ F.J. Calvo Gallego, "Crónica legislativa del derecho social en el año 2009: esperando la reforma del mercado de trabajo", *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 8, 2010, pgs. 433-481. También F.J. Calvo Gallego & Rodríguez-Piñero Royo, "Colocación y servicios de empleo", Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.

²⁶ Rodríguez-Piñero Royo, "El Derecho del Trabajo en 2010: un año de reformas", Crónica legislativa del derecho social en el año 2009: esperando la reforma del mercado de trabajo", *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 9, 2011

males experimenta un mayor ritmo de cambio)²⁷; y el del Derecho Sancionador laboral, cuyo texto principal sólo se ha alterado lo indispensable para asumir los cambios producidos en el Derecho sustantivo laboral.

Hemos experimentado una única reforma, si se quiere, con dos fases o momentos, el socialista y el popular, cada uno de los cuáles ha supuesto una interpretación distinta de lo que el país necesitaba para afrontar la emergencia económica. Pero que tienen en común muchas más cosas de lo que a primera vista pudiera parecer.

Comparten, desde luego, el carácter de ser respuestas, directas y expresas, al desempleo provocado por la crisis económica. Son, sin complejos, manifestaciones de un “Derecho de la emergencia”, como a los laboristas nos gusta llamarlas. Habrá que ver, con el tiempo, cuánto han tenido estas normas de emergencia, destinadas a desaparecer una vez superadas las dificultades, y cuánto de “nuevo Derecho del Trabajo”, de una manera diferente de entender la ordenación jurídica de las relaciones laborales y el mercado de trabajo. Lo que cada hito legislativo a lo largo del proceso tenga de lo uno y de lo otro está por ver, aunque la continuidad de ciertas medidas durante todo el período parece anunciar la permanencia de las mismas

Tienen en común todas las normas de este período los objetivos, todos ellos en torno a la lucha contra el desempleo, la prioridad nacional. A lo largo de las sucesivas normas que conforman este proceso encontramos unas mismas referencias a la atención a colectivos peculiares de desempleados, a la lucha contra la segmentación de nuestro mercado de trabajo, al fortalecimiento de la flexibilidad interna... Una lectura de las Exposiciones de Motivos de las sucesivas normas laborales de este período pone de manifiesto que al menos en cuanto a sus objetivos éstas están claramente alineadas²⁸.

²⁷ Esta falta de producción normativa en materia preventiva se debe a múltiples factores, y no debe interpretarse necesariamente como la expresión de una pérdida de prioridad en la agenda del legislador laboral. Por ejemplo, la Unión Europea ha paralizado casi por completo la aprobación de directivas específicas de desarrollo de la Directiva marco 89/391, y éstas eran el verdadero motor de los cambios legislativos en todos los Estados miembros de la Unión.

²⁸ Reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad; reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales; y elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, para la Ley 35/2010. Favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica; introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos; adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, para el RDL 7/2011. Establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país, para el RDL 3/2012.

El procedimiento ha sido formalmente similar: un anuncio de la necesidad de adoptar medidas por el Gobierno, seguido de un proceso de diálogo social que al final fracasa en su objetivo de determinar el contenido de los cambios (en 2010 y 2011 porque no se consiguió el acuerdo, en 2012 porque se ignoró éste), para que al final, después de varios meses dedicados a consensuar las iniciativas, el mismo Gobierno las apruebe mediante un Real Decreto-Ley²⁹. Materialmente han existido sustanciales diferencias procedimentales en el momento socialista y el popular. El primero de los gobiernos reformadores incentivó el acuerdo social, y esperó pacientemente a que éste se produjera; fue la constatación de su falta de resultados lo que le hizo pasar a la fase de intervención directa y unilateral. Además, se involucró directamente en él haciéndoles llegar a los negociadores sus propias visiones sobre los temas a tratar, y lo que se debía lograr respecto de éstos. Esta técnica, unida a la visibilidad de los problemas laborales ante un desempleo desbocado, produjo un debate muy intenso y rico en sobre lo que el país necesitaba en este campo. Intervinieron académicos, organizaciones profesionales, servicios de estudios, profesionales especializados... Nunca se han oído tantas voces antes de una reforma laboral; y muchas de éstas provenían de organismos internacionales, cuya visión de nuestra realidad, no siempre acertada, tuvo un impacto desproporcionado en estas discusiones.

El gobierno popular adoptó un enfoque radicalmente diferente. Seguramente mucho más condicionado por los tiempos, dejó clara su voluntad de no demorar su acción, lo que supuso una importante presión para los interlocutores sociales. Aún así llegaron a firmar en plazo el acuerdo que ahora se comenta. En contra de lo hecho hasta entonces, no circularon las ideas y proyectos del Gobierno, que actuó con bastante secretismo. Esto no impidió que se presentaran propuestas por parte de diferentes entidades y organismos, que incluyeron grandes despachos de abogados. El nivel del debate fue indudablemente mucho menor que en el período anterior, centrándose más en la adivinación de lo que el Gobierno pretendía que en la sugerencia a éste de medidas concretas.

Los dos momentos reformadores se han centrado en unos mismos temas, que han sido por otra parte los clásicos de los debates laborales en nuestro país: despido, contratación laboral, negociación colectiva, flexibilidad interna... De hecho, la reforma popular se apoya en las medidas ya adoptadas por el Gobierno socialista, ahorrándose de esta manera parte del coste social que suponen, y que éste ya afrontó. Con la técnica de “otra vuelta de tuerca” se avanza en unos cambios ya presentes en los reales decretos-leyes del período anterior;

²⁹ Siguen siendo válidas a este respecto las conocidas reflexiones de F.J. Calvo Gallego & A. M. Carmona Contreras, “Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley: sobre los posibles excesos en la apreciación de la urgencia y de la delegación reglamentaria en el RDL 5/2002”, *Relaciones laborales*, N° 1, 2003, pgs. 469-514

en muchos casos, propiciando unos cambios formalmente cuantitativos que sin embargo, por su impacto en la institución afectada, se hacen cualitativos.

A pesar de lo que pudiera pensarse, creo que podemos encontrar también un modelo común que inspira, aunque con distinto grado, las medidas adoptadas durante los dos momentos de la reforma. Este modelo sería el de la “flexibilidad negociada”, señalado ya por el Gobierno socialista como objetivo antes de la crisis, y al que se ciñó durante ésta³⁰. Lo que incluye un marcado protagonismo del convenio colectivo como fuente de soluciones flexibles para la gestión de las plantillas de las empresas; la capacidad de adaptar los contenidos de los convenios durante su vigencia; y la previsión de una fase de consulta con la representación de los trabajadores en la adopción de las grandes decisiones empresariales de adaptación de éstas. La denominación se remonta al Informe del Comité de Expertos para el Diálogo Social de 2005³¹, que se inclinaba por este paradigma, que puede considerarse la versión española de la flexiguridad. Una vez afectados por la crisis, el Gobierno socialista aprobó sus RDL 10/2010 y 7/2011 siguiendo este diseño. El RDL 3/2012 corrige muchas de las medidas de estas dos normas principales, y aún así sigue inspirándose, si quiera formalmente, en esta idea de flexibilidad negociada. Los mecanismos de flexibilidad interna y externa que viene a establecer esta norma mantienen el reconocimiento del papel de la negociación en los distintos procesos de ajuste que ésta prevé. En 2012 hay más flexibilidad que en 2010 y 2011, sin duda alguna; pero sin llegar a excluir la negociación. La diferencia entre la visión socialista y la popular de la flexibilidad negociada es muy relevante, con todo: para la primera, como regla general la aplicación de las medidas de adaptación exigía no solo la negociación con los representantes de los trabajadores, sino también el acuerdo con éstos, sin el que muchas de ellas no podían aplicarse. Para la segunda, la expresada en el RDL 3/2012, la regla es que la decisión empresarial puede aplicarse incluso sin la aprobación de estos representantes, sometiéndose tan sólo a un control *a posteriori*, atribuido de forma genérica a la jurisdicción social.

Dentro de esta reforma larga, con los dos momentos indicados, se ha producido también una sucesión de acuerdos interconfederales y de procesos de diálogo social en la cumbre. Esto era de esperar, dada la estrategia utilizada generalmente en España respecto de las modificaciones importantes de la legislación laboral. Tampoco hubiera sido razonable que los agentes sociales no hubieran participado en este proceso de cambios. En el contexto de esta reforma, el II AENC se inserta como un elemento más dentro de esta serie de acuerdos sobre diversas materias celebrados entre los sindicatos y patronales

³⁰ De “flexiguridad a la española” hablan Blasco Pellicer et al., op.cit. supra, pg.16.

³¹ Un estudio de este informe en M. Cardenal Carro, “El informe de la Comisión de expertos para el diálogo social de enero de 2005”, *Aranzadi social*, N° 5, 2004, pgs. 329-334.

más representativos del Estado, la mayoría de ellos sobre ordenación de la negociación colectiva, otros sobre cuestiones particulares de la legislación laboral y de seguridad social. En el cuadro adjunto se indican los más relevantes.

ACUERDOS INTERCONFEDERALES DE LA CRISIS ECONÓMICA DE 2007
<ul style="list-style-type: none"> • Prórroga para el año 2008 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2007 • Declaración para el impulso del Economía, el Empleo, la Competitividad y el Progreso Social, Julio 2008 • Compromiso de Actuación entre CEOE y CEPYME, y CCOO y UGT, sobre la Negociación Colectiva pendiente de 2009. • Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012. • Compromiso de Actuación entre CEOE y CEPYME, y CCOO y UGT, sobre la Negociación Colectiva pendiente en 2011 • Acuerdo Social y Económico, febrero de 2011 • Documento sobre Diálogo Social Bipartito, de 9 de enero de 2012 • Acuerdo sobre el desarrollo de las previsiones sobre Mutuas y Absentismo laboral del Acuerdo Social y Económico, de 9 de enero de 2012 • Acuerdo sobre prórroga del Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional para el Empleo, de 9 de enero de 2012 • V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, de 9 de enero de 2012 • II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.
Fuente: elaboración propia

Es verdad que en esta saga de acuerdos de la crisis faltan dos que seguramente hubieran sido de los más importantes; dos acuerdos que no llegaron a firmarse, ante el alejamiento de las posiciones de los interlocutores sociales en las materias respectivas; y cuya ausencia fue suplida por una intervención decidida del legislador laboral socialista. Me refiero al acuerdo general sobre reforma laboral que se intentó firmar en 2010, durante un proceso iniciado y tutelado por el Gobierno socialista, previo a la aprobación del RDL 10/2010; y al acuerdo monográfico sobre modificación del marco legal de la negociación colectiva, que se discutió a lo largo de la primera mitad de 2011, antes de que el Gobierno aprobara el RDL 7/2011. La realidad es que tres de las cuatro grandes normas reformadoras del período se han aprobado sin acuerdo social que las fundamente; sólo la que quizás tenga una mayor proyección y futuro, la Ley 27/2011 que actualiza nuestro sistema de seguridad social se apoyó en un pacto social previo.

Así las cosas, podría pensarse que el diálogo social no ha funcionado durante este período, basándose en el volumen de cambios operados sin pactos sociales —o al margen de éstos—. Desde otro punto de vista, este fracaso es muy discutible. Ha habido acuerdos, y algunos muy relevantes, en momentos muy difíciles y complejos para el país. El Acuerdo Social y Económico de febrero

de 2011 es un verdadero logro por el alcance de las medidas que establece y su relevancia para el futuro del Estado del Bienestar en España. Los dos AENC han puesto de manifiesto una capacidad de negociación y de acercamiento muy destacable, con importantes sacrificios y renunciaciones para las partes firmantes. El modelo que recogían estos acuerdos era original, suponiendo importantes contribuciones al desarrollo de una negociación colectiva adaptada a los tiempos de emergencia. Con tiempo, su impacto en nuestra realidad negocial hubiera sido muy significativo. Ello en un momento en que, no lo olvidemos, los propios partidos políticos estaban demostrando su incapacidad para llegar a pactos de Estado para reaccionar frente a la crisis.

Seguramente la pretensión del Gobierno socialista de que todo cambio normativo viniera precedido del consenso de los agentes sociales era excesivamente optimista en un tiempo de graves dificultades económicas y fuertes presiones sobre éstos. Mantener la misma dinámica y procedimientos de sus primeros años de mandato, basados en el diálogo social, al período posterior a 2007 demostró ser irrealizable, sobre todo porque el alcance de los cambios exigidos era inalcanzable para los negociadores³²; y ello llevó a forzar unos procesos negociales en la cumbre llamados al fracaso. Esta sucesión de desacuerdos ha dado la impresión de que el diálogo social se ha vuelto inoperativo en España, cuando ello no es así. Que la primera reforma del Gobierno popular se haya realizado al margen de ese diálogo no es consecuencia de la falta de eficacia de éste, sino de una decisión política de éste basada en otras consideraciones.

4. CONTENIDOS DEL ACUERDO

El II AENC se articula en una Introducción y cinco capítulos, con los siguientes contenidos:

1. Estructura de la negociación colectiva. Flexibilidad interna
2. Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta
3. Criterios en materia salarial
4. Inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales
5. Naturaleza jurídica y ámbitos del Acuerdo Interconfederal

³² Para los sindicatos, porque se pusieron sobre la mesa medidas que en ese momento no podían apoyar, al colocarse más allá de las líneas rojas de su posición de entonces. Para las asociaciones empresariales, porque el nivel de expectativas generado por la crisis y los debates que la acompañaron era muy elevado, como lo eran también las exigencias de sus afiliados. En el contexto de 2010 y 2011 esperaban mucho más de una intervención del Gobierno que de lo que podrían acordar en el nivel interconfederal.

Para los propios firmantes, *“como aspectos más novedosos del II Acuerdo hay que señalar el capítulo de estructura de la negociación colectiva y flexibilidad interna”*. Estos dos aspectos aparecen recogidos en el Capítulo I. Respecto de la primera, se recoge un modelo que mantiene la clara prioridad de la negociación colectiva sectorial propia de todos los ANC desde 1997, que mantiene su función de vertebrar y articular el conjunto del sistema. Aunque también se detecta el reconocimiento de un amplio espacio para el convenio de empresa, espacio que se ha ido incrementando en los últimos ANC y que resultaba inexcusable en 2012, tras la reforma del Derecho colectivo español de 2011 y ante las ideas del Gobierno popular en esta materia. Es por ello que la ordenación de la negociación se hace, en palabras del acuerdo, *“apostando por la descentralización”*. Ahora bien, se trata de una descentralización particular, porque le sirve al II AENC para explicar su opción por *“preservar el ámbito provincial de negociación”*. Con esta opción sus firmantes se posicionan claramente respecto de una de las cuestiones centrales en los debates laborales recientes en España, el papel de esta unidad de negociación en el conjunto del sistema. Para los interlocutores sociales, estos convenios presentan dos ventajas: su proximidad a la empresa, y su amplia cobertura para empresas y trabajadores.

Por lo que se refiere a la flexibilidad interna, la verdadera joya de la corona del II AENC, éste se ocupa de definir con detalle la forma en que debe tratarse esta cuestión. Desde el punto de vista de los instrumentos de regulación, se dice que *“para las partes firmantes el convenio colectivo es el espacio adecuado para ordenar el uso flexible de elementos como el tiempo de trabajo y la movilidad funcional en un sentido complementario a las previsiones legales, (...) esta regulación deberá contemplarse como contenido mínimo del convenio”*. Desde el punto de vista de las medidas, se afirma que *“la flexibilidad interna en la empresa tiene tres conceptos sustanciales: tiempo de trabajo, funciones y salario”*. A partir de ahí se recoge un amplio elenco de medidas, distinguiendo entre una *“flexibilidad ordinaria”* y una *“flexibilidad extraordinaria temporal”*. En la primera se incluyen medidas sobre tiempo de trabajo y movilidad funcional; en la segunda, junto a éstas se incluyen otras de flexibilidad salarial.

El Capítulo II incluye las medidas destinadas a lograr una amplia gama de objetivos, relativos a *“Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta”*. La amplitud de los temas explica el número y la variedad de los temas que aparecen tratados en este capítulo, que fija los siguientes objetivos para los convenios colectivos:

- El mantenimiento y la recuperación del empleo.
- El fomento de la estabilidad del empleo y la reducción de la temporalidad, eliminando la injustificada, como garantía de competencia para las empresas y de seguridad para los trabajadores.
- El establecimiento de marcos que permitan a las empresas mantener y mejorar su posición en el mercado y su productividad, y adaptarse internamente ante circunstancias cambiantes, manteniendo el adecua-

- do equilibrio entre empresas y trabajadores.
- El cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
 - El desarrollo de instrumentos de información y de análisis para favorecer la adecuada adaptación a los cambios productivos, así como para el seguimiento de lo pactado en la negociación colectiva.
 - El desarrollo permanente de las competencias y la cualificación profesional.
 - La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales

En materia salarial, a la que se dedica el Capítulo III, el punto de partida es que *“todas las rentas deben realizar un esfuerzo conjunto. Tanto los salarios como los beneficios distribuidos deben evolucionar de forma moderada, de modo que permitan dirigir una mayor parte del excedente empresarial a inversiones de reposición y ampliación”*. A partir de aquí, se fijan unas directrices ciertamente moderadas para los salarios negociados en los tres años de vigencia de acuerdo:

1. En el año 2012, el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,5%, con una cláusula de actualización aplicable al final del ejercicio concretada en el exceso de la tasa de variación anual del IPC general español del mes de diciembre sobre el objetivo de inflación del Banco Central Europeo (2%).
2. En el año 2013, el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,6%, con una cláusula de actualización en los mismos términos que para 2012.
3. En el año 2014, el aumento de los salarios pactados debería ajustarse al ritmo de actividad de la economía española, según unos criterios fijados de acuerdo con el incremento del PIB a precios constantes en 2013

Junto a esto, se prevé que los convenios colectivos incluyan componentes adicionales de actualización de salarios basadas en la evolución de indicadores económicos asociados a la marcha de la empresa. Y se manifiesta el compromiso de las partes firmantes de garantizar el intercambio de información necesario para poder dar cumplimiento a estas cláusulas.

En el Capítulo IV encontramos una de las apuestas fundamentales del Acuerdo, la *“inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales”*. Este mecanismo, una de las grandes demandas empresariales durante todo el debate anterior a la firma del Acuerdo, y que el Gobierno Socialista había adelantado con su regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio, se presenta como una posibilidad a introducir por los convenios co-

lectivos sectoriales. La relevancia de este mecanismo y del cambio que supone en nuestro sistema de relaciones laborales se comprueba en el mismo texto del II AENC en este punto: se dice, en efecto, que “*se somete a la consideración de los legitimados para suscribir convenios colectivos sectoriales, la conveniencia de incluir cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo*”, dejando claro que no se quiere hacer imposición alguna en este respecto. En caso de que así lo estimaran conveniente, se establece el contenido de la medida, el procedimiento y las causas. Así, podrán inaplicarse de manera temporal algunas condiciones laborales “*por su mayor afectación a la flexibilidad interna*”; y éstas condiciones incluyen horario y distribución de la jornada de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento; funciones, “*cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley*” (sic)³³. Las causas deberán aparecer con anticipación en el propio texto del convenio, recomendándose a los negociadores que se defina asimismo no sólo el concepto sino también el referente que determina que se active la inaplicación.

En cuanto al procedimiento, se afirma que esta inaplicación sólo se podrá efectuar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa. En caso de acuerdo, se prevé que éste sea notificado a la Comisión Paritaria del convenio colectivo; a falta de éste, se permite que cualquiera de las partes pueda someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, y si ésta no alcanzara un acuerdo, se podrá recurrir al Sistema de Solución de Conflictos que sea de aplicación en dicho ámbito. Se establecen finalmente reglas sobre la documentación a entregar por la empresa, la duración temporal de la inaplicación, y el contenido del acuerdo sobre ésta.

El Capítulo V y último se dedica a la naturaleza jurídica y ámbitos del Acuerdo Interconfederal, incluyéndose prescripciones concretas sobre su duración y capacidad de obligar, previéndose el establecimiento de una comisión de seguimiento con diversas funciones en cuanto a su aplicación y renovación.

5. IMPACTO DEL ACUERDO

El impacto del II AENC puede evaluarse, una vez más, atendiendo a su doble naturaleza de acuerdo sobre estructura y contenidos negociales, y de pacto sobre renovación legislativa.

³³ En este apartado es claro que los firmantes del Acuerdo se limitaron a copiar lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores respecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en la redacción vigente en el momento de su firma; de ahí la referencia, carente de todo sentido, al “*artículo 39 de esta ley*”.

Desde la primera perspectiva, el II AENC está llamado a afectar al desarrollo de la negociación colectiva en el conjunto de España. En este sentido su impacto sólo podrá valorarse en el medio plazo, cuando comiencen a firmarse acuerdos a todos los niveles de acuerdo con sus previsiones. Ahora bien, es posible anticipar un impacto moderado de sus previsiones, por varias razones. La primera es la marcada desaceleración de los procesos de negociación en los últimos años, que ha llevado a una importante reducción en el número de convenios firmados; la consecuencia de ello será que la implementación de lo pactado en el II AENC en las distintas unidades de negociación tomará mucho más tiempo³⁴.

La segunda es la experiencia previa con este tipo de acuerdos. No siendo en modo alguno una figura nueva en nuestras relaciones laborales, lo cierto es que hasta ahora su capacidad de afectar al comportamiento de los negociadores de convenios ha sido muy limitada. Esto puede decirse de todos los acuerdos de ese tipo, comenzando por el antepasado de todos éstos, el AINC de 1997. Las críticas circunstancias de la economía debilitarán más que fortalecerán el impacto de este acuerdo sobre el conjunto de la estructura negocial.

La tercera es la naturaleza jurídica del instrumento finalmente suscrito por nuestros interlocutores sociales. Tras darle muchas vueltas a los compromisos que asumen las partes firmantes del Acuerdo, se reconoce casi de pasada que su naturaleza es obligacional³⁵. Y ello en una cláusula que comienza precisamente con el reconocimiento de la capacidad de éstas de haber llegado más adelante en su vinculabilidad, al afirmar que *“las Organizaciones signatarias, que tienen la condición de más representativas a nivel estatal, asumen directamente los compromisos del presente Acuerdo y se obligan, por tanto, a ajustar su comportamiento y acciones a lo pactado, pudiendo cada una de ellas reclamar de la otra el cumplimiento de las tareas o cometidos acordados”*. Encontramos aquí el rechazo a la naturaleza normativa de este tipo de acuerdo que es común en toda la larga serie de éstos que se han firmado a partir del AINC de 1997.

Los firmantes de estos acuerdos limitan el grado de compromiso que asumen al hacerlo. Y lo hacen más que por sí mismas como confederaciones, por las organizaciones que las conforman, a las que no se quiere limitar su autonomía negocial en los ámbitos respectivos, aún pudiendo hacerlo. Ésta es la gran

³⁴ Está por ver si una de las innovaciones más importantes del RDL 3/2012 en materia de negociación colectiva, la fijación de un límite máximo en la duración del período de ultraactividad de los convenios, llegará a dinamizar nuestros procesos negociales. La duración máxima impuesta a esta situación (dos años) parece excesiva para lograr este objetivo.

³⁵ *“Las Confederaciones firmantes deberán intensificar los esfuerzos para establecer con sus respectivas Organizaciones en los sectores o ramas de actividad, sin menoscabo de la autonomía colectiva de las partes, los mecanismos y cauces más adecuados que les permitan asumir y ajustar sus comportamientos para la aplicación de los criterios, orientaciones y recomendaciones contenidas en este Acuerdo cuya naturaleza es obligacional”*.

paradoja del gobierno negociado de la estructura convencional en nuestro país: siendo el objetivo de éste dirigir al conjunto de los convenios en una determinada dirección en cuanto estructura, vigencia y contenidos; y disponiéndose de instrumentos jurídicos definidos específicamente para este fin, los responsables de esta tarea no se deciden a hacer uso de todas las posibilidades de éstos³⁶.

No es éste el lugar para discutir el acierto o error de los interlocutores sociales más representativos del Estado cuando así han actuado. Ni tampoco es la ocasión para analizar el sentido de las categorías tradicionales sobre la eficacia de los convenios cuando de un pacto de este tipo se trata. Lo que es indudable es que estos interlocutores han optado por esta solución de manera recurrente a lo largo de los últimos acuerdos, de tal modo que el modelo de acuerdo que se ha consolidado en España, uno con contenidos parecidos, duración anual y una misma denominación (ANC), es uno sin eficacia normativa. Este modelo de ANC español en el siglo XXI contrasta con el que tenía el legislador en mente a la hora de diseñar el marco normativo para este tipo de pactos. El artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores en sus sucesivas versiones siempre ha asumido un alto grado de vinculabilidad de los acuerdos de ordenación, convirtiéndolos en verdaderos “convenios para convenir”, según las conocidas palabras de ALONSO OLEA. La nueva redacción del artículo 83 ET introducida poco antes por el RDL 7/2011 fortalece este modelo, al atribuirle la capacidad de obligar a las unidades convencionales inferiores también a los convenios estatutarios ordinarios.

Existiendo un consenso bastante generalizado sobre la presencia de un cierto impacto de estos acuerdos sobre nuestra realidad convencional³⁷, lo existe también en señalar que éste es limitado, especialmente por la lentitud con que sus medidas llegan a filtrarse al sistema. Rechazar una potencial eficacia normativa del acuerdo tiene como primera consecuencia que su contenido llegará a de una manera muy progresiva a los convenios concretos, teniendo en cuenta que la disciplina interna de las organizaciones sindicales y empresariales no es precisamente elevada, como es sabido. Por esto el modelo elegido por nuestros interlocutores estatales ha llegado a ser calificado como “una vía de mejora exasperadamente cauta y lenta”³⁸.

³⁶ Me he ocupado de esta cuestión en otro trabajo de hace tiempo: Rodríguez-Piñero Royo, “La articulación de la negociación colectiva”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, “*La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pg. 505 sigts.

³⁷ Entre otros, Cairós Barreto, *ibidem*. Un análisis muy interesante de este impacto en E. Rojo Torrecilla, “Los acuerdos interconfederales del siglo XXI para la negociación colectiva. De 2002 a 2.010”, *El blog de Eduardo Rojo*, <http://eduardorobjoblog.blogspot.com.es/>

³⁸ C. Molina Navarrete, “El impacto de los Acuerdos Interconfederales sobre los convenios colectivos: una vía de mejora exasperadamente cauta y lenta”, *Temas Laborales*, nº 76, 2004, pg. 229.

La segunda perspectiva de análisis que he propuesto para el II AENC, como elemento en el proceso de reforma laboral de la crisis, supone valorar el impacto de éste sobre la medida inmediatamente posterior del Gobierno popular, el RDL 3/2012. Y esto puede hacerse, a su vez, a dos niveles, general y concreto. El nivel concreto supone evaluar hasta qué punto lo acordado por los interlocutores sociales ha sido recogido por el legislador laboral. Esto exige comparar los contenidos de cada uno de estos dos textos, y juzgar si el RDL asume lo acordado días antes a nivel interconfederal. De manera somera, podemos encontrar concordancias y disonancias en varias materias, que paso a pormenorizar.

Para empezar, encontramos un alto nivel de sintonía ente los temas considerados prioritarios por los interlocutores sociales y por el Gobierno de la nación. Para unos y otros estructura de la negociación colectiva, flexibilidad interna y descuelgue constituyen las materias centrales cuya regulación exigía ser modificada. Existen otros temas que los firmantes del II AENC obviaron, más por falta de posibilidades de acuerdo que de interés, en los que el legislador laboral del 2012 sí entró: despido, por supuesto³⁹; y modalidades contractuales.

En cuanto a la estructura negocial, existe desde luego una clara concordancia en la valoración del convenio de empresa, aunque el RDL llega mucho más lejos en el espacio que se deja a este nivel⁴⁰. Otro aspecto concordante entre el RDL 3/2012 y el II AENC es la escasa valoración del espacio autonómico de negociación colectiva, ya que los convenios de este nivel quedan desvaídos en el mapa negocial que uno y otro propugnan. Existe una relativa similitud en el papel que se atribuye al convenio sectorial, al que el artículo 83.2 ET amplía el papel de ordenador de la estructura negocial. La mayor disonancia se produce respecto del papel del convenio provincial, que ha sido ignorado por el legislador tanto en el RDL de 2012 como en el anterior sobre esta materia, el RDL 7/2011⁴¹, mientras que los firmantes del II AENC apostaron expresamente por su mantenimiento, como una modalidad más de descentralización negocial.

³⁹ Aunque hay también que tener en cuenta que el II AENC no deja de ser un pacto de ordenación de la negociación colectiva, proporcionando indicaciones sobre su contenido; y en nuestro Derecho los convenios tienen un papel muy reducido en la regulación del despido. Es difícil imaginar qué contenidos sobre esta materia podrían incluirse en los convenios, teniendo en cuenta lo extenso e intenso de la ordenación legal de esta materia.

⁴⁰ De “la empresa como nuevo centro de gravedad” habla Mercader Uguina en su trabajo “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012”, en García-Perrote & Mercader Uguina, op. cit., pg.355. Aunque ya respecto del RDL 7/2011 había llamado la atención Escudero Rodríguez sobre “la firme y arriesgada apuesta por la negociación colectiva de empresa”, en García-Perrote & Mercader Uguina, op. cit., “La reforma ...”, op.cit., pg. 59.

⁴¹ Sobre el tratamiento de la estructura negocial en este RDL, Mercader Uguina, “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RDL 7/2011”, en García-Perrote & Mercader Uguina, op. cit., pg.69. Este autor habla de que esta norma supone “el inicio del proceso de asfixia de los convenios provinciales”. Escudero Rodríguez, en la obra citada supra había hablado ya, comentando el RDL anterior, de “la depreciación o ninguneo legal de los convenios colectivos de ámbito provincial”; *ibidem*, pg. 58.

Por lo que se refiere a la flexibilidad interna, encontramos en una primera lectura un marcado alineamiento entre ambos textos en cuanto a su prioridad en el contexto actual del mercado de trabajo español⁴². Y también comprobamos esta concordancia en cuanto a los instrumentos para lograrla: clasificación profesional, bolsa de horas, inaplicación del convenio colectivo, entre otros. Es en aspectos concretos de su regulación donde vamos a encontrar algunas diferencias, de mayor o menor calado.

Comenzando por la clasificación profesional, el II AENC no llega hasta el punto de eliminar la clasificación por categorías profesionales, como sí ha hecho el RDL 3. Sí había apuntado a la superación de ésta, hablando de “*grupos profesionales y divisiones funcionales*”. También el RDL 3/2012 llega más lejos en cuanto al alcance de la movilidad funcional, con una definición de la ordinaria más amplia que la del II AENC.

Los cambios que propugnan ambos documentos coinciden también en una misma dirección en cuanto a la flexibilidad del tiempo de trabajo. En el nivel interconfederal se apoyó la presencia de bolsas de horas en los convenios, además de una distribución irregular de un 10% de la jornada de trabajo anual. El Estatuto de los Trabajadores ya preveía, tras la reforma de la negociación colectiva de 2011⁴³, la obligatoriedad de que los convenios previeran la distribución irregular del 5% de la jornada anual; tras la nueva modificación de este texto en 2012, el artículo 34.2 ET dispone que en defecto de pacto la empresa pueda proceder unilateralmente a esta distribución, con el límite del 5% del total de horas⁴⁴. En este punto se comprueba los diferentes modelos de regulación del legislador socialista, del popular y de los actores sociales estatales. Para el primero, este poder de disposición del tiempo de trabajo debía pactarse, como contenido necesario, en los convenios colectivos; para los interlocutores sociales, debía incluirse en los convenios, pero siempre a iniciativa de sus firmantes; para el legislador popular, es conveniente que esté en los convenios o que se negocie en la empresa, pero la falta de acuerdo no determina que el empleador carezca de este poder, que ejercerá basándose directamente en la ley. Son tres modalidades o visiones de la flexibilidad negociada, estando de acuerdo las tres instancias en cuanto al contenido de la medida.

⁴² I. García-Perrote Escartín, “Medidas para fomentar la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en García-Perrote & Mercader Uguina, op. cit., pg.223; también Blasco Pellicer et al., op.cit, pg. 103. También, en extenso, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto-Ley 3/2012” en el *Diario la Ley*, 2012, n. 7813.

⁴³ Goerlich Pesset, “Contenido y vigencia de los convenios colectivos”, en García-Perrote & Mercader Uguina (coords.), op.cit. supra, pg. 103.

⁴⁴ García-Perrote Escartín, op.cit., pg.230.

La técnica de la inaplicación del convenio se ha presentado como una de las grandes novedades del RDL 3/2012⁴⁵. Y es desde luego una medida con un alcance y unas posibilidades muy relevantes. Pero no podemos olvidar que su origen se encuentra en textos anteriores: en el RDL 7/2011, que lo anunció bajo la forma de modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo; y sobre todo en el II AENC, que lo regula ya de acuerdo con su verdadera naturaleza de mecanismo de inaplicación de lo pactado en convenio. En este punto los interlocutores sociales precedieron al legislador laboral. Se reitera en este aspecto lo que ha ocurrido en momentos anteriores con el antecedente directo de este instrumento, el descuelgue salarial. Previsto desde hacía tiempo en los grandes acuerdos de la primera concertación social española, fue posteriormente recogido por el legislador laboral con ocasión de la reforma de 1994. Ni una ni otra previsión tuvieron un impacto significativo en la realidad de nuestras relaciones laborales, ante la resistencia de los negociadores de convenios a desarrollar de una manera razonable las previsiones de los acuerdos interconfederales primero, y del Estatuto de los Trabajadores reformado después; está por ver que la nueva figura lo tenga.

Como se ha visto, la inaplicación o descuelgue convencional estaba ya prevista con bastante detalle en el II AENC; más, en realidad, que en el RDL 3/2012⁴⁶. Las principales diferencias entre ambas regulaciones se encuentran, a mi juicio, en tres puntos. En primer lugar, las causas de inaplicación, que son más exigentes en la norma pactada que en la estatal. En segundo lugar, en el carácter de Derecho necesario de este mecanismo para el RDL 3/2012, mientras que para el II AENC es una posibilidad que deben prever los mismos convenios. Y en tercer lugar, en cuanto a las consecuencias de la falta de acuerdo entre la empresa y la representación de sus trabajadores. Para el II AENC, *“la inaplicación sólo se podrá efectuar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa”*; si éste no se consigue, *“cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir al Sistema de Solución de Conflictos que sea de aplicación en dicho ámbito”*. Y ahí quedaba el proceso, sin que la empresa pudiera ir más allá. En cambio el modelo hoy vigente, el puesto en práctica por el Gobierno popular, dispone un procedimiento peculiar que permite que una de las partes someta la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de la Comunidad Au-

⁴⁵ Un estudio monográfico en J. Cruz Villalón, “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012.

⁴⁶ García-Perrote, op.cit. supra; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, *ibidem*.

tónoma⁴⁷. No se llega a legitimar la decisión unilateral del empleador en contra de la voluntad de los representantes legales de su plantilla; pero sí se le permite abrir una vía a través de la cual un tercero podrá imponer cambios a las partes.

El protagonismo de la Comisión Paritaria en el modelo II AENC se explica por el Derecho vigente en el momento de su firma: el Estatuto de los Trabajadores posterior al RDL 7/2011, norma ésta que había optado por atribuir un importante papel a este órgano⁴⁸. Sus firmantes pretendieron ser coherentes tanto con el marco legislativo de aplicación como con el modelo de regulación que este venía a fijar.

Un tercer aspecto en que varían las dos regulaciones de la inaplicación convencional se refiere al ámbito material de la medida, esto es, de las condiciones de trabajo susceptibles de ser reguladas por este tipo de acuerdo de empresa al margen de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. Como era previsible, el elenco de materias respecto de las cuales cabe la inaplicación es más amplio en el RDL 3/2012 que en el II AENC, incluyendo aspectos tan relevantes como la jornada de trabajo, la cuantía salarial y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. La presencia de estas materias, nucleares en la ordenación de las relaciones convencionales y contractuales, hace del artículo 82.3 ET un instrumento mucho más potente de lo que los agentes sociales llegaron a acordar poco antes de la entrada en vigor de la nueva redacción de este precepto⁴⁹.

Para terminar con este análisis pormenorizado me referiré a una de las novedades más llamativas del RDL 3/2012, pero sin duda no una de las más relevantes. Se trata de la nueva redacción que se introduce para el artículo 13 ET,

⁴⁷ Según señala el artículo 82.3 ET, “cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.»

⁴⁸ Rodríguez-Piñero Royo, “Aspectos generales de la reforma”, en J. Gorelli (coord.), op.cit. supra.; también Blasco Lahoz et al., op.cit., pg. 57; también D. Lantarón Barquín, “Potencialidades procesales y realidades sustantivas de la interpretación y aplicación del convenio colectivo estatutario”, en García-Perrote & Mercader Uguina (coords.), “La reforma de la negociación colectiva”, op.cit., pg. 171.

⁴⁹ De nuevo fueron aquí coherentes los interlocutores sociales con la regulación vigente en el momento de acordar, dado que el artículo 41 ET preveía un listado de materias susceptibles de ser modificadas sustancialmente similar al que se recoge en el II AENC.

en la que se sustituye el anterior trabajo a domicilio por una nueva categoría, denominada “trabajo a distancia”, definido como “*aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*”⁵⁰. Esta figura ha sido identificada por muchos de los primeros comentaristas de esta norma reformadora como equivalente a la del teletrabajo, lo que no es cierto del todo, al menos en la forma en que tradicionalmente se viene caracterizando esta categoría⁵¹. En éste, en el teletrabajo, hay trabajo a distancia, pero también una utilización de ciertos soportes tecnológicos que el artículo 13 ET ignora. Aunque se trata de conceptos en gran parte coincidentes, éstos de “trabajo a distancia” y de “teletrabajo”, no existe una conformidad total, ya que hay formas de éste que no caben en la definición legal de aquél (como el teletrabajo en call-centers), y habrá formas de empleo a distancia que por su base técnica no puedan englobarse con rigor en un concepto de trabajo remoto. Sea como fuera, es claro que la nueva redacción del artículo 13 mejora sustancialmente su contenido, y lo hace más útil para regular las nuevas formas de empleo fuera del centro de trabajo del empleador, incluyendo a la mayor parte de las modalidades de teletrabajo pero yendo más allá en su ámbito de aplicación material. Lo interesante en esta sede es señalar cómo el legislador laboral y los interlocutores sociales han coincidido en prestar atención a estas peculiares modalidades de prestación de servicios, el primero con este nuevo artículo 13 ET, los segundos mediante la introducción en el punto 4 del Capítulo III de una serie de compromisos respecto, concretamente, del teletrabajo. En esto sigue el ejemplo de los Acuerdos anteriores de este tipo, que fueron la opción elegida por nuestros agentes sociales para implementar en España el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002⁵². La conformidad de ambos textos no se limita al tratamiento expreso de esta figura, sino que alcanza también al

⁵⁰ Sobre esta figura, A.B. Muñoz Ruiz, “Trabajo a distancia”, en García-Perrote & Mercader Uguina, op. cit., pg.113; también Blasco Pellicer et al., op.cit, pg. 76.

⁵¹ A este equívoco contribuyó sin duda el mismo Presidente del Gobierno, que en su discurso de investidura anunció, como ya había hecho durante la campaña electoral previa, su intención de regular el teletrabajo, siendo ésta una de las pocas medidas laborales concretas que resultaban conocidas y previstas antes de la aprobación del RDL 3/2012.

⁵² Un estudio en detalle de este acuerdo en Rodríguez-Piñero Royo (coord.), “*Actualización del informe sobre nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*”, CCNCC, 2006. También L. Mella Mendez, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *Relaciones Laborales*. Nº 1, 2003, p. 21; Jurado Segovia & Thibault Aranda, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas laborales*, Nº 72, 2003, p. 35; M.D. Santos Fernández, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, *Trabajo*, nº 14, 2004, pg.45; J.M. Serrano García, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002”, *Relaciones Laborales*, Nº21, 2002, pg. 17..

contenido de la regulación que uno y otro prevén para ésta⁵³. Lo que no es de extrañar toda vez que ambos se inspiran en el contenido de este Acuerdo Marco, cuya regulación se ha convertido en una especie de principios generales del Derecho en cuanto a la ordenación del trabajo remoto a todos los niveles, especialmente en la negociación colectiva⁵⁴.

El nivel general en el análisis del impacto del II AENC tiene que ver con la reacción del legislador laboral frente a la existencia de un acuerdo social que pretende hacer innecesaria su intervención. Es evidente que el II AENC fracasó desde este punto de vista. Vista la recepción de los contenidos de este pacto social en la norma que inicia el momento conservador de la reforma, en general significativa, cabría preguntarse porqué el Gobierno no apoyó por completo la iniciativa de los interlocutores sociales. Y seguramente la explicación de esta reacción no se encuentra en los contenidos del II AENC, sino en la misma naturaleza de éste.

Un modelo de acuerdo de negociación colectiva que comenzó a operar en un momento de crecimiento económico seguramente no resulta adecuado en una situación de alarma económica, de empleo y de finanzas públicas. Su técnica de filtrado progresivo y tranquilo de nuevas instituciones a los convenios es insuficiente para las exigencias de flexibilidad y adaptación de las empresas en el contexto actual. El Derecho de la Emergencia tiene otros ritmos y otras exigencias. Requiere medidas de efecto presto, disponibles para las empresas de manera inmediata; que sean visibles, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras; que expresen decisión y claridad en el modelo a implementar. De ahí el uso del RDL, un instrumento tradicional del Derecho del Trabajo español en toda circunstancia que se hace prácticamente obligado en tiempos de dificultad. En la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 se justifica expresamente la necesidad de medidas de efectos inmediatos: *“la gravedad de la situación económica y del empleo descrita exige adoptar una reforma inmediata”*. Al optar por una norma de este tipo *“la reforma laboral que recoge este Real Decreto Ley (...) contiene medidas incisivas y de aplicación inmediata”*.

⁵³ Para el II AENC los criterios que deben seguir las empresas y por los trabajadores y sus representantes son los siguientes: el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa; la igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa; la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc. Para el nuevo artículo 13 ET, *“los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial”*; y el acceso a esta forma de empleo debe articularse en un acuerdo entre ambas partes del contrato de trabajo.

⁵⁴ Rodríguez-Piñero Royo (coord.), *ibidem*; también C. Aragón Gómez, “El teletrabajo en la negociación colectiva”, en Escudero Rodríguez (coord.), *“Observatorio de la negociación colectiva de CC.OO.”*, CINCA, Madrid, 2010, pg.

Seguramente en esta actitud del Gobierno influyó también la necesidad de satisfacer a todos aquellos que desde fuera de nuestro país han estado atentos a cuanto aquí se hacía para responder a las exigencias de la crisis. Se ha querido dar respuesta a eso que en los últimos años hemos llamado en España “presiones de los mercados”, y desde luego no se limitan a éstos sino que incluyen también a organismos internacionales de todo tipo. Esta derivada ha sido uno de los factores que más ha afectado a los cambios de nuestra legislación laboral durante la presente emergencia⁵⁵. Esto se ha hecho en cuanto a los contenidos, aplicando una agenda reformista tremendamente ambiciosa durante los dos momentos del proceso. Y también en cuanto a los instrumentos, prefiriéndose los de efectos directos y rápidos, fácilmente constatables. Lo que se ha exigido de España en todo momento ha sido reformas; por tales se entienden cambios estructurales promovidos y gobernados por el Ejecutivo, fáciles de aplicar y sencillos de evaluar.

En este momento difícil de nuestra historia, la opción de los interlocutores sociales por el mecanismo tradicional de gobierno del sistema negocial, por un ANC de impacto indirecto y basado en la capacidad de convencimiento de sus firmantes, no le ha parecido suficiente al Gobierno. Hacía falta algo más; y el RDL 3/2012 lo ha sido desde luego. La lástima es que esto se ha conseguido a costa de un precio enorme en términos de conflicto y cohesión social. Lo triste es que se ha olvidado un acuerdo valiente y decidido, novedoso en algunos de sus contenidos, que expresaba un fuerte compromiso de sus firmantes por contribuir a la recuperación de la economía española. Justo lo que hacía falta.

⁵⁵ Me he ocupado de este aspecto de las reformas en mi trabajo Rodríguez-Piñero Royo, “El Derecho del Trabajo en el año 2010: un año de reformas”, *cit. supra*.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL REAL DECRETO-LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, Reforma 2012

El presente trabajo aborda las reformas de la negociación colectiva por obra del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Más concretamente, se analizan cuatro cuestiones fundamentales como son: los cambios en la estructura de la negociación colectiva con una evidente potenciación del convenio de empresa; todo lo relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo ahora integradas en un procedimiento de desvinculación o de inaplicación general que se culmina con un arbitraje obligatorio; lo relativo al contenido obligatorio de los convenios colectivos en relación con la dinámica de la negociación y las funciones de la comisión paritaria; y, por último, la cuestión de la vigencia y ultraactividad del convenio colectivo. Se trata, sin duda, de cuestiones centrales, que han sido ya alteradas por normas recientes anteriores al Real Decreto Ley 3/2012. Por este motivo, el artículo tiene siempre en consideración esas reformas previas, algunas de las cuales con una orientación diferente, para valorar el significado de las contenidas en el Real Decreto Ley 3/2012.

ABSTRACT

Key Words: Collective bargaining, 2012 Reform

The present work analyses the collective bargaining reforms under the Royal Decree Law 3/2012, from February 10th, of urgent measures to reform the employment market. In fact in our study we analyze four key issues: 1) changes in collective bargaining with an evident reinforcement of company agreements; 2) working conditions substantial changes in established in collective agreements and that are now no longer applied, and could turn out into an obligatory arbitration; 3) obligatory content about collective agreements in relation to the dynamic negotiation and the commission's role; and finally, 4) how a collective agreement comes into force and its ultra-activity.

This is without a doubt, a central issue that has been already changed by previous norms to the 3/2012 Royal Decree Law. Thus, this article considers all these previous reforms to value the true reforms of the Royal Decree Law 3/2012.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 2.1. La regulación anterior al RDL 3/2012
 - 2.1.1. La regulación de la concurrencia de convenios antes del RDL 7/2011
 - 2.1.2. La trascendente reforma del art. 84 ET por obra del RDL 7/2011
 - 2.2. Los cambios del RDL 3/2012: una vuelta atrás en relación con la función organizadora de la negociación colectiva por parte de la propia autonomía colectiva como precio de la potenciación incondicionada de la negociación de empresa
3. LA REGULACIÓN DEL DESCUELGUE GENÉRICO
 - 3.1. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo
 - 3.1.1. Antes y después del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010
 - 3.1.2. Los cambios del RDL 3/2012
 - 3.2. El procedimiento de descuelgue: del salarial al genérico
 - 3.2.1. El descuelgue salarial en el art. 82.3 ET antes del RDL 10/2010
 - 3.2.2. El descuelgue salarial en el RDL 10/2010
 - 3.2.3. El descuelgue salarial en la Ley 35/2010 y en el RDL 7/2011
 - 3.2.4. El descuelgue genérico del nuevo art. 82.3 ET por obra del RDL 3/2012
4. LA INTERVENCIÓN LEGAL EN EL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
 - 4.1. El contenido obligatorio del convenio colectivo, antes y después del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010
 - 4.2. El contenido obligatorio en el RDL 7/2011 y su comparación con el RDL 3/2012
 - 4.2.1. Los contenidos obligatorios clásicos
 - 4.2.2. La comisión paritaria del convenio y sus competencias como contenido obligatorio
 - 4.2.3. La solución de las discrepancias dentro de la comisión paritaria como factor de la efectividad de su intervención
 - 4.2.4. El contenido obligatorio del convenio colectivo relacionado con la dinámica de la negociación
5. LA REGULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN, DE LA VIGENCIA Y DE LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO
 - 5.1. La duración máxima del proceso de negociación
 - 5.2. La vigencia y la ultraactividad del convenio denunciado

1. INTRODUCCIÓN

En realidad, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RDL 3/2012, en adelante) es sólo una etapa más del proceso de reformas que han venido afectando a la negociación colectiva en España a lo largo de los dos últimos años. Se trata de reformas, casi todas con un ámbito que excede el exclusivo de la negociación colectiva, entre las que puede establecerse una línea de continuidad dada la identidad de sus objetivos centrales, siempre relacionados con una mayor flexibilización de la estructura de la negociación colectiva al favorecer, en primer lugar, situaciones de concurrencia conflictiva entre convenios de distintos niveles para dar prioridad a la negociación colectiva de empresa; al permitir, en segundo lugar, que, con requisitos menos rigurosos, los pactos o acuerdos

de empresa modifiquen o desplacen el contenido de un convenio colectivo vigente, ampliando y generalizando las hipótesis de descuelgue; al tratar, en tercer lugar, de imponer contenidos obligatorios a los convenios colectivos sobre todo en la línea de incentivar el recurso a medios de solución extrajudicial de conflictos en los casos de divergencias o bloqueo del acuerdo entre las partes sociales; y para, en fin y en cuarto lugar, disciplinar el tiempo de vigencia del convenio colectivo impidiendo situaciones de prórrogas excesivas de convenios ya agotados en cuanto a su duración inicial, esto es, limitando lo que se viene calificando como la ultraactividad.

Se trata de un proceso que inició el Real Decreto-Ley 10/2006, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (RDL 10/2006, en lo sucesivo) introduciendo algunos cambios, de no demasiada relevancia pero siempre en un sentido favorable o flexibilizador, referidos a la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo vigente y al descuelgue salarial; temas sobre los que volvería, con alguna limitada corrección, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, del mismo nombre (Ley 35/2010, a partir de ahora). Pero, sin duda y como no podía ser de otra manera, fue el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (RDL 7/2011, en adelante) el que afrontó de forma conjunta muchas de las dimensiones o elementos nucleares de la negociación colectiva: estructura y concurrencia, contenido y vigencia de los convenios colectivos, legitimación para negociar, tramitación, interpretación y aplicación del convenio colectivo; pero también alterando nuevamente el régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo y del descuelgue salarial.

Es, pues, sobre este convulso panorama donde ha vuelto a incidir el RDL 3/2012, fundamentalmente a través de su art. 14, abordando cuestiones que, de una forma u otra, ya había sido reguladas por las normas antes citadas pero concentrando ahora su efecto reformador de la negociación colectiva en una serie de materias recurrentes. Así, en primer lugar, ha vuelto a tocar la estructura de la negociación colectiva potenciando aún más el nivel empresarial mediante una modificación, intensificadora de la regulación contenida en el RDL 7/2011, de las reglas de concurrencia; en segundo lugar, ha regulado de nuevo la cuestión de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, ahora finalmente separada de esta adscripción para integrarse con el descuelgue salarial en una especie de disciplina genérica del descuelgue; en tercer lugar, ha tratado lo relacionado con el contenido obligatorio del convenio colectivo, corrigiendo regulaciones previas más amplias; y, en cuarto lugar, ha insistido en la cuestión de la vigencia del convenio colectivo, del control de su duración máxima y sus posibles prórrogas. Un repertorio de materias que se abordarán en este trabajo en el orden en el que se acaban de describir.

2. LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

2.1. La regulación anterior al RDL 3/2012

Los cambios introducidos por el RDL 3/2012 han afectado a los apartados 1 y 2 del art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Una breve síntesis de la situación previa al RDL 3/2012 permitirá valorar adecuadamente la entidad de la última modificación, teniendo en cuenta que la principal reforma de la estructura de la negociación colectiva, en lo que se refiere a la disciplina de las situaciones de concurrencia entre convenios, se introdujo por el RDL 7/2011.

2.1.1. *La regulación de la concurrencia de convenios antes del RDL 7/2011*

Como se ha dicho, el RDL 7/2011 vino a transformar profundamente una regulación (la del art. 84 ET) que, en beneficio de la integridad y de la estabilidad de la norma convencional, limitaba de forma muy rigurosa la concurrencia entre convenios basándose en dos principios fundamentales.

En primer lugar, que la manera más eficiente y completa de desplazar o eludir la regla legal de la prohibición de concurrencia entre convenios establecida en el primer párrafo del art. 84 ET era la negociación por parte de sindicatos y asociaciones empresariales más representativos de acuerdos interprofesionales o de convenios colectivos sectoriales, nacionales o autonómicos, que establecieran las normas por las que habrían de regirse las situaciones de concurrencia. Bien dando prioridad a un determinado nivel convencional (casos de concurrencia conflictiva), bien estableciendo formas de compatibilidad o complementariedad de convenios de distintos niveles (casos de concurrencia no conflictiva); y, siempre, permitiéndoles organizar la estructura de la negociación estableciendo los niveles negociadores competentes para según qué tipo de materias (articulación), pudiendo excluir la negociación de las mismas por parte de otros niveles inferiores.

Se trataba de una encomienda plena a los interlocutores sociales para que establecieran, en uso de su autonomía y desde los niveles superiores, las reglas de gobierno de la estructura de la negociación, sobre la base de una organización funcional jerarquizada que atribuía esa tarea a los grandes acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales (nacionales o autonómicos, no provinciales). Limitándose el legislador a ofrecer como norma supletoria, en caso de ausencia de esos acuerdos o de esas previsiones organizativas, la primitiva, más rígida y problemática, de la prohibición de la concurrencia. Impidiendo

esta concurrencia al imponerse el criterio, de generación jurisprudencial, de la prevalencia absoluta del convenio primero en el tiempo con exclusión de cualquier impacto sobre su función reguladora por parte de convenios de ámbito inferior negociados con posterioridad y mientras permaneciera la vigencia del primero, al menos ordinaria o inicial.

En segundo lugar, el art. 84 ET, contenía otro principio, contradictorio con el anterior en cuanto que prioritario respecto de él, como era el de permitir siempre que sindicatos y asociaciones empresariales con la legitimación necesaria para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa (conforme a los arts. 87 y 88 ET), pudieran concluir convenios que entraran en concurrencia conflictiva con los de ámbito superior (los provinciales en relación con los autonómicos o nacionales; los autonómicos respecto de los nacionales) en relación con cualquier materia salvo las expresamente mencionadas en el antiguo párrafo tercero del art. 84 ET, esto es: periodo de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y movilidad geográfica.

No procede entrar a analizar aquí la razón por la cual se establecieron estas concretas materias que en ningún caso (prohibición de concurrencia material total) podían ser negociadas por convenios de ámbito inferior al de referencia (que podía ser tanto el nacional, como el autonómico, o incluso el provincial), aunque se tratara de convenios supraempresariales (autonómicos, provinciales, comarcales, según los casos). Si bien cabe pensar que eran materias en relación con las cuales el legislador pretendía garantizar una mínima estabilidad y homogeneidad de la primera regulación convencional, impidiendo que convenios posteriores de nivel inferior pudieran volver sobre ellas estando vigente el convenio de ámbito superior que las estaba regulando.

De la regulación anterior al RDL 7/2011 en materia de concurrencia de convenios pueden, en consecuencia, establecerse los siguientes rasgos: a) La regla general era la prohibición de concurrencia (de afectación, decía y dice el art. 84 ET), lo que imponía que, vigente un convenio, no pudieran negociarse, o mejor, entrar vigor convenios de ámbitos inferiores; b) Los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales, nacionales o autonómicos, podían establecer, con total libertad, reglas de organización de la estructura convencional; c) Si no existían estos acuerdos o convenios organizadores de la negociación colectiva (lo que depende, obviamente, de la propia negociación colectiva) el art. 84, párrafos segundo y tercero, ET permitían, no obstante una cierta concurrencia de convenios, al admitir que convenios de ámbito superior a la empresa (nunca, pues, los empresariales) pudieran regular un abanico de materias (todas las pensables salvo las expresamente excluidas en el propio párrafo tercero del art. 84 ET), aunque éstas ya se contemplaran en convenios vigentes de ámbito superior.

Si lo anterior fuera el completo contenido original del art. 84 ET habría que juzgarlo como coherente y adecuado: predominio de la autonomía colectiva en la organización de la estructura de la negociación; aplicación supletoria (pero inevitable dada la pasividad o inacción de los interlocutores sociales al respecto) de la regla de prohibición de concurrencia del primer párrafo del art. 84 ET, atenuada por la posibilidad abierta a los convenios supraempresariales de afectar a lo establecido en el convenio vigente previo de ámbito superior, de conformidad con los párrafos segundo y tercero del mismo art. 84 ET.

Pero esa regulación tenía, no obstante, un elemento de incoherencia consistente en que la aplicación de la excepción a la prohibición de concurrencia (contenida, como se ha dicho, en los párrafos segundo y tercero del art. 84 ET) funcionaba siempre, existieran o no acuerdos interprofesionales o convenios colectivos que establecieran reglas de articulación y concurrencia de convenios. Lo preveía el propio párrafo segundo del art. 84 ET, al declarar que “*en todo caso*” la excepción funcionaría; de forma que el legislador, confiando la tarea organizativa a la propia negociación colectiva (lo que era respetuoso con el principio de autonomía colectiva), imponía, no obstante, una cierta regla mínima que posibilitaba y solucionaba las situaciones de concurrencia, aunque fuera en contra de las propias previsiones contenidas en esos acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de tipo organizativo. La regla legal se imponía, pues, incluso a la propia autonomía colectiva (lo que, obviamente, la degradaba de alguna manera) favoreciendo fenómenos de descentralización convencional incluso contrarios a esta autonomía colectiva organizadora; pero limitando el reconocimiento de agentes activos de esa descentralización sólo a los convenios sectoriales y en ningún caso a los convenios de empresa.

En definitiva, una posible marginación de los diseños organizadores de los acuerdos y convenios de más nivel en beneficio de la autonomía colectiva descentralizadora expresada en convenios de nivel inferior, aunque siempre supraempresariales. Una exclusión esta última que se basaba posiblemente en la duda acerca de si los convenios de empresa son una expresión real y equilibrada de la capacidad negociadora de las partes o, en cambio, se trata de acuerdos que no son una manifestación auténtica de la autonomía colectiva sino sólo un disfraz formal tras el que se oculta una clara desigualdad de la posición y de la capacidad de presión respectiva del empresario y los representantes de los trabajadores en la empresa, muy frecuentemente escasos de número (un solo delegado de personal en las empresas entre 6 y 30 trabajadores) y con un vínculo y un respaldo sindical inexistente o muy dudoso.

2.1.2. La trascendente reforma del art. 84 ET por obra del RDL 7/2011¹

El RD 7/2011 abordó la cuestión de la estructura de la negociación colectiva modificando, de manera más técnica o formal, el art. 83.2 ET y, de un modo más profundo, el art. 84 ET, en la medida en que, por primera vez, aparece declarada, en determinadas condiciones, la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Sin duda que las exigencias de flexibilidad proyectadas sobre la negociación colectiva y la promoción de la negociación de empresa como el instrumento básico para la flexibilización de las condiciones de trabajo aplicables hizo dar de lado las sospechas acerca de la autenticidad de la negociación colectiva de empresa (sobre todo en las empresas medianas y pequeñas) para, dando un giro copernicano, pretender convertirla en el instrumento central de regulación de las condiciones de trabajo. Pese a ello y posiblemente como contrapartida, el RDL 7/2011, reforzó el papel de la autonomía colectiva al establecer la prioridad absoluta y sin excepciones de la regulación organizadora de la estructura de la negociación contenida en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos sectoriales, ya fueran nacionales o de comunidad autónoma.

En este sentido, el RDL 7/2011 estableció lo siguiente: a) Que corresponde a las partes sociales acordar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de las situaciones de concurrencia, ya lo hagan mediante acuerdos interprofesionales o a través de convenios colectivos o acuerdos colectivos sectoriales, estatales o autonómicos; b) Que estas normas convencionales de organización de la estructura de la negociación tanto pueden ser negociadas por sindicatos y asociaciones empresariales más representativas (así es en el caso de los acuerdos interprofesionales como lo establecía y sigue haciéndolo el art. 83.2 ET, aunque de forma más simplificada) como simplemente por los sujetos colectivos que tengan la legitimación necesaria según el ámbito del convenio o acuerdo sectorial que lo afronte (esto es, no deben ser necesariamente más representativos sino tener la legitimación exigida por los arts. 87 a 89 del ET); y, c) Que esta regulación convencional tiene prioridad total frente a las reglas legales que intervendrán sólo de forma supletoria, nunca en contra de dichas previsiones convencionales.

Junto a lo anterior, el art. 84 ET mantenía (como aun sucede ahora) el regla general del primer párrafo del art. 84 ET (ahora convertido en el apartado 1 del mismo artículo) de la prohibición de concurrencia entre convenios, con la salvedad de que así se hubiera permitido por los acuerdos interprofesionales o convenios o acuerdos sectoriales descritos en el apartado anterior; pero

¹ Sobre este tema, véase, J. Mercader Uguina. “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en *La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio)*, Lex Nova, 2011, pp. 69-100.

eliminando la frase “*salvo lo previsto en el apartado siguiente*” que, como se ha visto, permitía imponerse a la regla legal de excepción a la prohibición de concurrencia incluso aunque la autonomía colectiva más general se hubiera expresado en sentido contrario. Con la versión del art. 84.1 ET introducida por el RDL 7/2011 esto ya no era posible, reforzándose, por tanto, la función organizadora de la propia autonomía colectiva.

Sólo en defecto de estos acuerdos interprofesionales o de los convenios o acuerdos sectoriales organizativos de la negociación colectiva, intervenían las reglas legales de manera que, en este caso, la concurrencia de convenios estaba regulada por la prohibición general (apartado 1 del art. 84 ET) y por las excepciones a esa prohibición general establecidas en los nuevos apartados 2, 3 y 4 del art. 84 ET. Tales excepciones, que antes se limitaban a las introducidas por convenios colectivos supraempresariales, son, a partir del RDL 7/2011, de dos tipos: la excepción empresarial y la excepción autonómica, la primera totalmente novedosa y la segunda más limitada en relación con la versión anterior del art. 84 ET.

La excepción empresarial, y siempre salvando la prioridad de las reglas establecidas en acuerdos o convenios colectivos estatales o autonómicos negociados de conformidad con la nueva versión del art. 83.2 ET, se contiene en el apartado 2 del art. 84 ET. Se dice allí que “*la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior*” (estos últimos básicamente convenios provinciales pero también por hipótesis, comarcales o locales), si bien sólo en relación con una serie de materias enumeradas en el mismo apartado. Como puede apreciarse, la prioridad del convenio de empresa frente a otros anteriores vigentes de ámbito superior es, en el RDL 7/2011, siempre respetuosa de la autonomía colectiva cuando ésta se expresa mediante reglas de organización de la estructura de la negociación colectiva que podrían llegar incluso a prohibir o bloquear esa prioridad del convenio de empresa; como también ampliar el listado legal de materias que, eludiendo la prohibición de concurrencia, podrían regular los convenios de empresa (tercer párrafo del apartado 2 del art. 84 ET).

Por lo que se refiere a la excepción autonómica, los nuevos apartados 3 y 4 del art. 84 ET han reconducido la versión anterior del art. 84 ET limitando la posibilidad, por parte de los convenios colectivos supraempresariales, de regular algunas materias ya previstas en convenios colectivos de ámbito superior a los solos convenios de ámbito autonómico en relación con los estatales. Lo que quiere decir que los convenios colectivos supraempresariales pero no autonómicos (claramente los provinciales) no podrán escaparse de la regulación dada a ciertas materias por un convenio de ámbito superior (sea éste nacional o autonómico) ya que no rige para ellos ninguna excepción a la prohibición general de concurrencia del apartado 1 del art. 84 ET.

Esta exclusión de la prohibición de concurrencia por parte de los convenios colectivos autonómicos (de mucho menor impacto que la regla más amplia anteriormente vigente del art. 84 ET, dado el escaso número y peso de los convenios colectivos de este ámbito) no es, sin embargo, general sino que siguen quedando excluidas determinadas materias. Que son casi las mismas que antes se excluían en la regla más amplia de la anterior versión del art. 84, segundo y tercer párrafo del art. 84 ET: el periodo de prueba, las modalidades de contratación, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica. Si bien se modifica una materia como es la de los “*grupos profesionales*” cuya mención se sustituye por la más genérica (y más adecuada, al menos hasta el RDL 3/2012 que también ha alterado esta cuestión al alterar el art. 22 ET) de la “*clasificación profesional*”, al margen de si esta concreta clasificación es de categorías profesionales o de grupos profesionales. Por último, y en cuanto al repertorio de las materias excluidas a la negociación colectiva autonómica concurrente, se añade una nueva como es la de “*la jornada máxima anual de trabajo*”. Todo ello, como en el caso de la excepción empresarial, respetando siempre lo establecido al respecto (que puede ser incluso prohibitivo de la negociación o de la concurrencia) en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico.

Volviendo a la novedosa prioridad o preferencia de los convenios de empresa (a los que el RDL 7/2011 equiparó, de forma razonable, los convenios colectivos de grupos de empresas o referidos a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas a que se refiere el art. 87.1 ET) sólo puede ejercitarse respecto de determinadas materias. No sucede así, como se acaba de ver, con la excepción autonómica en la que la posible concurrencia es general en cuanto a las materias con la excepción de las listadas expresamente por el art. 84.4 ET. En cambio, la formulación de la excepción empresarial es más limitativa ya que sólo puede tener lugar respecto de las materias expresamente mencionadas, con exclusión de todas las demás. Dos matizaciones pueden hacerse, sin embargo: la primera consiste en que el listado de materias puede ampliarse si así lo prevén los acuerdos interprofesionales y los acuerdos o convenios colectivos mencionados por el art. 83.2 ET (lo que se vienen calificando aquí como acuerdos o convenios organizadores de la estructura de la negociación colectiva); y la segunda es la propia amplitud material del listado de cuestiones que pueden ser abordadas por un convenio de empresa concurrente: cuantía del salario base y de los complementos; retribución de horas extraordinarias y del trabajo a turnos; horario, distribución del tiempo de trabajo, planificación de vacaciones; adaptación del sistema de clasificación profesional; adaptación de las modalidades de contratación; y medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Respeto reforzado y prioridad de la autonomía colectiva a la hora de organizar la estructura de la negociación colectiva sin desplazamiento o degradación alguna por parte de la ley (como sucedía en la versión anterior del art. 84 ET). Potenciación de los convenios de empresa que, siempre que la propia autonomía colectiva no lo prohíba o lo regule de otra manera, podrán regular materias ya disciplinadas en convenios de ámbito superior (estatal, autonómico, provincial, etc.) si están comprendidas en el relativamente amplio listado de ellas contenido en el apartado 2 del art. 84 ET, ampliable incluso por esos mismos acuerdos o convenios (nacionales o autonómicos) organizadores de la negociación colectiva. Restricción de la concurrencia de convenios supraempresariales ya que está limitada a los convenios autonómicos en relación con los estatales, aunque pudiendo abarcar cualquier materia salvo las expresamente establecidas en el apartado 4 del art. 84 ET y siempre que los acuerdos o convenios de organización de la estructura de la negociación no lo impidan o prevean otra cosa. Estos son los rasgos básicos de la versión del art. 84 ET introducida por el RDL 7/2011 que, potenciando la autonomía colectiva (estatal o autonómica) gestora de la estructura de la negociación, permite la concurrencia controlada de los convenios autonómicos y de empresa, excluyendo de todas estas alternativas a los convenios provinciales o de ámbito supraempresarial inferior que, obviamente, están destinados a perder protagonismo y capacidad de incidencia reguladora real de las condiciones de trabajo aplicables². Un objetivo, por cierto, largamente perseguido.

2.2. Los cambios del RDL 3/2012: una vuelta atrás en relación con la función organizadora de la negociación colectiva por parte de la propia autonomía colectiva como precio de la potenciación incondicionada de la negociación de empresa

El objetivo central de la reforma introducida por el RDL 3/2012 es sin duda insistir más, y de forma muy decidida, en la potenciación del convenio colectivo de empresa dándole una total preferencia aplicativa en relación con

² No coincide con esta valoración positiva Mercader Uguina, cit. pp. 94 a 100, donde se hace la pregunta retórica de “¿quién teme a la negociación de empresa?”, considerando que el RDL 7/2011 impuso un sistema de negociación colectiva en el que corresponde a los acuerdos y convenios estatales y autonómicos estructurar la negociación y donde los convenios de empresa sólo tienen preferencia respetando esas reglas superiores autónomas de ordenación de la negociación y en relación a un elenco concreto de materias, por lo que procede a calificar el convenio de empresa como “vigilado”. Concluyendo (p. 98) que el convenio de empresa se sitúa en “una posición precaria y dependiente de las orientaciones que a nivel centralizado se decidan en cada momento, estableciendo por esta vía la ley una relación de jerarquía implícita entre los distintos convenios colectivos”. Afirmaciones con las que, salvo en los juicios negativos, puede coincidirse totalmente.

una bastante amplia serie de materias. Esto ha implicado un cambio muy importante del RDL 3/2012 en relación con una de las innovaciones más relevantes del RDL 7/2011. En efecto, en la versión del art. 84 ET contenida en el RDL 7/2011, la facultad de estructurar y ordenar la negociación colectiva estaba atribuida con carácter preferente a la propia autonomía colectiva ejercitada a través de los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales organizadores de esa estructura de la negociación; facultad garantizada legalmente en el sentido de que lo dispuesto por ellos en esta cuestión no podía ser eludido de ningún modo por otros convenios colectivos de ámbito inferior. Una regulación, pues, sumamente respetuosa en este punto de la autonomía colectiva como instancia ordenadora de la estructura de la negociación.

Con el RDL 3/2012, por el contrario, la manifestación organizadora de la autonomía colectiva a través de acuerdos o convenios de ámbito nacional o autonómico vuelve a ser desplazada o degradada, como podía serlo en la versión del art. 84 ET anterior al RDL 7/2011, por convenios colectivos de ámbito inferior que podrán negociarse al margen de esas reglas³. Antes del RDL 7/2011 tal convenio de ámbito inferior podía ser cualquiera: autonómicos o provinciales respecto de nacionales; provinciales respecto de autonómicos; convenios de ámbito inferior respecto de convenios nacionales, autonómicos o provinciales. Con el RDL 7/2011, los convenios de ámbito inferior sólo podían ser autonómicos o de empresa; si bien, al estar obligados a respetar lo establecido en acuerdos y convenios de organización de la negociación, en ningún caso suponían un desplazamiento o degradación de la autonomía colectiva. Tras el RDL 3/2012, de nuevo hay un convenio que tiene preferencia absoluta incluso frente a lo previsto en los acuerdos y convenios de estructura de la negociación, y no es otro que el convenio de empresa. En cuanto a los convenios autonómicos sólo pueden concurrir con el nacional si así lo permiten los acuerdos y convenios de estructura de la negociación o simplemente no lo regulan. Es lo que ya se contenía en la versión del art. 84 ET correspondiente al RDL 7/2011, antes descrita, y que el RDL 3/2012 no ha alterado.

Esta preferencia absoluta del convenio de empresa queda confirmada por la desaparición del primer inciso del apartado 2 del art. 84 ET (introducido precisamente por el RDL 7/2011) que decía lo siguiente: “*Salvo que un acuerdo o convenio colectivo estatal o de comunidad autónoma negociado según el art. 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia de convenios*”. Así pues, preferencia absoluta de los convenios de empresa, a los que el art. 84.2 ET, segundo párrafo, ET equipara (ya lo hizo

³ Sobre estas cuestiones, Mercader Uguina, J. “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, 2012, pp. 368-377, quien valora positivamente lo que califica como una regulación en la que el convenio colectivo de empresa es el “baricentro de la estructura convencional”.

el RDL 7/2011) los convenios de grupos de empresa o de una pluralidad de empresas vinculadas entre sí por razones organizativas o productivas (en los términos del art. 87.1 ET).); una preferencia que la nueva versión del art. 84.2, primer párrafo, ET define como: “*prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior*”, en lo que hace a las condiciones de trabajo que regule. Y que el propio art. 84.2, último párrafo, ET, en su nueva versión tras el RDL 3/2012, garantiza, ya que incluso prohíbe tajantemente a los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales organizadores de la negociación colectiva en su ámbito que anulen, limiten o alteren a la baja esa preferencia o prioridad. Pero no les prohíbe, en cambio, que refuercen dicha prioridad aplicativa permitiéndola, aparentemente sin límite alguno, en más aspectos de las condiciones de trabajo que los inicialmente establecidos en el art. 84.2 ET (art. 84.2, g) ET).

En cuanto a las materias respecto de las cuales es prioritario el convenio colectivo de empresa, no han variado en relación con las que ya se contenían en la versión anterior y que se refieren a las modalidades de contratación, a la jornada, al salario, a la conciliación de la vida laboral y personal, y a la clasificación profesional. La elección de estas materias se produjo, y es una razón que sigue siendo válida, debido a su naturaleza de condiciones de trabajo que, en función de las características de la empresa, más se prestan y más es necesario adaptar a las exigencias de la productividad y de la competitividad.

Por eso se atribuye, en primer lugar (art. 84.2, e) ET), a los convenios de empresa la facultad de realizar, en cualquier momento y al margen de las normas de concurrencia, la adaptación que el propio ET les encomienda de las modalidades de contratación; una función que ya tienen asignada por el art. 15.1, a) y b) ET, fundamentalmente en relación con los contratos temporales de obra o servicio y eventual, pero para la que el art. 84.2 ET le confiere prioridad frente a otros convenios colectivos supraempresariales vigentes.

También se les atribuye, en segundo lugar, a los convenios de empresa (art. 84.2., c) ET) la posibilidad de establecer un horario (lo que excluye la duración total anual de la jornada que, si fijada por un convenio sectorial aplicable, no podrá ser alterada), una distribución del tiempo de trabajo (que obviamente remite a la jornada irregular computada por periodos superiores al día) y una regulación del trabajo a turnos y una planificación de las vacaciones anuales propia; poniendo en manos de la negociación de empresa el tratamiento de la flexibilidad productiva para la que la adaptabilidad del horario de trabajo es esencial.

En tercer lugar (art. 84.2 a) y b) ET), los convenios de empresa tienen la posibilidad de fijar preferencialmente la cuantía de las retribuciones salariales, tanto del salario base (una función, por cierto, habitualmente desempeñada por convenios sectoriales) como de los complementos salariales, la forma de

compensación de las horas extraordinarias y la retribución del trabajo a turnos; lo que, siendo una herramienta favorable al incremento de la productividad ya que conecta la retribución con circunstancias específicas del puesto, con la propia flexibilidad horaria y con los resultados de la empresa, hace de alguna forma menos necesario acudir al descuelgue en materia de salarios, salvo si se tiene en cuenta la solución arbitral impuesta que se analizará en el apartado siguiente..

En cuarto lugar, el convenio de empresa también tiene preferencia en la materia de la clasificación profesional; algo que, al margen de operar sobre uno de los elementos de la flexibilidad como es la mayor o menor apertura de las funciones pactadas, se revela particularmente importante por el hecho de que el nuevo art. 22.1 ET ordena que el sistema de clasificación profesional será sólo el más flexible de los grupos profesionales, excluyendo una clasificación basada en categorías profesionales, y exigiendo a los convenios colectivos en vigor que, en el plazo de un año adapten sus sistema de clasificación profesional al de grupos profesionales (Disposición adicional novena del RDL 3/2012). Un papel, pues, que podrán cumplir los convenios de empresa ya que tienen preferencia para ello según el art. 84.2 ET. La última de las materias sobre las que el convenio de empresa tiene preferencia aplicativa es la transversal de la conciliación de la vida laboral y personal ya que implica necesariamente aspectos de horario y de distribución de la jornada, de retribución y posiblemente de movilidad funcional (art. 84.2, f) ET.

EL RDL 3/2012, pues, decantándose ahora decididamente por la negociación colectiva de empresa que tendrá preferencia aplicativa respecto de muchas materias, ha optado por dar mayor valor al convenio de empresa como instrumento de la gestión de la empresa y herramienta de la flexibilización de las condiciones de trabajo en vistas a la mejora de la productividad, el rendimiento y la competitividad. Pero lo anterior supone una significativa y criticable incidencia en una estructura de la negociación colectiva establecida por los acuerdos o convenios organizadores de la misma, es decir, una estructura que es fruto de la propia autonomía colectiva expresada en los niveles superiores y más representativos; de forma que, pese a lo que signifiquen y establezcan estos acuerdos, cualquier convenio de empresa podrá negociarse ignorando sus reglas.

Además, al dar preferencia absoluta al convenio de empresa respecto de otros convenios de ámbito superior, mucho más creíbles y sólidos en relación con la capacidad negociadora de la representación de los trabajadores, el RDL 3/2012 da prioridad (frente a una cierta homogeneización de condiciones y una garantía de mínimos) al convenio de empresa, es decir, un tipo de acuerdo respecto del que, en muchos casos, puede dudarse de la existencia de una verdadera capacidad negociadora por parte de los trabajadores y el mejor ejemplo

son los convenios en empresas de muy pequeña dimensión cuya función es casi siempre la de degradar las mejores condiciones de trabajo establecidas en los convenios sectoriales o de ámbito superior (convenios derogatorios). La evidente prioridad del convenio de empresa, útil sin duda a muchos efectos, tiene en cambio un precio de atentado a la autonomía colectiva y de degradación de las condiciones de trabajo que debe considerarse alto; en qué medida esto puede afectar a la propia productividad que se persigue como objetivo central es una pregunta a la que los resultados de la aplicación del RDL 3/2012 darán sin duda respuesta.

3. LA REGULACIÓN DEL DESCUELGUE GENÉRICO

El RDL 3/2012 ha modificado notablemente lo referido al descuelgue, desvinculación o inaplicación por acuerdo de empresa de lo establecido en un convenio colectivo estatutario, de cualquier nivel, unificando en una misma regulación general (por eso se habla de descuelgue genérico) lo anteriormente establecido para el descuelgue salarial (en la versión del art. 83.2 ET previa al RDL 3/2012) y lo previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo fijadas en un convenio colectivo estatutario (anterior versión del art. 41.6 ET). Ahora, el art. 41.6 ET establece que *“la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados por el Título III de la presente ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3”*.

Por tanto, la sustitución o el cambio de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo mediante un acuerdo de empresa ya no se considera ni se regula como una modificación sustancial sino que se ha transformado, correctamente, en una forma materialmente ampliada de descuelgue. Finalmente, apartar la regulación salarial de un convenio colectivo y sustituirla por un acuerdo de empresa es lo mismo que desechar una regulación convencional sobre otras condiciones de trabajo (horario, funciones o mejoras voluntarias) y desplazarla por ese mismo acuerdo de empresa. Lo llamativo es que el RDL 3/2012 no haya limitado el descuelgue sólo a la hipótesis de desvinculación de un convenio colectivo sectorial y lo permita en relación con el propio convenio de empresa (aunque es verdad que ya sucedía antes, conforme al art. 41 ET, mediante la modificación sustancial de condiciones de trabajo); un convenio que seguramente se habrá negociado por los mismos o similares interlocutores que el acuerdo de empresa que lo sustituye. La consolidada aceptación (ahora incluso legal, como puede apreciarse en el nuevo texto del art. 86.1 ET) de la posible finalización antes tempus del convenio colectivo de empresa si así lo acuerdan las partes, hace en verdad innecesario, salvo casos muy puntuales de cambio de sujetos legitimados, que el procedimiento de

descuelgue (y antes de modificación sustancial) pueda tener lugar en relación con el propio convenio de empresa, pudiendo sencillamente negociarse todo o parte de un nuevo convenio colectivo.

Como en el apartado anterior, conviene hacer una breve síntesis de la regulación previa al RDL 3/2012, hasta entonces separada, de los dos fenómenos de descuelgue salarial y de modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo para apreciar el valor de la innovación introducida por el RDL 3/2012.

3.1. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo

La regulación primitiva se encontraba en el art. 41.2 ET que, bastante lacónicamente, establecía que esa modificación sólo podría tener lugar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en ningún caso de forma unilateral por parte de la empresa, y sólo respecto de ciertas materias: horario y régimen de trabajo a turnos (pero no duración de la jornada) y sistema de remuneración y de trabajo y rendimiento (pero no cuantías básicas salariales), quedando al margen de esta posible modificación, ni siquiera existiendo acuerdo, cuestiones como la jornada de trabajo o las funciones, entre otras muchas. Materias limitadas y exigencia de un acuerdo colectivo de sustitución que, de una parte, hacía excepcional esta modificación y, de otra parte, venía a respetar a la propia autonomía colectiva al convertirla en instrumento de la derogación o inaplicación a la empresa de lo previsto en convenios colectivos estatutarios, fueran de la misma empresa o de ámbito superior. Un acuerdo que no requería, además, de ninguna justificación económica, organizativa, técnica o de producción bastando, para atribuirle validez, el hecho mismo de la existencia del acuerdo de empresa que cumplía ese papel de modificación de las condiciones de trabajo.

La anterior regulación, una tímida manifestación (básicamente por los límites materiales: salario y distribución y organización del tiempo de trabajo) del apoyo a la negociación más o menos informal de empresa frente a un convenio colectivo, fue alterada por el RDL 10/2010 y por la Ley 35/2010 con la finalidad de favorecer la conclusión de este tipo de acuerdos empresariales derogatorios o de sustitución. Así, respetando el principio de que la modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario, sea sectorial o incluso de empresa, sólo puede tener lugar mediante un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y conservando también la limitación material a las cuestiones de horario y sistema de remuneración y rendimiento (lo contrario sería un atentado muy grave al derecho a la negociación colectiva y al respeto y vinculación de sus resultados, aunque la Ley

35/2010 añadió a esas materias la funcional), la nueva versión del art. 41.6 ET introdujo ciertas reglas técnicas de garantía de la existencia de causas justificadoras y de la representatividad del acuerdo así como incentivadoras del mismo al extender la legitimación para negociarlo por parte de los trabajadores. Pero lo más relevante es el intento de forzar la suscripción del acuerdo de sustitución recurriendo para ello a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos colectivos, en este caso, obviamente de intereses y no sólo de interpretación o de aplicación.

En concreto, las innovaciones al respecto del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010 pueden sintetizarse en las siguientes⁴:

En primer lugar, por supuesto que la modificación o sustitución podía tener lugar en cualquier momento; algo que el anterior art. 41.2 ET no decía expresamente pero que podía sobreentenderse. En segundo lugar, la exigencia de una causa justificadora de la modificación se daba por cumplida cuando había acuerdo entre la empresa y los trabajadores; lo que el RDL 10/2010 presume pero que la Ley 35/2010 vuelve a ignorar restándole relevancia alguna.

En tercer lugar, la validez del acuerdo de sustitución requería que prestaran su conformidad al mismo la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de las representaciones sindicales que, en su conjunto, representasen a la mayoría de los anteriores (reglas generales de legitimación para negociar en el ámbito de la empresa, establecidas en los arts. 87 y 89 del ET para los convenios colectivos estatutarios). Es una exigencia lógica, por cuanto se trataba de desplazar un convenio colectivo de eficacia general, así como una regla implícita en el art. 41.2 ET que, a partir del RDL 10/2010, se formula en la manera recién transcrita y que, en la Ley 35/2010, se establece, con un contenido similar por remisión del art. 41.6 ET al apartado 4 del mismo artículo. Un apartado dedicado a regular el procedimiento de consultas y los sujetos legitimados para suscribir una modificación colectiva de condiciones de trabajo, condición que la regulación conjunta en el art. 41 ET parecía atribuir también a la modificación que aquí nos ocupa, esto es, la de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo. Por cierto que la Ley 35/2010 añadió que, cuando el convenio colectivo a sustituir o desplazar era de sector, la modificación debía ponerse en conocimiento de la comisión paritaria del convenio, sin que, en principio, se le atribuyeran concretas competencias de intervención de ningún tipo.

En cuarto lugar, se favorecía la conclusión del acuerdo permitiendo que el mismo pudiera ser suscrito por representaciones ad hoc elegidas por los

⁴ Sobre los acuerdos de inaplicación y los procedimientos de solución de las discrepancias en estos casos, en la reforma del RDL 10/2012 y de la Ley 35/2010, cfr. F. González de Lena. “La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, 21-22/2010, pp. 218-221.

trabajadores en los casos en que no hubiera una representación legal (electiva o sindical) de los mismos⁵. En quinto lugar, se limitaba la duración del acuerdo de sustitución al tener, como máximo, el plazo de vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretendía, subrayando el carácter transitorio, de mera adaptación temporal del acuerdo, así como la primacía del convenio colectivo estatutario renovado con posterioridad. Otra cosa es que esa limitación temporal pudiera eludirse fácilmente, bien integrando lo acordado en el nuevo convenio colectivo (fácil y razonable cuando se trata de un convenio de empresa); bien reproduciendo el acuerdo de empresa de sustitución una vez el nuevo convenio hubiera sido suscrito y entrado en aplicación (posible cuando el convenio a derogar era un convenio sectorial).

Pero la innovación más significativa era la imposición por parte del ET del recurso obligatorio a los medios extrajudiciales de solución de conflictos colectivos en los casos de falta de acuerdo. Esta previsión, inexistente en la versión del art. 41.2 ET anterior al RDL 10/2012, aparece en esta norma obligando a las partes el art. 41.6, segundo párrafo, ET a someterse a los procedimientos de mediación siempre que, naturalmente, estuvieran establecidos al efecto en convenios colectivos o acuerdos interprofesionales⁶. El RDL 10/2010 también afirmaba algo obvio e indiscutible como es que estos acuerdos y convenios podrían establecer con carácter obligatorio, general y previo, el compromiso de someterse las partes a un arbitraje en los casos de fracaso de la mediación. Un arbitraje obviamente vinculante (no sería arbitraje si no lo fuera) y respecto del que el laudo arbitral tendría la misma eficacia que si se hubiera suscrito el acuerdo fracasado, siendo recurrible sólo mediante el procedimiento y por los motivos limitados establecidos en el art. 91 del propio ET.

Como puede apreciarse, un intento muy débil de forzar el acuerdo ya que el éxito del recurso a los medios de solución extrajudicial de los conflictos colectivos dependía de que existieran esos sistemas de mediación; algo habitual no obstante debido a la implantación generalizada de estos sistemas de solución de conflictos tanto en el ámbito nacional como en cada una de las comunidades autónomas. Lo que el art. 41.6 ET cambiaba era la regla de la voluntariedad para acudir a estos medios de solución, incluso si tan poco incisivos como la simple mediación, sustituyendo la adhesión por parte del convenio, precisamente el que se pretendía modificar, a estos sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, por la obligatoriedad del recurso a ellos. Pero, en todo

⁵ Sobre estas representaciones, Gonzalez Ortega, S., "El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación", en *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, 2011, pp. 135-166.

⁶ En este sentido, I. Garcia-Perrote Escartin, "Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales", en *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2012, de 17 de septiembre*. Lex Nova, 2010, pp. 184 y 185.

caso, eran sistemas que debían existir ya que, de no hacerlo, toda la regulación orientada a la obtención del acuerdo quedaría en nada; y, además, lo único obligatorio era la mediación.

En cuanto al arbitraje, un instrumento de solución de controversias mucho más eficaz, también debía estar previsto en los acuerdos y convenios sectoriales (lo que no siempre sucedía) pero su sujeción al mismo seguía siendo voluntaria, por más que el RDL 10/2010 fomentara que fueran esos acuerdos o convenios que establecían los sistemas extrajudiciales los que impusieran el carácter obligatorio también del sometimiento al arbitraje. Excesivos condicionantes y dependencia de la negociación colectiva interprofesional para que pudiera decirse que el RDL 10/2010 había impuesto un sistema eficaz de solución de los desacuerdos en los procesos de modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo.

La Ley 35/2010 volvió sobre la cuestión tratando precisamente de dar efectividad a este procedimiento de solución de las discrepancias, favoreciendo así los acuerdos derogatorios o de sustitución o, en su defecto, los laudos arbitrales de valor equivalente. Y lo hizo intentando dar un paso más al no dejar ni la existencia de los medios de solución extrajudicial, ni su carácter obligatorio o no, a la decisión de los sujetos negociadores de los acuerdos o convenios que implantaran tales sistemas. De forma que el art. 41.6, segundo párrafo ET, decía que los acuerdos interprofesionales, estatales o autonómicos, regulados por el art. 83 del mismo ET, debían obligatoriamente establecer formas de solucionar de manera efectiva las discrepancias en cuanto a los acuerdos derogatorios o de sustitución, incluyendo entre esas medidas (en realidad, la única verdaderamente eficaz) al arbitraje que, aparentemente, el art. 41.6 ET establecía también forzosamente como obligatorio.

Si esto fuera tal y como se ha descrito, la solución de las divergencias o desacuerdos en el proceso de negociación que podría llevar a la suscripción del acuerdo de sustitución del convenio colectivo sería real. Pero a esta conclusión se oponían determinados obstáculos el principal de los cuales era la dudosa vinculabilidad del mandato legal en el sentido de que los acuerdos interprofesionales “debían” establecer los procedimientos para solventar las discrepancias, así como “debían” establecer también necesariamente un arbitraje que sería igualmente obligatorio en caso de fracaso, tanto de la negociación en sí como del otro medio no vinculante de solución del conflicto como era la mediación. De ser así, la Ley 35/2010 habría supuesto, de una parte, un nuevo atentado a la autonomía colectiva obligándola a regular determinadas cuestiones y, lo que es más grave, a hacerlo de una determinada manera en el sentido de imponer el arbitraje como obligatorio vulnerando el principio de voluntariedad asociado, salvo excepciones, al propio concepto de arbitraje en el ámbito de las relaciones laborales (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril) y

que sólo podría eludirse precisamente por la propia voluntad colectiva, pero libremente expresada, contenida en los acuerdos interprofesionales

Por su parte, el RDL 7/2011 afectó de forma indirecta al art. 41.6 ET en la medida en que, conservando intocada la regulación de la Ley 35/2010, creó una nueva instancia de solución del desacuerdo pero de escasa capacidad de obligar ya que se limitó a prever que la discrepancia se podría someter, a iniciativa de una sola de las partes (que normalmente, en estas hipótesis, es siempre el empresario principal interesado en lograr el acuerdo de sustitución o de derogación), a la comisión paritaria del convenio a afectar la cual, en el plazo de siete días debía pronunciarse al respecto. Entendiéndose (y esto es la dimensión más relevante del nuevo párrafo segundo del art. 41.6 que el RDL 7/2011 introdujo) que, de producirse el acuerdo en el seno de la comisión paritaria, dicho acuerdo sería vinculante para las partes en conflicto, tanto empresa como trabajadores. Sólo que, como será lo normal, si hay desacuerdo en el proceso de negociación del acuerdo de sustitución, éste se reproducirá normalmente en el seno de la comisión paritaria; de manera que pudiera ocasionarse una parálisis o situación de impasse constituida por la imposibilidad de dar una solución a la controversia al no haber acuerdo en la propia comisión. Y si esta instancia también fracasaba, el art. 41.6 ET abría entonces el camino para el recurso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos a los que se ha hecho referencia antes.

Finalmente, el RDL 3/2012 afronta este tema si bien lo hace de forma muy breve como ya se dijo al inicio de este epígrafe: cancelando la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo como una variante de la modificación sustancial y, por tanto, regulada por el art. 41 ET, para remitirse al procedimiento de descuelgue genérico regulado por el art. 82.3 ET, en la versión modificada introducida por el RDL 3/2012.

3.2. El procedimiento de descuelgue: del salarial al genérico

Hasta la regulación del descuelgue genérico por el RDL 3/2012, este procedimiento de sustitución o desplazamiento de lo establecido en un convenio colectivo sectorial de ámbito superior a la empresa por obra de un acuerdo de empresa (un ejemplo antiguo, en concreto desde la reforma laboral de 1994, de potenciación de la negociación colectiva en este ámbito) se restringía a la materia salarial. Y con esta finalidad limitada se regulaba tanto antes del RDL 10/2010, como tras esta norma, por la Ley 35/2010 e incluso por el RDL 7/2011. Al ampliar las cuestiones en relación con las cuales puede funcionar el descuelgue, puesto que se integra en este procedimiento la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, el RDL 3/2012 supone, por tanto, un cambio de relevancia que justifica un análisis algo detenido de la innovación normativa.

3.2.1. El descuelgue salarial en el art. 82.3 ET antes del RDL 10/2010

Según la versión del art. 82.3 ET anterior al RDL 10/2010, la desvinculación, descuelgue o inaplicación a una empresa de lo establecido, aunque sólo lo relativo a la materia salarial, en un convenio colectivo sectorial de ámbito superior a la empresa debía seguir un determinado procedimiento que puede resumirse en lo siguiente: a) Los propios convenios sectoriales o de ámbito superior a la empresa debían establecer las condiciones y procedimientos para el descuelgue salarial; b) La justificación para el descuelgue se encontraba en la existencia de un peligro para la estabilidad económica de la empresa si se aplicaba el régimen salarial fijado en el convenio de ámbito superior; c) Puesto que eran los propios convenios sectoriales los que establecían el procedimiento de descuelgue era a ellos a los que competía, sin prácticamente limitación alguna, fijar las hipótesis, las circunstancias, y su documentación o prueba de la existencia de ese daño económico probable, así como el procedimiento y la instancia decisora acerca del descuelgue, pudiendo ser la propia comisión paritaria del convenio u otros órganos, habitualmente también paritarios, creados al efecto.

La eficacia de este tipo de procedimiento de descuelgue se reveló, desde el punto de vista empresarial, como muy reducida ya que el art. 82.3 ET ponía en manos de las propias partes firmantes del convenio sectorial del que la empresa pretendía descolgarse en lo salarial la facultad de fijar reglas de descuelgue rigurosas. Así, por ejemplo, exigir la existencia de daños no sólo probables sino reales y de una cierta permanencia o duración en el tiempo; una entidad relevante de esos daños económicos conforme a parámetros también impuestos por acuerdo de las partes; documentación a aportar muy abundante, exigente y rigurosa para probar la existencia del motivo de descuelgue; atribución de la decisión a comisiones paritarias en las que es necesario llegar a acuerdos para autorizar el descuelgue, debiendo entenderse como denegado caso de no conseguirse tal acuerdo; escasa frecuencia de sistemas efectivos y acordados de solución de discrepancias en esas comisiones paritarias como, por ejemplo, el arbitraje. En definitiva, un sistema ciertamente muy controlador desde el ámbito del convenio sectorial superior afectado de las posibilidades singularizadas de descuelgue empresarial.

Sólo para la hipótesis de que el convenio colectivo sectorial no previera ningún procedimiento de descuelgue o de inaplicación del régimen salarial por parte de acuerdos de empresa, el art. 82.3 ET permitía que el acuerdo de descuelgue operara directamente siempre que, de forma muy genérica, la situación económica de la empresa así lo requiriera. Incluso, con la intención de favorecer el acuerdo, atribuía a la comisión paritaria del convenio sectorial la función de solventar esa discrepancia acerca de la necesidad y conveniencia del descuelgue. Lo que volvía a chocar con la falta de acuerdo en la propia

comisión paritaria y con la habitual inexistencia de procedimientos para solucionar esta ausencia de acuerdo dentro de la comisión.

Una vez aceptado el descuelgue, el art. 82.3 ET atribuya, en principio, a las propias partes (empresa y representantes de los trabajadores en la misma) la tarea de acordar las nuevas condiciones salariales a aplicar; atribuyendo de nuevo, en caso de ausencia de acuerdo sobre esas condiciones, a la comisión paritaria del convenio sectorial la función, a decisión de las partes empresariales implicadas directamente, de establecer esas mismas nuevas condiciones salariales aplicables tras el descuelgue. Siempre que, naturalmente, hubiera acuerdo en esa comisión paritaria o su propio desacuerdo pudiera solventarse mediante algún tipo de medio que proporcionara una solución efectiva, lo que, evidentemente, sólo podía alcanzarse mediante el arbitraje, pero voluntariamente aceptado por ambas partes.

3.2.2. El descuelgue salarial en el RDL 10/2010⁷

La regulación anterior, bastante limitativa en la práctica del descuelgue salarial, fue alterada por el RDL 10/2010 el cual suprimió la necesaria previsión de un procedimiento de descuelgue a establecer por el propio convenio colectivo afectado, de manera que la forma que, a partir del RDL 10/2010, adoptó el descuelgue (sin duda favorecido al eliminarse el control desde el convenio colectivo sectorial superior) fue la del acuerdo singularizado directo entre empresa y representantes de los trabajadores⁸, siempre que éstos estuvieran legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa conforme a las reglas de legitimación establecidas en el art. 87 ET. Pero incluyendo la previsión, favorecedora del descuelgue, de que, si no existían representantes legales en la empresa, el acuerdo pudiera ser suscrito por la representación ad hoc establecida en el art. 41 ET para lo que reproducía literalmente el tercer

⁷ Cfr. F. Navarro Nieto. “Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 107/2010, pp. 198-216.

⁸ Juzga esta innovación como “eliminación del papel tutelar de la negociación sectorial en la mecánica del descuelgue salarial”, J. Mercader Uguina. “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación colectiva en la Ley 35/2010”, en *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, cit. p. 190, con una valoración positiva de la eliminación de esa tutela ya que la califica como una opción “afortunada” del legislador motivada por la rigidez excesiva y la “irracionalidad y falta de practicidad que se venía poniendo de manifiesto de forma reiterada en nuestra negociación colectiva” (p. 191). Lo que sucede es que el RDL 10/2010 supuso el paso de un descuelgue, posiblemente controlado en exceso, a una situación de descontrol absoluto de los acuerdos empresariales de descuelgue; lo que no es particularmente adecuado, sobre todo si se pone en cuestión, como es obligado, la autenticidad de las negociaciones empresariales derogatorias como escenario de una confrontación, más o menos equilibrada, de las partes. Lo que, muy frecuentemente, no sucede. En consecuencia, la liberación de la tutela del convenio sectorial es igual, en el texto del RDL 10/2010, a un fuerte favorecimiento de la posición empresarial ya que la decisión del descuelgue se residencia en el nivel donde el empresario individual tiene mayor poder, como es el de la empresa, y donde puede ejercitarlo con menor control.

párrafo del apartado 4 de dicho art. 41, luego modificado de forma importante por la Ley 35/2010 al eliminar la connotación exclusivamente sindical de esta representación ad hoc. Con lo que, en todo caso, se ponía de manifiesto la estrecha relación existente entre el descuelgue salarial y el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en general, y de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, en particular, fuertemente revisado por el RDL 10/2010.

En cuanto a la justificación para el descuelgue, se determinaba de forma conscientemente más amplia que en los términos generales de la versión anterior ya que el acuerdo de descuelgue se justificaba si la aplicación del régimen salarial del convenio sectorial superior podía suponer un daño tanto real como probable (se hablaba de “*perspectivas económicas*”), añadiendo además que también podía haber justificación para el descuelgue salarial si su aplicación podía afectar a “*las posibilidades de mantenimiento del empleo*” en la empresa.

Para llegar al acuerdo de inaplicación, que además debía de establecer “*con exactitud*” la retribución a percibir por los trabajadores de la empresa, las partes debían desarrollar un periodo de consultas para lo que el RDL 10/2010 se remitía al art. 41.4 ET, evidenciando de nuevo la conexión entre el descuelgue salarial y la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por otra parte, el art. 82.3 ET exigía también que el acuerdo de descuelgue programara, siempre que hubieran desaparecido las causas que justificaron el descuelgue, una vuelta a la aplicación de las condiciones salariales establecidas en el convenio sectorial superior; y también ponía un límite temporal al descuelgue al hacerlo coincidir, como máximo, con la vigencia del convenio colectivo sectorial de referencia y, en todo caso, tres años. Una limitación esta última que también apareció por obra del RDL 10/2010, como se ha visto antes, vinculándola a la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo mediante el procedimiento regulado por el art. 41 ET.

Pero, como en la regulación anterior al RDL 10/2010, el punto crucial era cómo solventar la falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores; lo que, en principio, llevaba a la imposibilidad del descuelgue. A este efecto, el cuarto párrafo del art. 82.3 ET obligaba a las partes a acudir a los procedimientos de mediación que estuvieran establecidos al efecto tanto en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos organizadores de la negociación colectiva como en los convenios sectoriales de cualquier tipo aplicables al caso, incluyendo el propio convenio colectivo sectorial del que se pretendía la desvinculación salarial. En este punto la presión legal en favor del acuerdo de descuelgue sólo llegaba a sustituir la voluntariedad en acudir a esos procedimientos por la obligatoriedad del recurso a los mismos; pero se trataba sólo de la obligatoriedad de la mediación (un instrumento no plenamente eficaz de lograr un acuerdo al no ser obviamente obligatorio para

las partes aceptar las propuestas del mediador). Dependiendo, además, que los convenios citados hubieran establecido dicho procedimiento de mediación, si bien esto podía ser más habitual.

Por lo que hace al arbitraje (el único modo de garantizar una solución efectiva a la controversia en caso de desacuerdo, fuera esa solución favorable o no al descuelgue), el RDL 10/2010 da pasos muy poco efectivos posiblemente por cuanto el legislador no quiso atentar a la autonomía colectiva, como lo haría obligando a los convenios o acuerdos interprofesionales a establecer el arbitraje (voluntario u obligatorio), ni al propio principio general de voluntariedad del arbitraje, por lo que el art. 82.3 ET se limitaba a señalar que esos convenios o acuerdos interprofesionales “podrán” establecer el compromiso previo de someterse a un “*arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación*”. De no hacerlo así (no prever el arbitraje o no preverlo como vinculante u obligatorio) el desacuerdo quedaba sin solución, determinando la imposibilidad del descuelgue. Por supuesto que el laudo arbitral, de existir, tendría la misma eficacia que el propio acuerdo, siendo impugnabile sólo por el procedimiento y los limitados motivos establecidos en el art. 91 ET.

En definitiva, una regulación que, con la finalidad de facilitar los acuerdos de descuelgue, eliminó muchos de los condicionantes previos que podían obstaculizarlos si bien no estableció sistemas realmente eficaces de solución de las posibles discrepancias entre las partes (en cuanto a la justificación o en relación con el nuevo régimen salarial a aplicar) ya que dicha solución quedaba, tanto en cuanto a su existencia como respecto del procedimiento de solución elegido (mediación y/o arbitraje) y su naturaleza (obligatoriedad o voluntariedad del arbitraje), a la voluntad de los sujetos negociadores. Imponiendo sólo el sometimiento a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos de trabajo, siempre que éstos hubieran sido establecidos por algún tipo de acuerdo interprofesional o convenio colectivo a los que se refería el art. 83.2 ET, en cuanto a la mediación. Autonomía colectiva y voluntariedad del arbitraje fueron, pues, los obstáculos lógicos a un favorecimiento incondicionado de los acuerdos de descuelgue o de la intención empresarial de propiciarlo.

3.2.3. El descuelgue en la Ley 35/2010 y en el RDL 7/2011

La Ley 35/2010 introdujo, sólo unos meses después del RDL 10/2010, modificaciones de cierta relevancia, aparte de algunas de tipo técnico y respecto de la discriminación salarial por razón de género que no alteraban su contenido. En cuanto a las técnicas, pueden citarse el cambio de ubicación de la referencia a los sujetos legitimados para negociar el acuerdo cuando no hay representación de los trabajadores en la empresa; en relación con la discriminación por razón de género, el art. 82.3 ET decía expresamente que el acuerdo de descuelgue no podía suponer en ningún caso el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio colectivo orientadas a la eliminación

de dicha discriminación. En lo que aquí interesa más, la Ley 35/2010 incluyó algunas nuevas previsiones en el art. 82.3. ET referidas a la justificación del acuerdo de descuelgue salarial de un convenio colectivo de ámbito superior y a la forma de solucionar, de manera efectiva, las discrepancias o la falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, dejando intacta en lo demás la regulación establecida por el RDL 10/2010.

Por lo que se refiere a las causas justificadoras del descuelgue, la nueva versión del art. 82.3 ET revisada por la Ley 35/2010, y con la finalidad de blindar en alguna manera el acuerdo de inaplicación salarial alcanzado, estableció que, cuando el periodo de consultas finalizara con acuerdo, “*se presumirá que concurren las causas justificativas*”, referidas a la situación económica de la empresa y al mantenimiento del empleo. De forma que el acuerdo sólo podía ser muy limitativamente impugnado por causas restringidas y extremas (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) que no permitían entrar a valorar acerca de la oportunidad, adecuación o conveniencia del descuelgue salarial desde el punto de vista empresarial. Por otra parte, recuperando una previsión lógica de la versión anterior al RDL 10/2010, el art. 82.3 ET obligaba a notificar el acuerdo de descuelgue a la comisión paritaria del convenio colectivo sectorial o de ámbito superior a la empresa en relación con el cual tenía lugar el descuelgue.

Por lo que se refiere a la solución efectiva de las discrepancias en caso de desacuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, la Ley 35/2010 pretendió dar un paso más en el establecimiento de un sistema operativo de solución de las divergencias (una solución, debe recordarse, de un conflicto colectivo de intereses y no de interpretación o aplicación donde la intervención de un tercero especializado e imparcial se justifica plenamente no así en el primer caso) insistiendo en condicionar a la negociación colectiva interprofesional, nacional o autonómica (pero no a los convenios colectivos de sector) para que establecieran un procedimiento de aplicación general (es decir, para todas las empresas incluidas en su amplio ámbito ya que se trataba de acuerdos interprofesionales) y directa (es decir, sin requerir adhesiones individualizadas ni permitir que su uso fuera voluntario o potestativo) para solventar, siempre de manera “*efectiva*” las discrepancias o desacuerdos producidos durante el periodo de consultas o de negociación del acuerdo de descuelgue.

Es en este punto donde la Ley 35/2010, como antes el RDL 10/2010, se detuvo ya que dejaba a esos acuerdos (no les obligaba, desde luego) la decisión de imponer un arbitraje obligatorio para solventar las discrepancias. Lo que, de no hacerlo tales acuerdos interprofesionales (lo más habitual ya que en estos acuerdos el arbitraje suele ser de carácter voluntario), impedía dar una solución efectiva a esas discrepancias en el sentido de que el procedimiento finalizaba

sencillamente sin acuerdo y, por tanto, sin que fuera posible el descuelgue salarial sin consentirlo los representantes de los trabajadores en la empresa afectada⁹.

El RDL 7/2011 insistió en esta línea insertando entre la situación de desacuerdo y el posible recurso a medios extrajudiciales de solución de conflictos (establecidos, cuando así sucede, mediante acuerdos interprofesionales, nacionales o autonómicos), una nueva instancia, ésta obligatoria, de solución de la discrepancia, consistente en someterla previamente a la comisión paritaria del convenio colectivo; la cual, además, debía de pronunciarse en el plazo máximo de siete días a contar desde el momento en que la discrepancia le fuera planteada. Pero tampoco esta vía podía calificarse de solución efectiva (salvo que así se considere la ausencia misma de acuerdo lo que es obviamente una solución, aunque negativa, de rechazo del descuelgue) ya que el propio art. 82.3, sexto párrafo, ET preveía que la comisión paritaria no diera una solución efectiva (por ausencia de acuerdo en la propia comisión paritaria). Abriéndose entonces el camino para acudir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos por los acuerdos interprofesionales en los mismos términos que ya impuso el RDL 10/2010 y que se acaban de analizar¹⁰.

Por otra parte, el RDL 7/2011 afectó también a las causas de justificación del descuelgue salarial al precisar que la situación económica de la empresa hubiera quedado “*dañada*” (frente a la versión anterior de “*afectada negativamente*”) como consecuencia de la aplicación del régimen salarial del convenio supraempresarial, afectando a las “*posibilidades de mantenimiento del empleo en la empresa*”. Sólo que el RDL 7/2011 concreta el daño posible en “*la disminución persistente del nivel de ingresos*” (es decir, pérdidas, lo que no supone un cambio importante) y en que la situación de la empresa pudiera verse afectada económicamente de forma negativa no sólo como un dato real o de hecho, sino también como mera “*perspectiva económica*”. Sin duda que la regulación del RDL 7/2011 flexibilizó en alguna medida, favoreciéndolo, el descuelgue salarial al ampliar su causa de justificación.

3.2.4. El descuelgue genérico del nuevo art. 82.3 ET por obra del RDL 3/2012

Ya se ha indicado antes que la gran innovación del RDL 3/2012 en esta materia es la unificación de los procedimientos, paralelos y en muchas cosas semejan-

⁹ Sobre estos temas, Mercader Uguina, “Los acuerdos de descuelgue salarial...”, cit. pp. 204-206.

¹⁰ R. Escudero Rodríguez. “Claves generales de la reforma de la negociación colectiva”, en *La reforma de la negociación colectiva*, cit. pp. 63-67 quien emite un juicio muy crítico a todos estos intentos del legislador de forzar la existencia de un acuerdo (o de un laudo de sustitución) obligando a acuerdos y convenios colectivos sectoriales o interprofesionales a incluir en sus previsiones lo que ET llama insistentemente “medios efectivos de solución de las discrepancias”, con una progresiva reducción del papel del acuerdo e, incluso en algún caso, de la propia voluntad de una de las partes.

tes, previstos antes para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (art. 41 ET) y para el descuelgue salarial (art. 82.3 ET). De manera que, a partir del RDL 3/2012, existe un único procedimiento para lograr la inaplicación de determinadas condiciones establecidas en un convenio colectivo; procedimiento que se articula sobre el modelo del descuelgue salarial de regulaciones anteriores pero con algunas relevantes variaciones.

En primer lugar, el art. 82.3 ET, al proceder a unificar los procedimientos antes citados en un único de descuelgue genérico, incluye inevitablemente ahora una relación de las materias o condiciones de trabajo en relación con las cuales el descuelgue puede tener lugar. Ya no se habla sólo de inaplicación del régimen salarial sino que el párrafo segundo del art. 82.3 ET reproduce una lista de materias o condiciones que no es sino la suma, o mejor, reproducción literal de las establecidas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.1, segundo párrafo, ET); es decir: jornada de trabajo (es decir, duración), horario y distribución del tiempo de trabajo (en cualquiera de sus versiones o posibilidades: regular o irregular, con topes diario, semanal o anual, jornada partida o continuada, trabajo a turnos, descansos y vacaciones); sistema de remuneración o de rendimiento (o de estructura y régimen jurídico del salario base, así como de cualquiera de los complementos salariales); funciones en relación con el sistema de clasificación profesional y al margen la movilidad funcional extraordinaria prevista en el art. 39 ET que, por excepcional, no se considera modificación sustancial alguna; y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social (planes de pensiones, complementos de prestaciones sociales, seguros normalmente colectivos, mutualidades de previsión, etc.). Claramente, la anterior posibilidad del descuelgue salarial, aún intacta, se incorpora a la previsión material mencionada como “*sistema de remuneración*” (art. 82.3, segundo párrafo, letra d) ET) al que se añade ahora la expresión “*y cuantía salarial*”; de manera que el procedimiento regulado por el art. 82.3 ET también puede afectar a la cuantía de los conceptos salariales. Lo que era exactamente la finalidad básica del anterior descuelgue salarial.

En segundo lugar, el art. 82.3 ET, tercer y cuarto párrafo, ET, destina aparentemente una atención mayor a la necesaria existencia de causas justificadoras del descuelgue en relación con cualquiera de las materias o aspectos citados¹¹. Pero lo cierto es que lo que el art. 82.3 ET hace ahora es reproducir literalmente la más flexible definición de las causas que justifican un despido colectivo (art. 51.1, párrafos segundo y tercero, ET, en su versión debida

¹¹ Sobre las causas en el RDL 3/2012, Mercader Uguina, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, cit. pp. 363-366, quien considera que el RDL 3/2012 ha reforzado la causalidad del descuelgue, endureciendo las condiciones para poder acceder a él; algo con lo que no se coincide, según se ha podido apreciar en el texto ya que se trata sólo de un aparente endurecimiento, más formal que real.

al propio RDL 3/2012). De forma que las causas alegables pueden ser tanto económicas, técnicas, organizativas o de producción, definiendo y precisando ambos artículos cuándo debe entenderse que concurren. En consecuencia, el descuelgue genérico, incluido ahora lo relativo al salario (tanto cuantía como estructura), no es posible, como antes sucedía en relación con la cuantía del salario, sólo cuando existen causas económicas, sino que también puede estar justificado por razones sólo indirectamente económicas (pero no necesariamente en términos de pérdidas o situación negativa sino también de mejora de la productividad o de la organización productiva de la empresa) tales como las causas técnicas, las organizativas y las productivas.

Por otra parte, en cuanto a la razón económica, el art. 82.3 ET la concreta, como el art. 51 ET, en unos resultados de la empresa de los que se desprenda una “*situación económica negativa*”, pero definida de una forma amplia que pueden materializarse tanto como por la existencia de pérdidas (pero comprendiendo en ellas las actuales y también las probables o previstas) como por la disminución persistente del nivel de ingresos o de ventas de la empresa (lo que no necesariamente debe ser entendido como pérdidas en sentido estricto ya que la disminución de ingresos o de ventas pueden tener lugar sin dar origen a una situación económica dañada en sentido real salvo que así se considere el mero hecho de la disminución de ingresos o ventas, aunque el resultado final de la empresa sea todavía, y pese a ello, positivo desde el punto de vista económico). Sólo que, para el art. 82.3 ET, la persistencia de la situación económica negativa de la empresa, en los términos amplios que se acaban de definir, se concreta en el hecho de que se mantenga esa disminución de ingresos o de ventas durante sólo dos trimestres consecutivos y no durante los tres que se exigen para justificar el despido colectivo.

La amplitud de las causas de justificación para el descuelgue genérico, paralela a la flexibilización de éstas para el despido colectivo; la existencia de una situación económica negativa por el hecho de mantenerse la disminución de ingresos o ventas durante sólo dos trimestres consecutivos; y la presunción, ya existente antes, de que concurre alguna de las causas requeridas cuando hay acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, son todos factores que contribuyen a hacer más fácil y operativo el acuerdo de descuelgue. Aunque es verdad que, al trasladarse la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo desde el art 41 ET al procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET, la modificación de condiciones de un convenio colectivo ya no está sujeta a la amplísima flexibilidad, lo que es lógico, que el actual art. 41 ET permite en cuanto a las modificación sustancial de condiciones de trabajo no recogidas en un convenio colectivo estatutario.

Desde este punto de vista, el descuelgue en relación con las condiciones no salariales se hace algo más difícil, no tanto respecto de la regulación de la modi-

ficación sustancial de condiciones de trabajo anterior al RDL 3/2012 (que exigía una situación económica negativa, real o probable, afectando a su competitividad: algo parecido a lo que ahora establece el art. 82.3 ET) sino con respecto a la actual regulación de la modificación sustancial contenida en el vigente art. 41 ET (el cual sólo requiere que las causas alegadas para la modificación sustancial estén vagamente relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa). En términos globales, pues, puede afirmarse que el descuelgue referido a las materias citadas, salvo en lo que hace a la cuantía salarial (esto es, lo que antes sería una modificación de las condiciones de este tipo establecidas en un convenio colectivo) mantiene una regulación semejante a la anterior al RDL 3/2012 para esas modificaciones, si bien es claro que es más rigurosa si se compara con la regulación actual del art. 41 ET.

En cuanto al descuelgue salarial, las exigencias anteriores del art. 82.3 ET (que haya tenido lugar una disminución persistente del nivel de ingresos o que la situación y perspectivas económicas de la empresa se hayan visto o se puedan ver dañadas como consecuencia de la aplicación del régimen salarial del convenio superior) se han visto transformadas, de manera más flexible y precisa, en la existencia de una situación económica negativa que provoque igualmente una disminución persistente del nivel de ingresos o de ventas durante dos trimestres consecutivos. En conclusión, el anterior descuelgue salarial ahora puede tener lugar mediante el descuelgue genérico, si existen causas económicas, en unas circunstancias que son algo más favorecedoras del anterior descuelgue salarial relativo a la cuantía del salario; pero, indudablemente, ese descuelgue salarial se ha facilitado ahora al añadir a las causas económicas (las únicas que motivaban antes el descuelgue salarial) las otras tres causas técnicas, organizativas y productivas, estas sí interpretadas, también para el despido colectivo, de manera muy amplia y flexible y que ahora por primera vez aparecen justificando el descuelgue salarial en cuanto a la cuantía del salario.

En tercer lugar, el actual art. 83.2 ET mantiene las reglas o exigencias que ya figuraban en la versión anterior tras la reformas de los RDL 10/2010, la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011: posibilidad de suscripción del acuerdo de descuelgue por parte de la representación ad hoc de los trabajadores de la empresa en los casos de ausencia de representación legal (art. 41.4 ET); posibilidad de impugnar el acuerdo de descuelgue sólo si existe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; obligación de comunicar el acuerdo de descuelgue a la comisión paritaria del convenio, ampliando ahora esa comunicación a la autoridad laboral a efectos de una posible impugnación normalmente por el procedimiento de oficio.

En lo que sí hay diferencia es en el contenido del acuerdo de descuelgue. Según la versión actual (art. 82.3, sexto párrafo, ET) el acuerdo debe establecer "*con exactitud*" las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa

(sean de jornada, salariales, funcionales o respecto de las mejoras voluntarias) así como su duración que, como sucedía ya, no puede prolongarse más allá de la vigencia del convenio colectivo en relación con el cual tiene lugar el descuelgue. La nueva regulación, no obstante, es más favorecedora del mantenimiento del acuerdo de descuelgue ya que no tiene límite temporal absoluto alguno (los tres años, de la regulación anterior del descuelgue salarial del anterior art. 82.3 ET han desaparecido de la versión actual) y tampoco se sujeta estrictamente su duración a la vigencia ordinaria del convenio colectivo afectado puesto que el acuerdo de descuelgue podrá seguir en vigor hasta tanto “*resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa*”; lo que permite mantener el acuerdo de descuelgue en todas las situaciones de prórroga del convenio, sean ordinarias o extraordinarias (ultraactividad). Una razón más de presión en contra de la ultraactividad. Además, el art. 82.3 ET ha suprimido la obligada programación, es verdad que más voluntarista que real, en el acuerdo (cuando de descuelgue salarial se trataba) de la progresiva convergencia o retorno a las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo supraempresarial afectado.

En cuarto lugar, el RDL 3/2012 insiste en la línea, que se ha visto constante en las reformas anteriores, de forzar una solución efectiva a las discrepancias o desacuerdos en el procedimiento de consultas que es obligado iniciar. Lo hace, en primer lugar, manteniendo que las partes “*podrán*” (algo potestativo y por tanto no obligatorio, salvo cuando el convenio así lo fijase) someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio afectado que, en los siete días siguientes al planteamiento, deberá pronunciarse. En segundo lugar, reitera que si el acuerdo no es posible mediante la intervención de la comisión paritaria (porque no sea obligado acudir a ella; porque, aunque lo fuere, la comisión paritaria tampoco llega a un acuerdo; o porque no estén previstas formas de solución efectiva de esa discrepancia en la comisión paritaria recurriendo, por ejemplo, al arbitraje sobre todo imponiendo un arbitraje obligatorio mediante el convenio colectivo) las partes “*podrán*” (de nuevo, potestativamente) recurrir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos que deben (un mandato que, en cuanto dirigido a los posibles interlocutores de un acuerdo interprofesional estatal o autonómico, es dudosa observancia y efectividad) regular tales acuerdos interprofesionales. Estos procedimientos, sigue diciendo el art. 82.3 ET, párrafo séptimo, “*deberán*” solventar de manera efectiva la discrepancia (entre empresa y representantes de los trabajadores o en el seno de la comisión paritaria, si es el caso) para lo cual es posible (pero no obligado) que establezcan la obligatoriedad de someterse a un arbitraje vinculante que dará, en su caso, origen a un laudo dotado de la misma eficacia que el acuerdo obtenido en el periodo de consultas.

Que todas estas posibles instancias de solución del desacuerdo no necesariamente llevan a la solución de las discrepancias queda de manifiesto en el importantísimo párrafo octavo del art. 82.3 ET añadido por el RDL 3/2012.

Siempre que esa solución no sea simplemente entender, lo que no habría que descartar, que no hay descuelgue posible por falta de acuerdo; un resultado que sin duda no es atractivo para el legislador ya que se intenta favorecer en todo caso el interés empresarial (difícilmente será de los trabajadores) en lograr el descuelgue, al hacer igual la existencia de acuerdo o de su equivalente arbitral sólo con la solución efectiva de la discrepancia.

En efecto, el párrafo octavo del art. 82.3 ET establece ahora que, si ninguna de las instancias o vías anteriores han propiciado el acuerdo de descuelgue (porque las partes no se hayan sometido a las mismas o porque no hubieran solucionado materialmente la controversia), “*cualquiera de las partes*” podrá someter la solución de la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, si se trata de inaplicar condiciones de trabajo que afectan a centros de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de la comunidad autónoma de que se trate, en los demás casos. El potestativo no se refiere a si ambas partes pueden o no acordar someterse a este último procedimiento de solución sino a que basta que una de ellas (obviamente, el empresario en la práctica totalidad de los casos ya que es el principal y casi exclusivo interesado en el descuelgue) acuda a la Comisión Consultiva para que ésta intervenga, aun en contra de la voluntad de la otra parte afectada no favorable a esta intervención.

El que una parte pueda imponer a la otra la intervención de la Comisión Consultiva, siendo ya una limitación de la autonomía colectiva, se convierte en un atentado directo a la misma en la medida en que el legislador, por primera vez en estas situaciones de discrepancia, atraviesa la línea roja de la voluntariedad en la imposición del arbitraje para establecer un arbitraje obligatorio, decidido por los propios órganos nacional o autonómicos citados o por un árbitro que se designe al efecto en esas mismas instancias¹². Una decisión arbitral que ha de dictarse en el plazo de veinticinco días a contar desde la fecha en que se sometió el conflicto a estos órganos, teniendo esta decisión el mismo valor que el acuerdo de descuelgue entre empresa y trabajadores. Y que será difícilmente recurrible al estar limitada la impugnación a las causas y mediante el procedimiento previsto en el art. 91 ET: (inobservancia en el desarrollo de la actuación arbitral de los requisitos y formalidades establecidos al efecto; incongruencia del laudo en relación con los puntos sometidos a su decisión.

En conclusión, la nueva regulación del descuelgue genérico, siendo mínimamente causal (aunque ahora menos que la modificación sustancial de con-

¹² Lo reconoce Mercader Uguina, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012...” cit. p. 367, según el cual es claro que la norma impone un arbitraje obligatorio, sin que existan circunstancias excepcionales (la crisis o los problemas de cada empresa no pueden así considerarse) que lo justificasen en los términos establecidos por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

diciones de trabajo de la que, en gran parte, procede) y pudiendo interpretarse esa existencia de causas justificadoras de forma muy flexible, permite a la empresa descolgarse o inaplicar muchas de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor (jornada, salario, funciones, mejoras). Para ello, y en respeto a la vigencia y a la vinculabilidad de los propios convenios colectivos, la ley exige en principio un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, afrontando incluso la hipótesis de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa al acudir a la representación ad hoc del art. 41.4 ET.

Pero, de no lograrse el acuerdo en el periodo de consultas, la norma articula toda una serie de instancias sucesivas para lograr el acuerdo de descuelgue, tales como la comisión paritaria del convenio y los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos por los acuerdos interprofesionales. Sin embargo, y para el caso de que ninguna de estas dos vías funcione generando el acuerdo de descuelgue o un laudo porque el convenio no obligue a acudir a la comisión paritaria; o porque para acudir a la comisión paritaria misma sea necesario, a su vez, el acuerdo; o porque no estén previstos modos de solución de discrepancias en el seno de la comisión paritaria; o porque los acuerdos interprofesionales no establezcan sistema alguno de solución de este tipo de discrepancias; o porque los configuren como voluntarios; o porque no incluyan la vía arbitral; o porque, en fin, lo hagan como voluntaria para ambas partes, el art. 82.3 ET, párrafo octavo, acaba imponiendo un arbitraje obligatorio en el sentido de que sólo el acuerdo de las partes de no acudir al mismo puede eludirlo, bastando en cambio la decisión de una sola de ellas (habitualmente la empresa) para imponerlo a la otra.

Y, una vez planteada la discrepancia ante esas instancias (Comisión Consultiva u órganos semejantes de las comunidades autónomas), la solución vendrá ineluctablemente impuesta por el árbitro mediante una decisión que suplanta al acuerdo. Se plantea aquí muy crudamente la opción legal por la imposición del arbitraje frente a las relevantes y fundadas dudas, de fundamento constitucional y de respeto a la autonomía colectiva, acerca de la posibilidad de que pueda imponerse por ley un arbitraje obligatorio en relación con discrepancias que son o pueden ser muy habituales en la dinámica cotidiana de la empresa, socavando fuertemente la capacidad reguladora de la autonomía colectiva o la vinculabilidad de sus acuerdos convencionales. De forma que la posición de los negociadores por parte de los trabajadores siempre estará sometida a la presión, que afecta obviamente a su capacidad negociadora, de la posibilidad final del empresario de imponer la solución arbitral para el descuelgue genérico.

El art. 82.3 ET incorpora, por último, un cambio igualmente significativo cual es el de permitir el descuelgue de la empresa no sólo respecto de un convenio sectorial supraempresarial sino incluso de un convenio de la misma

empresa. Sin duda que este cambio amplía también las posibilidades de descuelgue ya que cabe incluso cuando las condiciones que no se quiere aplicar están reguladas en el propio convenio de empresa; recuérdese que antes el descuelgue salarial sólo era posible frente a convenios sectoriales por lo que, si el régimen salarial aplicable estaba regulado por el convenio de empresa, sólo cabía, en cuanto a la cuantía, volver a negociar un nuevo convenio, incluso ante tempus si es que había acuerdo para ello. No así las demás condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo que podían ser modificadas antes por la vía del art. 41 ET, estuvieran fijadas en un convenio sectorial o de la empresa. El RDL 3/2012 ha optado como opción común al descuelgue genérico por la alternativa más amplia, de modo que es indiferente en qué convenio estén reguladas las condiciones de cualquier tipo que se quieran inaplicar.

Con lo que se apoya a la empresa incluso cuando la regulación de esas condiciones la ha fijado la misma empresa en el convenio empresarial negociado con los mismos representantes a los que se reclama luego un acuerdo de descuelgue. Una ampliación que no se justifica funcionalmente como cuando el convenio era supraempresarial, al estimarse que las previsiones de los convenios sectoriales no podía tener en consideración la situación concreta de cada empresa; algo que, desde luego, el convenio de empresa sí puede y debe hacer. El pretender inaplicar un convenio que la propia empresa ha suscrito puede constituir, además de un atentado a la negociación colectiva empresarial formalizada, un ejemplo rechazable de actuación contra los propios actos, al no exigirse a la empresa ni siquiera el ejercicio responsable de su propia autonomía que la obligaría a someterse, durante toda su vigencia, al convenio suscrito, impidiéndole desplazarlo salvo para negociar un nuevo convenio para lo que tendría que obtener el consenso de la otra parte, el mismo que requiere en principio el descuelgue. Sólo que el fracaso de la negociación de un convenio no conduce, como en el procedimiento de descuelgue, al arbitraje obligatorio, de aquí el fundamento, no explícito pero real, de la ampliación a los convenios de empresa.

Desde este punto de vista, la regulación del art. 82.3 ET puede considerarse, en general, como una forma de debilitación de los convenios colectivos, pero sobre todo, como una manera de implantar en la empresa, incluso contra las previsiones del convenio específico que esa empresa ha suscrito, un procedimiento permanente de revisión de muchas de las condiciones de trabajo que siempre podrá culminar con un arbitraje impuesto sin contar con el asentimiento de la otra parte, es decir, de los representantes de los trabajadores. Una especie de situación de provisionalidad en cuanto a lo acordado que siempre podrán variarse, ignorando el pacto, por un tercero cuya decisión, aun no querida por una de las partes, acaba imponiéndosele de forma obligatoria.

El arbitraje obligatorio final viene, así, a jugar un papel similar a la intervención judicial; con las relevantes diferencias de que no se trata de un

conflicto de interpretación o de aplicación de normas (donde las competencias de la autonomía colectiva deben conciliarse con el respeto a la tutela judicial y donde la naturaleza del conflicto favorece la intervención del tercero imparcial aun en contra de la voluntad de una de las partes) sino de un conflicto de intereses atribuido en bloque a la competencia de las partes sociales mediante el acuerdo (esto es lo que exige el respeto de la autonomía colectiva) y respecto de los cuales cualquier intervención, no querida por ambas de forma conjunta, constituye una lesión de esa misma autonomía colectiva. Mucho más cuando, como se ha dicho, esa intervención, lejos de ser excepcional se configura como un mecanismo rutinario para abordar problemas que pueden plantearse de manera bastante frecuente.

4. LA INTERVENCIÓN LEGAL EN EL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El RDL 3/2012 ha reformado también el art. 85.3 ET en la parte en la que establece el que la ley viene llamando desde la primera versión del ET el “*contenido mínimo*” de los convenios colectivos y que es mucho más correcto calificar como contenido obligatorio. En esta materia es donde mejor se aprecian los vaivenes normativos ya que, mientras que el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 procedieron básicamente a una modificación puntual en lo relativo a la solución efectiva de las discrepancias en la negociación del descuelgue salarial y en la negociación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (arts. 82.3 y 41.6 ET), el RDL 7/2011 introdujo una regulación muy extensa de ese contenido obligatorio dando una nueva y amplia versión al art. 85.3 ET. El RDL 3/2012, en cambio, modifica este inflado art. 85.3 ET para volver a la versión anterior más reducida y concreta. Posiblemente en parte porque la nueva regulación del art. 82.3 ET que se acaba de comentar acerca del descuelgue genérico ya contiene en sí misma el mecanismo de solución final consistente en el arbitraje obligatorio, a iniciativa de una sola de las partes, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u otros organismos autonómicos equivalentes, haciendo innecesarios algunos de los apartados del art. 85.3 orientados a ese fin. Pero la reforma del RDL 3/2012 también elimina otros apartados del art. 85.3 ET que es conveniente considerar.

4.1. El contenido obligatorio del convenio colectivo, antes y después del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010

En la versión del art. 85.3 ET anterior al RDL 10/2010, el contenido obligatorio del convenio colectivo, aparte de las menciones imprescindibles a las

partes que lo conciertan (apartado a), al ámbito personal, funcional, territorial y temporal del convenio (apartado b) y a la forma y denuncia del convenio, así como el plazo de preaviso para esa denuncia (apartado d), incluía dos referencias, una general y otra más concreta.

La general se refería a la necesidad de que el convenio estableciera una comisión paritaria a la se le atribuyeran cuantas competencias se consideraran adecuadas por las partes negociadoras, sin que el ET fijara ninguna precisa pero haciendo referencia implícita tanto las competencias de interpretación y de aplicación del convenio como a la de solventar las discrepancias que pudieran surgir en el seno de la propia comisión paritaria, al exigir el art. 85.3, e) ET que el convenio fijara igualmente *“los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión”*, sin tampoco precisar el tipo de procedimiento ni exigir siquiera que esa solución fuera *“efectiva”*. Por lo que, en fin, el convenio era libre de asignar unas u otras competencias a la comisión paritaria y también para establecer un procedimiento u otro (eventualmente incluso ninguno) para solventar las discrepancias en la comisión, pudiendo fijar un trámite de mediación o, incluso, de arbitraje obligatorio impuesto por la propia autonomía colectiva. En cuanto a la referencia específica, consistía en la obligación del convenio colectivo de ámbito superior a la empresa de establecer las condiciones y procedimientos para el descuelgue salarial, algo exigido por el art. 82.3 ET, en los términos vistos, incluso en la versión vigente antes del RDL 10/2010.

Sobre esta regulación actuaron el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010. El primero de ellos, en línea con la sostenida preocupación por favorecer el descuelgue salarial, cambiando la dicción del apartado c) del art. 85.3 ET en un sentido más lacónico ya que el escenario había sido alterado al no existir ya la tutela de los procesos de descuelgue salarial en la empresa por parte de la negociación colectiva de ámbito superior propia de la versión anterior del art. 82.3 y que el RDL 10/2010 había igualmente modificado propiciando una desvinculación directa por parte del acuerdo de empresa. Por este motivo, el nuevo apartado c) del art. 85.3 ET lo que señala es que los convenios colectivos deberán tener como contenido obligatorio no tanto el procedimiento para el descuelgue de sus normas salariales por parte de un convenio de empresa (que no existe al ser un descuelgue empresarial directo) sino más bien la forma de resolver *“las discrepancias que pudieran surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial”* del convenio de ámbito superior.

Es decir, un propósito de garantizar el descuelgue pretendiendo obligar a los convenios colectivos a establecer de qué forma (*“efectiva”*, añadía el RDL 10/2010) se solucionaba la situación de bloqueo en el caso de desacuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin que esa pretensión avanzara más allá de todas las alternativas, instancias o pasos que el art. 82.3

ET establecía con esa misma finalidad. Es decir, con una posible efectividad (si entendida como existencia del acuerdo de descuelgue o de un laudo arbitral alternativo) poco garantizada.

Por su parte, la Ley 35/2010 insistió en esta misma orientación y en este mismo propósito, al volver a dar una nueva versión al apartado c) del art. 85.3 ET, reclamando del convenio colectivo (como contenido obligatorio) que éste estableciera procedimientos para solventar “*de manera efectiva*” las discrepancias que pudieran surgir tanto en la negociación para modificar las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (art. 41.6 ET), como en la negociación para el descuelgue salarial; es decir, en los dos ejemplos de acuerdos de empresa de desvinculación o no aplicación (derogatorios) de lo establecido en un convenio colectivo que serían, en cuanto a la modificación, de cualquier nivel; y respecto del descuelgue, sólo sectoriales supraempresariales. Además, la Ley 35/2010 añadió a este apartado que los convenios colectivos debían adaptar, en su caso (esto es, si fuera necesario lo que debía juzgarse por las propias partes negociadoras) los procedimientos que estuvieran fijados en los acuerdos interprofesionales suscritos precisamente, entre otras, con esta finalidad. Una vez más, la insistencia en favorecer la modificación de condiciones o el descuelgue salarial llevó al legislador a forzar al máximo el contenido obligatorio de los convenios afectados exigiéndoles articular alguna forma de lograrlo, favoreciendo así el interés de la empresa.

4.2. El contenido obligatorio en el RDL 7/2011 y su comparación con el RDL 3/2012

La revolución en este punto vino de la mano del RDL 7/2011 ya que puso una auténtica inflación del contenido del art. 85.3 ET¹³. De manera que el repertorio de la cuestiones que obligadamente debían figurar en el contenido del convenio así como, en algunos casos, la forma en que tenían que hacerlo, constituyeron una verdadera limitación de la autonomía colectiva, obligada a negociar forzosamente sobre una serie de materias y a incluirlas, también forzosamente, en el contenido del convenio. Y ello pese a que el art. 85.3 ET se encabezara (y aún se encabeza) con una, podría decirse que irónica, proclamación de la libertad de contratación de las partes; las que, siendo en teoría libres para establecer un contenido u otro del convenio colectivo, finalmente estaban constreñidas a incluir en el mismo un largo repertorio de materias y procedimientos.

¹³ Sobre estas cuestiones, J.M. Goerlich Peset. “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”, en *La reforma de la negociación colectiva*, cit. pp. 104-118; también Mercader Uguina, “La reforma de la negociación colectiva...”, cit. pp. 377-379.

Esta extensa, y criticable, versión del art. 85.3 ET ha resultado fuertemente modificada por el RDL 3/2012 el cual ha hecho retornar al art. 85.3 ET a una versión más reducida y escueta, semejante a la que ya existía con anterioridad al RDL 10/2010. Seguramente porque la pretensión de obligar a las partes a incluir contenidos, y la manera de hacerlos, en el convenio colectivo, forzando la autonomía colectiva, se ha manifestado poco efectiva; tanto por las dudas de constitucionalidad como por la propia resistencia de los negociadores, frecuentes incumplidores de algunas de las exigencias del art. 85.3 ET y por la ausencia de sanción legal para esos incumplimientos.

De forma que el legislador ha preferido en muchas cuestiones optar por la imposición directa de un mandato normativo buscando la solución en la norma legal y no tanto en la propia autonomía colectiva; como ha sucedido, por ejemplo, en relación con los arbitrajes como medio de solución efectiva de las discrepancias. De esta forma se ha pasado en este campo de un dirigismo estatal mediato de los procesos de negociación (tratando de forzar a las partes a adoptar decisiones orientadas en una cierta dirección) a un diseño estatal directo e imperativo de esos procesos. Lo que no impide que sigan subsistiendo dudas acerca de esa intervención estatal tan determinante y que condiciona tan fuertemente el modo en que debe hacerse uso de la autonomía colectiva por las partes sociales, aunque ahora ya no lo haga intentando controlar el contenido de los convenios colectivos.

Volviendo al art. 85.3 ET en la versión del RDL 7/2011, este artículo estaba integrado por una amplia serie de apartados (del a al i), algunos de los cuales estaba dividido a su vez en subapartados, como sucede con los apartados h (con cuatro subapartados) e i (con dos subapartados). Algo que el RDL 3/2012 ha eliminado volviendo a un contenido más clásico y habitual, con sólo cinco apartados. Pues bien, haciendo un análisis del art 85.3 ET en la versión del RDL 7/2011, y comparándola con la actualmente vigente debida al RDL 3/2012, pueden hacerse las siguientes observaciones:

4.2.1. Los contenidos obligatorios clásicos

Los dos primeros apartados del art. 85.3 ET que pueden considerarse clásicos son los referidos a la identificación de las partes y a la fijación de los ámbitos personal, funcional, territorial y temporal (letras a y b). Son apartados inevitables para la identificación del convenio y, lógicamente, no han sufrido ningún cambio en el proceso de reformas, manteniéndose sin alteración.

Otro apartado clásico es el relativo a la exigencia de que en el convenio consten la forma y condiciones de denuncia del convenio y su plazo de preaviso (letra d). En este punto, el RDL 7/2011 añadió que, salvo pacto en contra, se entendía que ese plazo mínimo era de tres meses antes de finalizar su vigencia. No se entiende bien la razón de este añadido ya, al suplir a las partes a la hora

de fijar el plazo de preaviso fijando uno relativamente amplio, podía ser considerada una medida favorable a la prórroga automática u ordinaria anual del convenio. Salvo que ese sea precisamente el objetivo y la apuesta lo fuera por la continuidad del convenio. En todo caso, el añadido ha desaparecido del art. 85.3 ET por obra del RDL 3/2011 que ha vuelto a la versión más tradicional y consolidada. De modo que el plazo de preaviso será el que fijen las partes, y, de no hacerlo, se entenderá que el convenio puede denunciarse en cualquier momento antes del fin de su vigencia. En cualquier caso, hay que hacer notar la escasa relevancia práctica del plazo de preaviso cuyo incumplimiento no impide desde luego a las partes iniciar las negociaciones en cualquier momento, aunque tenga influencia sobre el deber de negociar de quien no ha ejercitado la facultad de denuncia.

4.2.2. La comisión paritaria del convenio y sus competencias como contenido obligatorio

No es ninguna incongruencia que la comisión paritaria, como órgano de gestión, interpretación y aplicación del convenio, aparezca como un contenido obligatorio, e incluso necesario, del convenio colectivo estableciéndose tanto su composición, que obviamente ha de ser representativa de las partes negociadoras, así como las competencias que el convenio mismo le atribuye. Sin que se pretendiera imponer al convenio que le asignara determinadas competencias a dicha comisión paritaria, siendo decisión de las partes el conferirle más o menos facultades y dotarla o no de otras capacidades de decisión. El RDL 7/2011 pretendió alterar esta regla, mediante un amplio apartado (la letra h) con la pretensión de imponer a los sujetos negociadores de un convenio que incluyeran en el mismo una serie de competencias y modos de actuar de la comisión paritaria. Por su parte, el RDL 3/2012, seguramente tomando nota de la inutilidad de esa pretensión del RDL 7/2011, ha vuelto a una versión de la presencia de la comisión paritaria en el contenido obligatorio del convenio mucho más contenida, como ahora se verá.

Pues bien, el RDL 7/2011 (art. 85.3, h ET), en el intento de fijar normativamente las competencias de la comisión paritaria, se concentró en potenciar el papel de esta comisión como instancia de solución de las controversias que podía afectar al convenio colectivo para lo que atribuyó tres niveles de intervención.

En primer lugar, el tradicional de instancia de interpretación y de aplicación del propio convenio colectivo en sintonía con el art. 91 ET que el propio RDL 7/2011 reformó cambiando la imprecisa referencia a estas competencias que consistía en afirmar, defendiendo más bien el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial, que el ejercicio de las competencias de interpretación y de aplicación del convenio que la comisión paritaria tuviera atribuidas,

sin especificar cuáles, no impedía el recurso a la jurisdicción social (versión del art. 91.1 ET antes del RDL 7/2011). El RDL 7/2011, al reformar el art. 91.1 ET cambió esta preocupación por defender el acceso a la tutela judicial por la de potenciar el papel de las comisiones paritarias, por lo que su dicción se altera, afirmando (y esta versión no ha sido alterada por el RDL 3/2012) que *“sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación de e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos”*.

De manera que, conforme al art. 91.1 ET, la comisión paritaria es, por imperativo legal y al margen de lo que dispongan las partes, la competente, como instancia previa al acceso a la jurisdicción, para solventar las cuestiones referidas a la interpretación y aplicación del convenio. Mucho más si se tienen en cuenta los nuevos apartados del art. 91, incluidos por el RDL 7/2011: la comisión paritaria deberá intervenir, en materia de interpretación y aplicación del convenio, con carácter previo al planteamiento formal del conflicto incluso ante instancias no jurisdiccionales de solución (apartado 3); las resoluciones de la comisión paritaria en este punto tendrán el valor del convenio colectivo al que interpretan o aplican (apartado 4). Teniendo en cuenta lo anterior, el intento de que el convenio contenga, como contenido obligatorio, una asignación de competencias de este tipo a la comisión paritaria era perfectamente superfluo, salvo para precisarlas o incrementarlas en algún sentido. Conforme al art. 91.1 ET, la comisión paritaria tendrá siempre esa competencia, se la atribuya o no el convenio colectivo. Un apartado, pues, el h), 1º del art. 85.3 ET, meramente reiterativo que ha desaparecido en la versión del RDL 3/2012.

En segundo lugar, (letra h), 2º del art. 85.3 ET, el RDL 7/2011 forzaba a incluir, como contenido obligatorio del convenio, la atribución a la comisión paritaria de las competencias de desarrollo de las *“funciones de adaptación, y, en su caso, de modificación del convenio durante su vigencia”*. Este punto era totalmente novedoso en la dicción del art. 85.3 ET aunque venía a recoger una práctica habitual de las comisiones paritarias (la de adaptación del convenio), añadiéndole la de modificación. Si bien, recogiendo una consolidada opinión jurisprudencial, para el ejercicio de tal función modificadora del convenio (una especie de renegociación del mismo), la comisión paritaria no podía ser por sí sola competente, exigiéndose que se integraran en la misma los sujetos legitimados para la negociación en los términos del art. 87 y 88 ET como condición para que los acuerdos de la comisión tuvieran eficacia general. En definitiva, el RDL 7/2011 distinguía la adaptación de la modificación del convenio, desplazando en verdad ésta al ámbito de los requisitos generales de la negociación de forma que la competente no era en sí misma la comisión paritaria. En este punto, la referencia del art. 85.3, h) 2º ET era igualmente innecesaria por la

preferencia inevitable de los requisitos de los arts. 87 y 88 ET. En cuanto a la adaptación del convenio, el respeto a las decisiones de los negociadores (quienes podrían no considerar oportuno atribuir esta competencia a la comisión paritaria) dejaba paso a la insistente pretensión de conferir un papel protagonista a la comisión paritaria en la gestión del convenio colectivo aun a pesar de la voluntad de los firmantes del convenio. Tras el RDL 3/2012 este apartado ha sido suprimido, igualmente por poco operativo.

El tercer nivel de intervención de la comisión paritaria, que el RDL 7/2011 trataba de incentivar, se organizaba como la obligatoriedad de que el convenio colectivo incluyera en su articulado la asignación a la comisión paritaria de las funciones de solución de las discrepancias en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (anterior art. 41.6 ET) o de descuelgue salarial (art. 82.3 ET); procedimientos, como se ha visto, separados hasta el RDL 3/2012 que los ha unificado en un sólo procedimiento de descuelgue genérico (actual art. 82.3 ET).

Que el convenio debía tener, como contenido obligatorio, los términos y procedimientos a través de los cuales solventar estos conflictos no es algo nuevo ya que estaba en la versión anterior al RDL 10/2010, cuando el art. 85.3, c) ET cuando así lo exigía en relación con el descuelgue salarial (un contenido importante, como se vio antes, expresivo de un control por parte del convenio superior de los casos de descuelgue empresarial que ya no existe desde el RDL 10/2010). Esta última norma, a partir de la posibilidad del descuelgue salarial directo que permitió (y que ha seguido vigente) a través de la versión reformada del art. 82.3 ET, cambió la referencia a este contenido obligatorio, sustituyéndola por la exigencia de que en el convenio figuraran los procedimientos para resolver las discrepancias que pudieran surgir (entre empresa y representantes de los trabajadores) en la negociación del descuelgue salarial, sin especificar a quién venía atribuida esa competencia.

Algo semejante a lo que hizo la Ley 35/2010 al volver a reformar el apartado c) del art. 85.3 ET obligando al convenio a incluir esos procedimientos pero ahora no sólo para solucionar las discrepancias en la negociación del descuelgue salarial sino también en la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo. Una versión, la de la Ley 35/2010, que ni el RDL 7/2011 ni el RDL 3/2012 han alterado, salvo, en este último caso, en lo que hace al cambio técnico obligado derivado de la creación del procedimiento de descuelgue genérico en el que confluyen ahora tanto el descuelgue salarial como la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo; de forma que el actual art. 85.3, c) ET sólo menciona al art. 82.3 ET y no, como antes, al art. 41.6 ET. En todo caso, hay que recalcar que ninguna de las normas anteriores, y tampoco el RDL 3/2012, indican qué procedimientos deben articularse ni cómo solucionar esas controversias, salvo el insistente recordatorio de que debe ser de forma efectiva, sin mayor preci-

sión. Un mandato que puede considerarse, en general, poco impositivo sobre la decisión de las partes negociadoras.

Pues bien, en este punto, lo que pretendió el RDL 7/2011 (art. 85.3, h) 3º ET) fue, sin alterar la imprecisión, respetuosa de la autonomía colectiva, acerca de los procedimientos de solución de las controversias, el atribuir esa competencia a la comisión paritaria, incluso añadiéndole una nueva como es la de intervenir (como “*se acuerde*”, es decir, sin precisar tampoco ni la forma ni el alcance de esa intervención) en esos procesos de modificación o de descuelgue cuando no hay representación legal de los trabajadores (art. 85.3, h) 4º ET). Una hipótesis que ya había sido resuelta por el RDL 10/2010 y por la Ley 35/2012 (lo que se ha mantenido hasta ahora por el mismo RDL 7/2011 y por el RDL 3/2012) mediante la creación de una representación ad hoc regulada por el art. 41.4 ET. La imprecisión de todas estas exigencias al contenido obligatorio del convenio dejaba, como es obvio, un amplio campo para la decisión de los negociadores del convenio que tanto podrían fijar el procedimiento, regularlo completamente y atribuir a la comisión paritaria el máximo de competencias, incluso decisorias, como incluir una mención escueta, poco desarrollada y donde las competencias atribuidas a la comisión paritaria no fuera de relieve. Al no vulnerar ninguna de estas alternativas la exigencia legal, tanto el número 3º como el 4º del art. 85.3 ET se revelaban como muy poco eficaces. Por este motivo, ambos apartados también desaparecen por obra del RDL 3/2012.

4.2.3. La solución de las discrepancias dentro de la comisión paritaria como factor de la efectividad de su intervención

Una de las preocupaciones recurrentes del legislador en todas las reformas que se están analizando es la de lograr que las instancias de solución de los conflictos o controversias actúen de manera efectiva; lo que, en el sentido de la ley, es conseguir que exista un acuerdo entre empresa y trabajadores (para lo que sirve la mediación), o, alternativamente, una resolución arbitral de alguna instancia u órgano que, de forma supletoria, resuelva dicho conflicto de forma obligatoria. Sin que se considere una solución el que, sencillamente, no se llegue a un acuerdo o, en su caso, a un laudo.

Se trata de una preocupación irrelevante cuando el conflicto es de interpretación y de aplicación del convenio ya que, siendo un conflicto jurídico y siendo necesario articular alguna respuesta, siempre podrá encontrar una solución a través de la vía judicial (art 91 ET, en cualquiera de sus versiones pero más evidentemente a partir del RDL 7/2011 y aún en vigor). Pero es de mayor calado cuando de lo que se trata es de resolver un conflicto de intereses o de negociación, donde la intervención no querida de un tercero siempre será considerada, y no puede ser de otra forma, como un atentado a la autonomía colectiva. Este es el problema que se plantea con los conflictos en torno al descuelgue genérico que, si atribuidos al conocimiento de la comisión paritaria

por el convenio colectivo (algo que no está garantizado y menos en la versión actual del art. 85.3 ET tras el RDL 3/2012), pueden encallarse en la comisión paritaria por falta de acuerdo en la misma.

Pues bien, lo que el RDL 7/2011 pretendió con el párrafo último del art. 85.3, h) ET fue forzar a que los conflictos planteados ante la comisión paritaria (a la que, a su vez, atribuía competencia de conocimiento como se ha visto) encontraran una solución que no fuera sólo la imposibilidad del descuelgue o de la modificación de condiciones establecidas en el convenio colectivo, por carencia de acuerdo en la propia comisión paritaria. Con esta finalidad, el RDL 7/2011, con un lenguaje imperativo para los sujetos negociadores, obligaba a incluir, como contenido obligatorio, los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria (y añadía enfáticamente “*para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguardia de los derechos afectados*”), insistiendo en que, en particular, el convenio debía incorporar “*los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha comisión*”, incluyendo la posibilidad de someter la cuestión a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos por los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET.

Verdaderamente poco hay de impositivo en esta regla legal que el RDL 3/2012 ha conservado (actual art. 85.3, e) ET) eliminando declaraciones superfluas y poniendo en evidencia que el contenido obligatorio del convenio en este punto deja un amplio margen a los negociadores los cuales podrán establecer el procedimiento y los plazos que estimen pertinentes y decidir su sometimiento no a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos y con qué alcance. Lo que se conecta con la posibilidad, que el art. 85.3, c) ET no impone, del arbitraje que, además, es habitualmente configurado como voluntario en esos procedimientos de solución extrajudicial. En consecuencia, la inefectividad del mandato legal y del intento de potenciar, a través del contenido obligatorio del convenio, el papel de la comisión paritaria ha hecho que el RDL 3/2012 cabe suprimiendo prácticamente todo el anterior apartado h) del art. 85.3 ET. En lo que, sin duda, ha tenido impacto el que el RDL 3/2012 haya impuesto el arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (o de los órganos autonómicos semejantes) para solventar las discrepancias en torno al descuelgue genérico; de forma que ni ese contenido obligatorio que pretendía el RDL 7/2011 es ya necesario y tampoco es ya tan relevante que la comisión paritaria sea el órgano de solución efectiva de las mismas.

4.2.4. El contenido obligatorio del convenio colectivo relacionado con la dinámica de la negociación

Esta es una materia que tiene obviamente que ver con la dinámica de la negociación colectiva (que el RDL 7/2011 trata de favorecer en vistas a la sus-

cripción del nuevo convenio) y con las situaciones de fracaso de la negociación y de prórroga de la vigencia del convenio colectivo reguladas por el art. 86 ET (y antes del RDL 3/2012, también por el art. 89 ET). Así, el RDL 7/2011 forzaba al convenio a incluir, como contenido obligatorio, la fijación de un plazo máximo para el inicio de la negociación de un nuevo convenio tras su denuncia, determinando que, en ausencia de esta previsión, el plazo máximo sería el fijado en el art. 89.2 ET que también reformó obligando directamente a iniciar las negociaciones constituyendo la comisión negociadora (en defecto de pacto) en un plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación de la denuncia; y a responder a la propuesta de negociación y a fijar un calendario o plan de negociación y a iniciarla en el plazo máximo de quince días desde la constitución de la comisión negociadora.

El RDL 3/2012, al dejar prácticamente intacto el art. 89.2 ET hace superflua la negociación obligada de esta cuestión por parte del convenio colectivo ya que convierte al art. 89.2 ET en una regla supletoria que entrará en vigor si las partes nada acuerdan al respecto. Se rescata así en este tema la función supletoria de la ley, mucho más respetuosa de la autonomía colectiva ya que sólo rige en defecto de pacto en otro sentido. Por esta razón, el RDL 3/2012 ha suprimido la letra e) del art. 85.3 ET. A este respecto, el art. 89.2 ET (en la versión del RDL 3/2012) se limita a fijar que la constitución de la comisión negociadora debe tener lugar en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación y que las partes deben fijar un calendario o plan de negociación, pero ha eliminado la exigencia de que, en quince días, deba iniciarse la actividad negociadora. Lo superfluo e inefectivo de este mandato ha abogado sin duda por su supresión.

El RDL 7/2011 también recogía en el art. 85.3, f) ET la obligación de que el convenio colectivo contuviera la fijación de un plazo máximo para la negociación del convenio en razón de la duración del convenio anterior, imponiendo, en defecto de pacto al respecto, una duración máxima de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior fuera inferior a dos años o de catorce meses en los demás convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia original. Sin embargo, la propia previsión de una regla legal alternativa que también se contenía en el art. 89.2, último párrafo ET, hacía poco imperativa la exigencia de que esta cuestión formara parte del contenido obligatorio del convenio ya que la propia norma legal preveía que ese contenido no sea acordado. Por esta razón, el apartado f) del art. 85.3 ET también podía considerarse superfluo. El RDL 3/2012, finalmente, ha suprimido también este apartado pero igualmente ha suprimido último párrafo del art. 89.2 ET donde se fijaban estos plazos máximos de negociación que ahora carecen ya de respaldo legal. Las dudas acerca de la operatividad de esta regla de plazos con el mantenimiento, no obstante, de la ultraactividad del convenio (último párrafo del art. 86.3 ET,

también suprimido por el RDL 3/2012) ha conducido a otra forma de condicionar la negociación colectiva, como se verá en el apartado siguiente.

Por último, el RDL 7/2011 también incluyó un nuevo apartado (la letra g) en el art. 85.3 ET forzando a los sujetos negociadores del convenio a someterse a los procedimientos, estatal o autonómicos, de solución extrajudicial de los conflictos con la finalidad de solventar (otra vez “*de manera efectiva*”) las discrepancias existentes tras la finalización del plazo máximo de negociación del convenio sin llegarse a un acuerdo. En este punto sí que el RDL 7/2011 es algo más impositivo. No tanto en cuanto a lograr la solución efectiva de la controversia ya que dependerá de cada uno de los sistemas de solución extrajudicial y de la forma cómo establezcan el recurso a la mediación y/o al arbitraje y si éste será voluntario u obligatorio; pero sí en el hecho de que se sustraía a las partes la facultad de decidir si adherirse o no a esos procedimientos cuando no fueran de aplicación directa. En definitiva, lo que el RDL 7/2011 pretendió fue hacer que, en todo caso, fuera obligatorio someterse a esos procedimientos extrajudiciales, se hubieran o no formulado como de seguimiento forzoso (sin necesidad, pues, de adhesión individualizada); algo que está en la mano de los firmantes de los acuerdos interprofesionales y que, a veces (aunque en menor medida en tiempos recientes), han preferido no imponerlos como obligatorios, pudiendo desde luego hacerlo.

También esta letra g) del art. 85.3 ET ha sido suprimida por el RDL 3/2012 remitiéndose a la regulación contenida en el art. 86.3 ET que pretende forzar ahora, con el alcance que se verá, a los propios acuerdos interprofesionales. En definitiva, el RDL 3/2012 ha descargado también el contenido obligatorio del convenio colectivo, confiando en este caso en la imposición legal directa de una dinámica negociadora orientada a conseguir el acuerdo en un plazo que se considera razonable.

4.2.5. Otros contenidos obligatorios del convenio colectivo

Para finalizar con el art. 85.3 ET hay que recordar que el RDL 7/2011 también incluyó un último apartado (la letra i) en relación con las medidas para favorecer la flexibilidad interna. Se trataba de la obligación de establecer un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo susceptible de distribución irregular a lo largo del año y de los procedimientos y periodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa. Ambos apartados han sido suprimidos por el RDL 3/2012 sin que esto quiera decir que no hay regulación alguna al respecto. Así, y dejando obviamente abierta la posibilidad de que las partes negocien esa distribución irregular, la nueva versión del art. 34.2 ET, respetando expresamente esa competencia del convenio, impone que, en defecto de pacto el porcentaje de distribución irregular de la jornada será de un cinco por ciento. Algo semejante a lo que sostenía el desaparecido apartado

1º de la letra i) del art. 85.3 ET revelando con ello lo inadecuado y superfluo de insertarlo en el contenido obligatorio del convenio, siendo así que la propia norma prevé que ese contenido no figure siquiera. Sin duda que ese porcentaje mínimo garantizado u obligado en defecto de pacto condicionará la negociación de esta materia pero se formula ahora como una opción normativa a favor de la flexibilidad que respeta siempre lo que el convenio tenga a bien disponer al respecto. Algo semejante puede decirse de la exigencia de que el convenio establezca los procedimientos y los plazos para la movilidad funcional, lo que el convenio siempre podrá hacer, pero en relación con lo cual el art. 39 ET (en la versión dada por el RDL 3/2012) ofrece una regulación supletoria de mínimos.

5. LA REGULACIÓN DE LA NEGOCIACION, DE LA VIGENCIA Y DE LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO

Se trata de una materia que no fue abordada ni por el RDL 10/2010 ni por la Ley 35/2010, produciéndose, en cambio, importantes reformas por obra del RDL 7/2011¹⁴, en concreto a través de los arts. 86.3, 89.2 y de la Disposición adicional primera; siendo algo sobre lo que el RDL 3/2012 ha vuelto, modificando a su vez el art. 86.3 ET, y, de forma importante el art. 89.2 ET. Pues bien, entre las finalidades del RDL 7/2011 encontraba sin duda la de dinamizar el proceso de negociación colectiva imponiendo una serie de plazos (tanto mediante la reforma del art. 85.3 ET o, como se ha visto, alterando el contenido del art. 89.2 ET) y, sobre todo, actuando (con lo que respondía a una demanda empresarial reiterada e insistente) sobre el régimen jurídico de la prórroga del convenio en los casos de fracaso de las negociaciones para su renovación (la habitualmente llamada ultraactividad).

En cuanto a la dinamización de los plazos de negociación, el RDL 7/2011, más que forzando a las partes a regular estas materias a través del contenido obligatorio (art. 85.3 ET) sino estableciendo reglas supletorias en defecto de acuerdo (art. 89.2 ET), imponía una cierta cadencia a la negociación colectiva. Así, la pretensión negociadora de una de las partes, normalmente simultánea a la denuncia del convenio, debía ser acogida por la otra parte constituyendo la comisión negociadora en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de esa comunicación; y constituida la comisión negociadora del convenio, ambas partes debían fijar un calendario de negociación e iniciarla en el plazo máximo de quince días.

Con ello el RDL 7/2011 pretendía evitar las demoras injustificadas y el retraso en el inicio de las negociaciones, obligando (siempre en defecto de

¹⁴ Ver al respecto Goerlich Peset, cit. pp. 118-125

acuerdo) que la comisión negociadora iniciara sus trabajos incluso antes del fin de la propia vigencia del convenio colectivo denunciado; basta para llegar a esta conclusión comparar los plazos habituales de preaviso para la denuncia del convenio (no raramente superiores al mes) con los que el art 89.2 ET fijaba, en defecto de acuerdo, para iniciar las negociaciones (un mes para constituir la comisión negociadora y quince días para iniciar las negociaciones). Sin duda alguna que este inicio anticipado (contrario a lo que han venido siendo las prácticas habituales de renovación de los convenios colectivos) estaba incentivado por la duración máxima de la negociación fijada por el art 89.2 ET (y también, como se ha visto, como contenido obligatorio según el anterior art. 85.3 ET). Por lo que normalmente será interés de las partes iniciar cuanto antes la negociación para no verse constreñidos por la limitación máxima del periodo de negociación que establecía el art. 89.2 ET. En la medida en que se respeta lo que pueda pactarse como regla preferente a la legal, lo establecido en el art. 89.2 ET no podía ser discutido. La reforma del art. 89.2 ET por obra del RDL 3/2012 no altera estas conclusiones ya que, en esta materia, lo que ahora se establece es que la comisión paritaria habrá de constituirse, hay que entender que siempre en defecto de pacto, en el plazo de un mes y programar la negociación, habiendo desaparecido, por superflua y poco práctica, la exigencia de que la negociación se iniciara en el plazo de quince días desde la constitución de la comisión negociadora.

5.1. La duración máxima del proceso de negociación

Otra cosa es la fijación de un tiempo máximo de negociación del convenio, establecida con la finalidad de evitar procesos de negociación interminables y excesivamente demorados, dando origen a la indeseada prórroga extraordinaria del convenio o a su ultraactividad (art. 86.3 ET). En esta línea, el art. 89.2 ET (no tanto el art. 85.3 ET que también hacía referencia a ello) fijaba que, en defecto de pacto, el plazo máximo para la negociación de un convenio colectivo sería de ocho meses si la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años, o de catorce meses en los demás casos, contados desde la fecha, no de inicio de las negociaciones sino de finalización de la vigencia ordinaria. Varias cuestiones se suscitaban al respecto.

En primer lugar, la justificación de la duración de los plazos. Puede ser que la fijación de ocho meses como tiempo máximo de negociación haya tomado como referencia, además de su propia razonabilidad, la duración media habitual de los procesos de negociación para la revisión de un convenio colectivo, por lo que, a estos efectos, una duración máxima de catorce meses, respecto de la renovación de un convenio con una duración superior a los dos años, parecía excesiva. Y tampoco se entiende por qué razón esa duración máxima debía de-

pender de la propia duración del convenio denunciado ya que las dificultades y obstáculos para llegar a un acuerdo pueden ser los mismos con independencia de la duración del convenio previo puesto que dependerán más de las circunstancias de la negociación, del tipo y alcance de la revisión que se pretende o, incluso, de la propia duración que se quiera imponer al futuro convenio. En todo caso, esas eran las duraciones máximas que debían ser respetadas, produciéndose determinadas consecuencias de haberlas agotado sin llegar a un acuerdo, como se verá ahora.

En segundo lugar, el instrumento para pactar la duración máxima del proceso de negociación (lo que era posible a tenor del art. 89.2 ET), en cuyo caso debía regir ésta y no la legal, eran, en primer lugar, los acuerdos interprofesionales, nacional o autonómicos. Pero, en defecto de éstos, cabría preguntarse si es el propio convenio colectivo a renovar el que podría establecer esos plazos máximos; lo que, siendo un tanto complejo desde el punto de vista técnico, no podía ser descartado. La complejidad técnica de esta opción reside en la duda que se suscita acerca de si el convenio anterior podría introducir una previsión reguladora que tiene su mayor eficacia una vez se ha agotado el tiempo de vigencia porque es el momento en que se desarrolla la mayor parte de la negociación. Descartando el que pudiera tratarse de una cláusula obligacional que no podría imponerse al valor normativo de la regla supletoria del art. 89.2 ET (en la versión del RDL 7/2011), la única posibilidad sería entender que se trataría de un contenido normativo cuya proyección natural era acompañar al convenio prorrogado mientras durara la negociación. Y para ello el art. 86.3, primer párrafo, ET, al atribuir a las partes la capacidad de fijar la vigencia del convenio en los términos en que se pacten, permitía acoger este tipo de cláusulas.

En tercer lugar, la fijación de los plazos máximos de negociación parecía referirse sólo a los casos de renovación de un convenio denunciado y no cuando lo que se pretendía es negociar un convenio nuevo para el ámbito de que se tratara. Toda la regulación en esta materia parte de esta hipótesis, evidenciándolo de forma clara el art. 89.2 ET que requería, para fijar la duración máxima de los plazos de negociación, que existiera un convenio anterior cuya propia duración determinara el plazo de la negociación. Sin duda que la preocupación legal no era tanto la de imponer tiempos de negociación limitados sino, fundamentalmente, poner límites a las situaciones de ultraactividad de los convenios vencidos como puede comprobarse, de nuevo, en el art. 86.3 ET, en cualquiera de sus dos versiones (la del RDL 7/2011 y la del RDL 3/2012). En consecuencia, los procesos de negociación iniciales que no partían de un convenio anterior denunciado no estaban limitados temporalmente, no aplicándoseles ni el art. 86.3 y el art. 89.2, ambos del ET, en la versión del RDL 7/2011.

Toda esta cuestión ha sido profundamente modificada por el nuevo art. 89.2 ET, el cual (junto con la supresión del apartado f) del art. 85.3 ET) ha eli-

minado los plazos máximos de negociación del convenio colectivo por lo que hay que entender que el único límite temporal ahora es el de dos años como máximo introducido por el RDL 3/2012 al reformar el art. 86.3 ET.

5.2. La vigencia y la ultraactividad del convenio denunciado¹⁵

Se regula por el art. 86.3 ET, que ha sido reformado tanto por el RDL 7/2011 como por el RDL 3/2012, cuya contribución, no obstante, se limita a añadir un cuarto párrafo pero de importancia trascendental, en conexión con la eliminación de los plazos máximos de negociación antes fijados por el art. 89.2 ET y ahora eliminados.

En cuanto a la versión introducida por el RDL 7/2011, vino a transformar la regulación contenida hasta ese momento en el art. 86.3 ET, que ni siquiera fue modificado por el RDL 10/2011 y la Ley 35/2010. Esta primitiva regulación, como se recordará, se caracterizaba porque, tras la denuncia de un convenio, y hasta tanto no se lograra un acuerdo expreso (tanto de renovación del convenio como de otro tipo), el convenio colectivo quedaba prorrogado en su parte normativa; y, además, porque la prórroga de vigencia de la parte normativa se producía en los términos pactados por las partes, si bien, de no hacerlo así, la prórroga era indefinida mientras no se hubiera negociado otro convenio o no se hubiera pactado alguna cosa al respecto. Esto es, la situación típica de ultraactividad.

El primer intento de corregir esta regulación frenando de alguna forma la ultraactividad se produjo a través del RDL 7/2011, modificando el apartado 3 del art. 86 ET e incluyendo una serie de reglas al respecto. Según este artículo la vigencia de un convenio colectivo denunciado y terminada su duración pactada sería posible (y aún lo es porque el RDL 3/2012 no ha alterado este mandato) en los términos en que las partes lo negocien. Para lo cual el art. 86.3 ET atribuye expresamente a las partes (no hubiera sido necesario por ser una evidente competencia de la autonomía colectiva) la capacidad de gestionar el tiempo de prórroga del convenio adoptando acuerdos provisionales de modificación parcial o de prórroga para adaptar el contenido del convenio prorrogado a las circunstancias y actividades del sector o de la empresa a desarrollar precisamente durante la prórroga. Ninguna innovación relevante en negociaciones que, por ejemplo, suelen acordar el abono de anticipos provisionales del salario a cargo de los posibles futuros incrementos que se pacten.

Además, el art. 86.3, segundo párrafo, ET precisa (algo que, de nuevo, puede considerarse innecesario aunque es una precisión no superflua) que los

¹⁵ González Ortega, S. “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, 76/2004, pp. 135 y ss.

compromisos obligacionales de renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio decaerán tras la denuncia del convenio aunque tras ésta todavía, como es normal, el convenio conserve su vigencia hasta su finalización algún tiempo después. Una previsión normal ya que es precisamente en esos periodos de negociación donde el recurso a la huelga se revela como uno de los instrumentos legítimos de presión al empresario y carecería de sentido impedir su uso cuando ya el convenio ha sido denunciado y la negociación ha comenzado. Tampoco esta cuestión ha sido modificada por el RDL 3/2012.

EL RDL 7/2011 también incluyó un tercer párrafo en el art. 86.3 ET, igualmente conservado por el RDL 3/2012. Con él se pretende aplicar todos los procedimientos posibles para lograr el acuerdo de sustitución del convenio anterior y para ello se determina lo siguiente: a) Que los acuerdos interprofesionales, estatal o autonómicos, deberán establecer los procedimientos, de aplicación general y directa (esto es, sin necesidad de adhesión individualizada por el convenio afectado), que tienen como finalidad solventar, de manera efectiva (de nuevo el uso de un adjetivo que manifiesta una intención clara de poner fin al proceso negociador aunque su articulación final no conduzca, como ahora se verá, a ese resultado necesariamente), los desacuerdos definitivos generados durante el proceso de renovación del convenio; b) Esos procedimientos pueden incluir, si así se pacta en los acuerdos interprofesionales, el compromiso previo de las partes de someterse a un arbitraje, en el sentido de que dicho consentimiento puede establecerse como dado o innecesario al obligar el acuerdo interprofesional (un instrumento clave de organización de la autonomía colectiva) a someterse a las partes a la decisión de un árbitro, organizando la propia autonomía colectiva, aquí si de manera efectiva, la solución de las controversias en el proceso de negociación; c) En todo caso, el art. 86.3, tercer párrafo, ET da libertad a los acuerdos interprofesionales para que fijen las características del arbitraje y si éste es voluntario u obligatorio; intentado forzar el ET la voluntad de las partes, de una forma bastante discutible, al derivar la obligatoriedad del arbitraje de la mera ausencia de pronunciamiento por parte del acuerdo interprofesional al respecto ya que, si no lo hace, el art. 86.3 ET presume que el arbitraje es obligatorio; d) Por supuesto que el laudo arbitral, de tener lugar, tiene la misma eficacia jurídica que el convenio colectivo, siendo recurrible sólo por el procedimiento y los limitados motivos contemplados en el art. 91 ET.

Como es evidente, lo anterior no necesariamente pone fin al proceso negociador ya que dependerá de lo que establezcan los acuerdos interprofesionales a los que se daba, y puede considerarse un mandato subsistente, un plazo hasta el 30 de junio de 2012 para adaptar los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos a las nuevas exigencias del ET (Disposición adicional primera, número 1, del RDL 7/2011). En consecuencia, puede suceder que, pese a todo, las divergencias en el proceso de renovación del convenio se mantengan sin que puedan encontrar una solución “efectiva”. Para afrontar esta situación, el

art. 86.3 último párrafo, ET, en la versión dada por el RDL 7/2011 establecía que, en defecto de pacto entre las partes, habiendo transcurrido el plazo máximo de negociación (los ocho o los catorce meses, según los casos), no habiéndose sometido las partes a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, o haciéndolo, estos sistemas no hayan proporcionado la solución efectiva (que no es otra que la suscripción del nuevo convenio), “*se mantendrá la vigencia del convenio colectivo*”. De modo que el RDL 7/2011 no eliminó la ultraactividad del convenio sino que sólo que intentó forzar el acuerdo de las partes, respetando al máximo la autonomía colectiva.

Pero esta neutralidad activa del RDL 7/2011, que aparentemente dejaba intacta la ultraactividad, se rompía, aunque fuera con una aparente vocación de temporalidad o provisionalidad vinculada al plazo dado a los acuerdos interprofesionales para adaptar su contenido a las reformas del ET en materia de negociación colectiva en la Disposición adicional primera RDL 7/2011. En efecto, de un modo que ha sido ampliamente criticado por cuanto no se entiende que la provisionalidad de la regulación justifique la imposición legal de un arbitraje obligatorio, la Disposición adicional primera RDL 7/2011 establecía que, mientras esa adaptación tuviera lugar (lo que, paradójicamente, podría ser en el sentido de no imponer el arbitraje como obligatorio), agotado el tiempo de negociación, “*las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje*”, sin duda obligatorio aunque no se precisara a quien correspondía ejercitar esa facultad arbitral. Por cierto que, si bien se piensa, si se acepta, como no puede ser de otra forma, que los acuerdos interprofesionales de adaptación podrían haber rechazado el arbitraje obligatorio, el arbitraje obligatorio del RDL 7/2011 sólo habría tenido el tiempo de aplicación entre la aprobación del RDL 7/2011 y la reforma de tales acuerdos; de manera que la obligatoriedad del arbitraje no dependía al fin de circunstancias objetivas sino de algo tan aleatorio como la rapidez de las partes en ponerse de acuerdo en cuanto al nuevo contenido adaptado de los acuerdos interprofesionales.

En todo caso, el RDL 3/2012 ha incidido precisamente en esta cuestión suprimiendo el apartado que se acaba de comentar del art. 86.3 ET y sustituyéndolo por otro en el que se elimina la sospecha de inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio (que desaparece). Pero se establece que, transcurridos dos años desde la denuncia del convenio “*sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral*”, el convenio perderá, todavía salvo pacto en contra, su vigencia de forma definitiva. El RDL 3/2012 no elimina, pues, la ultraactividad, pero la limita a dos años como máximo a partir de la denuncia del convenio. Todo ello siempre que no se pacte otra cosa, y ordenando en este caso que el vacío de regulación dejado por el convenio finalizado se cubrirá por el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación, si lo hubiera. Por cierto que el fin, por tanto, del tiempo de ultraactividad provoca una especie de proceso de centralización de la negociación colectiva en virtud de la absorción de ámbitos más reducidos por otros superiores o más amplios.

La reforma, pues, del RDL 3/2012 ha abandonado la pretensión de fijar plazos de negociación pero permitiendo la ultraactividad del convenio colectivo si, superados todos los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos, no se hubiera logrado proporcionar una solución a la controversia (art. 86.3, último párrafo, ET en la versión del RDL 7/2011) y buscando, mediante una discutible solución transitoria, de imposición de un arbitraje obligatorio (Disposición adicional primera del RDL 7/2011) poner fin a la ultraactividad del convenio. Ahora, tras el RDL 3/2012, ya no existen plazos de negociación ya que la alternativa legal ha sido la de fijar un plazo máximo a la ultraactividad del convenio (dos años desde la denuncia), transcurridos los cuales el convenio dejará de ser aplicable en los términos que se acaban de indicar.

Se trata de una solución que no dejará de suscitar problemas muy importantes de vacíos de regulación ya que, aunque es cierto que, desde la perspectiva de la negociación de un convenio de empresa, lo normal es que exista un convenio colectivo vigente de ámbito superior, no sucede lo mismo con las negociaciones de otros convenios, por ejemplo, de tipo provincial o autonómico. Existen sectores que se organizan con convenios provinciales (sin que exista, por tanto, ningún convenio autonómico o nacional superior) por lo que el fracaso de la renovación del convenio provincial provocará un vacío normativo que la previsión legal no cubre. Lo mismo puede suceder con la negociación de un convenio colectivo autonómico, si no existe un convenio colectivo estatal. Y, desde luego, con la negociación de los convenios nacionales en relación con los cuales no hay convenios de ámbito superior. En todas estas situaciones se abre un interrogante muy significativo y trascendente en relación con qué condiciones de trabajo habrá que aplicar, que el ET no soluciona.

Posiblemente el legislador haya pensado que la amenaza de absorción por el convenio de ámbito superior, perdiendo el nivel de negociación conquistado, o la situación de carencia de regulación con el único posible recurso a los mínimos legales, constituye una presión lo suficientemente significativa como para que las partes lleguen, por sí o con el auxilio de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, a un acuerdo en el plazo global de dos años. Pero es una problemática que se suscitará sin duda, aunque sea necesario esperar algún tiempo para que se produzca; lo suficiente para que, dado el ritmo alcanzado en los últimos años, pueda existir una enésima reforma laboral que sea capaz de encontrar una fórmula para proporcionar una solución eficaz a los conflictos colectivos generados en los procesos de negociación que sea, a su vez, lo suficientemente respetuosa con la autonomía colectiva. Algo que tiene mucho que ver con cuestiones tan esenciales como el propio concepto de autonomía colectiva, su contenido y alcance; con la definición de la relación, constitucionalmente equilibrada entre intervención legal y autonomía colectiva; y con la necesaria y reposada elaboración de la voluntariedad del arbitraje como requisito constitucional de su legitimidad y validez.

INTERMEDIACIÓN Y POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: UNA URGENTE REFORMA “QUE BRILLA POR SU AUSENCIA”

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

EXTRACTO

Palabras clave: políticas activas de empleo, empleabilidad, flexiseguridad, agencias privadas de empleo

La crisis de empleo que España viene padeciendo desde 2008, muy superior a la de los países de nuestro entorno, pese a experimentar ellos también análogos procesos de crisis económica, ha hecho reaparecer la contradicción entre la dinámica económica, que requiere una flexibilidad ya casi ilimitada, y el mantenimiento de la cohesión social, que exige un estatuto de mínima –o suficiente– seguridad económica y ocupacional. Si la flexibilidad debe proporcionarla una nueva política laboral, que es la que asume en extremo el RDL 3/2012, la seguridad debe fijarse en un conjunto coherente de políticas activas de mercado de trabajo.

Paradójicamente, el RDL 3/2012, que quiebra buena parte de las reglas y principios jurídico-laborales del modelo clásico, en este aspecto se ha mantenido extremadamente conservador, de modo que perpetúa buena parte de las medidas y, por tanto, los errores, del pasado inmediato, llevando, eso sí, hasta sus máximas consecuencias la “re-mercantilización” del trabajo. En consecuencia, es hora ya de innovar las vías que permitan articular de modo efectivo, no ya, como hace el RDL 3/2012, y los demás de la saga desde hace más de dos décadas, a través de la referencia a puras “fórmulas mágicas” –“flexiseguridad”, “empleabilidad”–, la inexorable e invencible flexibilidad –del sistema productivo y de la organización del trabajo y sus diversas formas de empleo–, con la también irrenunciable seguridad, si bien reinventada como “seguridad activa ante el riesgo” – que no es “natural”, sino “socialmente fabricado”- y como “estatuto dinámico de derechos sociales de (nueva) oportunidad”.

ABSTRACT

Keywords: active labour market policies; flexicurity, employability, private employment agencies

The deep employment crisis that Spain has been suffering since 2008, higher than that of neighboring countries, has come back to the contradiction between the economic dynamic, requiring flexibility almost unlimited, and maintenance of social cohesion, which requires a low-status or sufficient economic and occupational safety. If flexibility must be provided by a new employment policy, which is taken on extremely the RDL 3/2012, the security must be set to a consistent collection of active employment policies.

Paradoxically, the RDL 3/2012, that breaks many of the rules and labor law principles of the classical model, has remained extremely conservative, in this respect, so that perpetuates many of the measures and, therefore, the immediate past errors, carrying to their fullest consequences “recommodification” of work. Consequently, it is time to innovate ways to articulate effectively, no longer, as does the RDL 3/2012, through reference to pure “magic ways”-“flexicurity”, “employability”- the invincible production system and work organization flexibility and its different ways of employment - with the cannot be waived of security, reinvented as “active safety to the risk”- that is not “natural” but “socially constructed”- and as a “dynamic status of social rights for a (new) opportunity”.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA GRAN PARADOJA
2. UNA REFORMA LABORAL PARCIAL Y DESEQUILIBRADA: MUCHA FLEXIBILIDAD, POCAS SEGURIDAD
3. CRISOL DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE INTERMEDIACIÓN: LAS ETTS COMO “EMPRESAS DE SERVICIOS INTEGRALES DE EMPLEO”
 - 3.1. El reconocimiento inmediato, sin previa autorización específica, de las ETTS como “agencias privadas de colocación”
 - 3.2. Nuevos cimientos legales para la consolidación del “mercado privado de servicios de recolocación”
4. LA POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO: ENTRE LA CRÍTICA Y LA PERPETUACIÓN
 - 4.1. Planteamiento general: discurso crítico, práctica perpetuadora
 - 4.2. Técnica de reducción de cuotas para los contratos de formación: ¿por qué se elimina la obligación de incremento neto de empleo?
 - 4.3. Las bonificaciones por transformación de empleo temporal en estable: ¿es selectivo acortarlas “sólo” en empresas de menos de 50 trabajadores?
 - 4.4. El complejo y confuso sistema de incentivos económicos para la nueva modalidad de contratación indefinida
 - 4.5. La reanimación de los programas de empleo derogados: del “coma” a los “muertos vivos” (zombis)
5. LAS MEDIDAS DE ACTIVACIÓN DE LAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO: UN ESCENARIO PARA FUTURAS REFORMAS
6. OTRO MODO POSIBLE DE ENTENDER LA “FLEXIGURIDAD” : EL ENFOQUE DINÁMICO Y DE DERECHOS DE LA SEGURIDAD
7. REFLEXIÓN FINAL: EN ESPERA DE UNA TOMA EN SERIO DE UNA POLÍTICA Y UN DERECHO DEL EMPLEO

1. INTRODUCCIÓN: LA “GRAN PARADOJA”

Aunque las opiniones son ya muy dispares, como por otro lado es de esperar en una “comunidad científica” activa y plural, yo estoy plenamente convencido de que el Real Decreto Ley –RDL- 3/2012, de 10 de febrero, supone bastante más que una “reforma laboral”. Más allá de sus cambios literales, en realidad pretende –otra cosa es que lo pueda lograr de manera absoluta *secundumius*- impregnar de un “nuevo espíritu” al Estatuto de los Trabajadores –ET- y que podría bien ser caracterizado con una doble nota, aparentemente contradictoria, pero que no lo es, pues ambas se complementan plenamente para lograr un mismo designio transformador, aunque sea en un sentido involucionista. De un lado, un espíritu “ultra-liberal” en la conformación de la relación individual de trabajo –liberalización de buena parte de los precedentes controles, administrativos, judiciales y colectivos fijados al ejercicio del poder de dirección-. De otro, “un espíritu autoritario-intervencionista”, en cambio, en lo concerniente a la ordenación de las relaciones colectivas convencionales –establecimiento de un orden público económico productivista que determina la estructura del sistema de negociación colectiva con un margen muy limitado de gobierno de los sujetos colectivos “centralizados”-. En ambas direcciones,

los cambios son, pues, radicales, y esta “nueva doble alma” del ET, en aras de primar la función productiva del Derecho (“capitalista” desde su origen) del Trabajo, en detrimento de su también originaria “función distributiva”, promueve una auténtica convulsión en los mismos cimientos de esta rama del Derecho, desequilibrando sus “reglas de juego” e invirtiendo sus principios básicos, en la dirección de un “*Derecho Post-social del Trabajo*”, erosivo tanto del “espíritu de la Constitución” de 1978 cuanto del “espíritu de la Constitución de la OIT”¹.

Paradójicamente, el RDL 3/2012, que se autodenomina, como la totalidad de los de su género, de “reforma del mercado laboral”, se muestra extraordinariamente continuista, por lo tanto, sorprendentemente conservador, respecto de la práctica totalidad de las medidas de “políticas activas de empleo” –PAE-, o de “políticas activas de mercado de trabajo” –PAMT- precedentes. Tan continuista es que incluso ha “revivido” medidas que estaban, al menos formalmente, derogadas o, en todo caso, en un claro tránsito hacia su desaparición, por obsoletas, agotadas e ineficientes. De ahí la sorpresa dicha, y también mi perplejidad, porque si un aspecto de la regulación del mercado de trabajo español, extremadamente desequilibrado en lo cuantitativo –no sólo incapaz de generar nuevo empleo sino irracionalmente destructor del que existe- y en lo cualitativo –muy desigual reparto por colectivos y territorios, dentro de un mismo “mercado nacional”-, exigía una reforma radical, en profundidad, demoledora de lo viejo y constructora de algo nuevo, ese era –y es- el de las “políticas activas de empleo”. En realidad, y sin perjuicio de algunas novedades puntuales, que aquí se analizarán, esta dimensión central del problema que hoy tiene España en esta materia ha sido olvidada por completo, lo que introduce una nueva y muy poderosa razón para dudar de la credibilidad de esta reforma para lograr el objetivo que, sin embargo, dice perseguir: la dinamización de nuestro mercado laboral para fomentar la creación de (nuevo) empleo.

La reforma en profundidad de los instrumentos de políticas activas de empleo en un tiempo de crisis tan intensa y continuada –son ya nada menos que 5 años, sin que sea posible, más allá de las “engañifas políticas”, de uno y otro Gobierno, atisbar virajes de sentido contrario relevantes antes de 2 o 3 años- es inaplazable. De un lado, con un desempleo de prácticamente un 24% y subiendo, que representa la más alta de nuestra historia y más de dos veces

¹ Más que nunca resulta de interés volver a los clásicos de nuestra disciplina para entender lo que está pasando en la actualidad. Por eso creo imprescindible recordar los estudios realizados en Lyon-Caen Gérard (dir.). *Le droit capitaliste du travail*. PU Grenoble. Coll. Critique du droit. 1980. Para la crisis del modelo constitucional de Derecho del Trabajo que estas mutaciones representan, desde un enfoque de análisis de sus presupuestos filosóficos y político-jurídicos, por todos, Monereo Pérez, J.L. *La Crisis de la socialdemocracia Europea*. El Viejo Topo. 2012. Para la quiebra de la Constitución de la OIT vid. Supiot, A. *El Espíritu de Filadelfia*. Península. Barcelona. 2011.

y media más de la tasa de paro media existente en la Unión Europea –UE-, y más del triple de la media de la OCDE –situada en torno al 8%-², éste es el verdadero lastre de nuestra economía y drama de la sociedad, y no ya tanto la reducción del déficit público. De otro, contamos ya con una extraordinaria experiencia acumulada, en los planos económico y jurídico, sobre estas políticas y regulaciones que, sin perjuicio de reconocer ciertos efectos positivos, vienen poniendo de manifiesto su ineficiencia, su ineficacia y creciente inequidad, por lo que son más sus limitaciones que sus bondades³.

Es evidente que la magnitud de esta auténtica “cuestión social española” –de hoy, pero lamentablemente también de ayer, y de siempre- no se resuelve sólo ni con reformas de la regulación laboral ni con políticas activas de empleo, sino con un mayor y mejor crecimiento económico –“nuevo modelo productivo”-. Pero no menos cierto es que, la historia de la anterior crisis de esta naturaleza vivida por España –a mediados de los años 90- acredita que es posible sorprender a propios y extraños con la capacidad de generar empleo que puede desplegarse con la toma de decisiones adecuadas. Primero, proponiendo una reformulación radical de las políticas precedentes, ante la evidencia de su profunda obsolescencia –reconocida por el propio legislador, que ya había derogado buena parte de su entramado normativo, aunque provisionalmente todavía en vigor en espera de esa completa reordenación- y su agotamiento. Segundo, ordenando una mayor contribución económica a estas políticas de estímulo, pues el presupuesto dedicado a las mismas sigue siendo muy bajo en términos relativos, esto es, en relación con el alto nivel de paro (el 0,05% del PIB por punto de tasa de paro). Tercero, redistribuyendo el gasto público en este tipo de políticas, reduciendo los incentivos a la contratación, que se ha mostrado de efectos muy escasos, e incluso contraproducentes, y mejorando

² La tasa de desempleo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se situó en noviembre en el 8,2%, donde permanece anclada desde agosto de 2011, informó la institución que, sin embargo, advirtió de que esta estabilidad agregada “enmascara” las distintas realidades nacionales, con un paro del 23 % en España –los datos corresponden a noviembre de 2011, siendo mayor hoy-, frente al 3,1% de Corea del Sur. En el caso de la zona euro, la tasa de paro de noviembre se mantuvo en el 10,3%, la más alta desde el estallido de la crisis financiera, mientras que la de las siete mayores economías fue del 7,5%, una décima por debajo del dato de octubre. Tras España, que ocupa el primer puesto y muy destacado respecto del segundo, se sitúa Irlanda (14,6%), Eslovaquia (13,5%) y Portugal (13,2%), mientras los niveles más bajos de desempleo se observaron en Corea del Sur (3,1%), Austria (4%) y Japón (4,5%). La evolución destructora en España es de vértigo y vergonzante. Vid. http://www.oecd-ilibrary.org/employment/taux-de-chomage_20752334-table1

³ Vid. SIANESI, B. “*An Evaluation of the Swedish system of active labour markets programs in the 1990s*”. Review of Economic and Statistics. February, vol. 86, n. 1, 2004, pp. 133-155. Para nuestro país TOHARIA, L. (dir.) e altri. “*El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*”. FIPROSS 2007/81, 2008.

de un modo significativo la efectividad de los “servicios públicos del empleo” y la “formación profesional ocupacional”⁴.

En dirección opuesta, sin embargo, el RDL 3/2012, como la Ley 35/2010, esto es, como la anterior reforma, deja en un incomprensible e inquietante segundo plano esta cuestión, la verdadera cuestión del mercado de trabajo español. Si en la mayor parte de las políticas activas de mercado de trabajo apenas ha tenido incidencia innovadora, limitándose a “revivir” buena parte de los marcos reguladores y de los programas ya fenecidos, o en espera de una muerte ya decretada -“estado de liquidación”-, para la política de colocación ha puesto de relieve su desconfianza en los servicios públicos –aquí de empleo- y su radical – e irracional- preferencia por intervención de un nuevo sujeto privado de intermediación laboral: las Empresas de Trabajo Temporal –ETTS-. Aunque la Exposición de Motivos –EM- hace un uso prolífico de los imperativos de “eficiencia”, realmente no es ni la eficiencia ni la racionalidad del mercado de trabajo español lo que se ha querido afrontar, sino más bien (1) la plena liberalización-privatización de los servicios de (re)colocación, alterando el equilibrio entre lo público y lo privado precedente, al tiempo que (2) se perpetúa, yo creo que incluso se intensifica, la irracionalidad del sistema de incentivos económicos para el fomento del empleo, sobre todo, pero no sólo, respecto del nuevo y polémico contrato de trabajo indefinido para el apoyo a emprendedores (artículo 4 RDL 3/2012). Para colmo del gran desaguado, el austero Proyecto de Presupuestos Generales para el año 2012 (3) se ceba con la reducción en más de 1.500 millones de Euros –representa en torno a un 20% del presupuesto de 2011- las partidas dedicadas a “políticas activas de empleo”, de modo que sólo deja –de momento, claro- inalteradas las “políticas pasivas” –prestaciones por desempleo-⁵.

El propósito de este estudio es doble. Primero, ofrecer un mapa o catálogo de las “novedades” más notables introducidas por el RDL 3/2012 en esta

⁴ Vid. Santos Ruesga / Perez Infante / Valdés Dal Ré. “¿Qué reforma laboral?”. El País, 10 de febrero de 2012. Es muy esclarecedor, para comprender la continuidad de los problemas, releer el libro de FEDEA. *Estudios sobre el Funcionamiento del Mercado de Trabajo Español*. Madrid. 1995

⁵ Esta decisión se orienta, más bien, deriva, en dirección opuesta a todas las recomendaciones de los organismos internacionales (FMI, OCDE, OIT), pero también a lo que cabía esperar de ciertas referencias en el RDL 3/2012, como las “cuentas formación”. Según la opinión de estas instituciones, la mejor protección contra el desempleo no es la que garantiza sin más una renta –prestación-, sino la que combina esta seguridad económica con medidas de seguridad dinámica o activa, como la formación para el “reciclaje” –reestructuración de competencias profesionales- y la búsqueda de un nuevo empleo. El gasto en protección contra desempleo ha sido la partida que más ha crecido durante la crisis. El presupuesto de los Servicios Públicos de Empleo ascendía en 2007 a poco más de 22.000 millones de euros; el año pasado, superó los 38.000. Este aumento se debe fundamentalmente al pago de las llamadas políticas pasivas (prestaciones y subsidios por desempleo), que hace cuatro años fue de casi 15.000 millones de euros, y en 2011 fue de 30.000. En el mismo periodo, el gasto sólo se redujo de 8.000 millones a 7.600. Vid. http://economia.elpais.com/economia/2012/03/30/actualidad/1333117107_329650.html

vertiente, crucial, de la reforma. Segundo, y más sucintamente en esta sede, esbozar las líneas que deberían enfatizarse en una eventual, necesaria aunque improbable, modificación parlamentaria de esta primera fase de la reforma-ruptura del pasado. Con ello no se trata de hacer una suerte de contraprogramación político-jurídica del texto vigente actualmente, sino de poner de manifiesto las contradicciones de las medidas propuestas con sus objetivos y apuntar qué dirección podría seguirse para que, al margen de la crítica externa que nos pueda merecer la reforma, resulten más creíbles –confiables– los cambios dentro de la propia lógica confesada por el legislador: la recurrente “*flexi-guridad*”. El sacrificio que la reforma supone para el principio de seguridad estática de los trabajadores, a favor de un extraordinario incremento de la flexibilidad de gestión de personal, incluida la fase de salida con especial saña, sólo podría ser asumido, al menos en sus grandes trazos, si a cambio se refuerza el “principio de seguridad activa” o dinámica de los trabajadores, proporcionándoles no sólo seguridad económica sino también “oportunidades efectivas de recolocación” en un tiempo óptimo –o cuando menos razonable–.

2. UNA REFORMA LABORAL PARCIAL Y DESEQUILIBRADA: MUCHA FLEXIBILIDAD, POCA SEGURIDAD

La reforma laboral se quiere “completa y equilibrada”, de modo que a través de “medidas incisivas y de aplicación inmediata”, se fije “un marco claro que”, además de “contribuir a la gestión eficaz de las relaciones laborales”, facilite la creación de empleo y su “estabilidad”, que es lo que “necesita nuestro país” –EM, punto II, ab initio–. Así escrito y leído, tanto la letra como la música, parecería sonar “a más de lo ya conocido”, y acreditadamente fallido, de las reformas del pasado, todas ellas, desde 1984, dirigidas a pretender “crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda... crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores” (EM, I). Como suele suceder en la práctica totalidad de ellas, los diagnósticos realizados como presupuesto para las terapias son absolutamente acertados, en especial cuando están basados en datos estadísticos inapelables:

“Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales... y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas...y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos. Las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas”.

La tragedia para nuestro “modelo socio-laboral” es que, sorprendentemente, esta reforma sigue exactamente el mismo recetario fracasado que las anteriores. Si respecto de la política de instrumentación de las instituciones jurídico-laborales al servicio de la pretendida creación de empleo se apuesta por avanzar hasta el extremo en la flexibilidad de gestión empresarial, hasta proponer radicales liberalizaciones del funcionamiento de la práctica totalidad de los dispositivos de regulación y control, para las medidas de política de estímulo al empleo se opta por un sustancial continuismo. De ahí que pueda, en este punto, compartir plenamente la posición de quienes afirman que la reforma de 2012 “no puede entenderse sin tener en cuenta las precedentes”, siendo, en la materia que aquí analizo, no, a mi juicio, respecto de otras, “una nueva fase de un proceso que no puede considerarse acabado ni cerrado”. En consecuencia, si las “terapias” ya han sido prescritas más veces, y no han tenido éxito, el resultado está ya escrito: presenta las mismas deficiencias que las precedentes y, por tanto, adolece de las mismas incapacidades para abordar con eficacia los desafíos que se plantea y que urge resolver⁶. A este respecto, hay que resaltar que resulta especialmente claro en este ámbito de análisis que ni estamos ante una reforma completa, integral o global, de envergadura, ni coherente, ni mucho menos equilibrada de las políticas activas de mercado de trabajo.

En efecto, no es completa, sino extremadamente parcial. Para ilustrar un tipo de afirmación como ésta será conveniente recordar, siquiera sólo mediante enunciado de las mismas, cuáles son esas “políticas activas de empleo” –o “de mercado de trabajo”–. A tal fin, y pese a la inexistencia a día de hoy ni de un catálogo preciso legislativo ni de un suficiente consenso científico –en economía del trabajo y en la ciencia jurídica– sobre aquéllas, sabido es que las más importantes son⁷:

⁶ Vid. Rodríguez-Piñero, M.-Valdés Dal-Ré, F.-Casas Baamonde, M.E. “La nueva reforma laboral”. Editorial de RRLL, número 5/2012, p. 4. A mi juicio, en otros aspectos la “nueva reforma laboral” presenta discontinuidades respecto del pasado, de modo que las “líneas rojas” rebasadas son tantas y tan intensas que evidencia un “un nuevo espíritu regulador”, que hace de la quiebra del modelo social precedente su razón de ser principal. Vid. In extenso Molina Navarrete, C. “De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del Trabajo Subordinado”. CEF. Trabajo y Seguridad Social. N. 348. Marzo 2012.

⁷ La extraordinaria heterogeneidad y extensión de las “políticas de empleo”, cuya componente fundamental son las “políticas activas de empleo”, se ha plasmado legislativamente tanto en la definición legal –artículo 23 Ley de Empleo (LE)- cuanto en los ámbitos económicos y sociales en que se despliegan –artículo 25 LE-, sobre todo tras la profunda, tanto como olvidada, reforma mediante el RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. Para un intento de sistematización, desde el análisis jurídico-laboral, vid. AAVV. *Manual de Política y Derecho del Empleo*. Tecnos. Madrid. 2011. Un análisis clásico desde la economía del trabajo en Fina Sanglas, Lluís. *Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo*. CES. 2001. Más reciente, desde la economía del trabajo también, Ruesga Benito, Santos María. “*Políticas de Empleo y Entidades Locales*”. Documento de Trabajo número 1/2012, Augusto Plató.

- a) Colocación y/o intermediación
- b) Fomento (tanto del trabajo asalariado como del trabajo autónomo –autoempleo, individual y colectivo-)
- c) Reparto del empleo (contratación a tiempo parcial, prohibición o limitación de las horas extraordinarias, cláusulas de jubilación con garantías de empleo...).
- d) Activación de las políticas pasivas (medidas de condicionamiento de las rentas de desempleo a compromisos de búsqueda activa de empleo...)
- e) Formación profesional para el empleo
- f) Flexibilidad laboral (de entrada, gestión interna y salida)

Pues bien, fuera de la indicada instrumentación de la regulación jurídico-laboral al servicio de los imperativos de la productividad –o rentabilidad-, más que del empleo mismo –apenas hay en toda la reforma garantías de (continuidad) del empleo, pese a ser el centro del discurso oficial-, sólo hay contadas y continuistas medidas relativas a

- la liberalización del mercado de los agentes de intermediación – incorporación plena de las ETTS como agencias mercantiles de colocación; agilización del trámite de autorización de las agencias de colocación en general-, así como en el de entidades formativas
- la incentivación económica –mediante reducción de costes fiscales, salariales y sociales- de ciertas modalidades de contratación.
- la intensificación de las medidas de activación de las políticas pasivas de empleo (modalidad de pago único, carácter obligatorio para beneficiarios de protección por desempleo de ciertos programas; compatibilidad salario y prestación)

Pero tampoco es coherente. En este sentido, como ya se anticipó, la citada reforma de “envergadura” se concreta, para la práctica totalidad de los programas precedentes de fomento de empleo, en una reactivación de los mismos cuando ya la normativa anterior había levantado acta de defunción de la práctica totalidad, si bien no los había enterrado todavía definitivamente a la espera tanto de la Estrategia de Empleo, aprobada en 2011, y del Plan Anual de Empleo, que quedó pendiente ante el anticipo de las elecciones –hoy probablemente diferido ad calendas graecas-. El continuismo aquí es atroz. Pero allí donde parece querer ser innovadora, la medida de (reparto de) empleo no puede ser más incoherente, como la eliminación de prohibición de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, de tiempo reducido por definición.

Y, finalmente, y en todo caso, es profundamente desequilibrada. Aparentemente, la reforma “apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo;

entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo [mercado interno de trabajo, podría decirse] y las que operan en el mercado [externo]de trabajo, etc. El objetivo es la *flexiseguridad*” –EM, II, segundo párrafo-. Cómo no, de nuevo emerge este neologismo que todo parece justificarlo, hasta el punto de actuar más como una “fórmula mágica”, brillante en su carcasa –expresión- pero vacía de cualquier contenido regulador preciso y efectivamente condicionante de una justa ecuación entre lo que se pierde en *seguridad contractual* –en el puesto-, para ganar el empresario en flexibilidad de gestión, y lo que se gana en *seguridad estatutaria* –continuidad económica y profesional, a través de otras fuentes de ingresos o renta, de nuevas oportunidades de empleo-.

Para que el juicio de equilibrio fuese positivo hubiese sido necesario que, amén de reforzar las políticas de protección por desempleo –que a día de hoy parecen mantenerse-, se reforzara la efectividad al nuevo catálogo de derechos individuales o subjetivos reconocidos a todos los trabajadores, estén o no ya en la situación de desempleo. Derechos para propiciar bien una *gestión preventiva del desempleo*, a través del enriquecimiento del patrimonio profesional –competencial- del trabajador, haciendo de la formación profesional para el empleo una piedra angular del cambio, y no ya una medida más de cara a la galería, bien una *transición óptima* –escaso tiempo de tránsito a otro empleo; tutela continuada de la profesionalidad adquirida en el proceso (trayectorias profesional); eficiencia de recursos públicos y privados utilizados para garantizar la efectividad de estos servicios-. Según ya se advirtió, no sólo no aparece un programa legislativo de esta guisa en la reforma, sino que se han reducido, a través de la técnica de limitación presupuestaria, las partidas destinadas a políticas activas de empleo, silenciando de modo absoluto el papel que han de tener los servicios públicos en estos procesos. En realidad, el silencio es elocuente, tras el mismo no hay sino una deliberada opción a favor de las empresas privadas, que, de conformidad con el espíritu ultra-liberal y post-social que inspira toda la reforma, se presumen más eficientes –sin datos que lo avalen en positivo- que los servicios públicos –lamentablemente éstos sí altamente ineficientes hasta el momento en su labor-.

En suma, no es la “*seguridad del estatuto profesional de la persona*” lo que actuaría como fin compensatorio de la pérdida –extrema- de seguridad contractual del trabajador a favor de la recuperación de una libertad –extrema igualmente- de gestión empresarial, sino, al contrario, una intensificación de los mecanismos de mercado –incentivo del recurso a agencias privadas de colocación, incluidas las empresas de recolocación- para propiciar la tan recurrente “empleabilidad”. Ciertamente, y para cumplir con el deber ser científicamente honestos, hay que reconocer que algunas novedades en tal dirección hay en la reforma, como sucede respecto de la inclusión de “nuevos deberes de capacitación profesional” a cargo de los empleadores –obligacio-

nes de cursos formativos de adaptación antes de llegar al despido; incorporación de nuevos permisos retribuidos formativos; provisiones de créditos formativos individuales; reforzamiento del carácter de derecho subjetivo de la formación...-, y, siguiendo la estela del modelo francés, de auténticos “derechos a una nueva oportunidad de recolocación externa” –plan a tal fin previsto en el artículo 51.10 ET para regulaciones de empleo que afecten a más de 50 trabajadores-. Ahora bien, no menos cierto es, como se ha dicho igualmente, que ni se establecen de un modo intenso y sistemático, ni afecta por igual a todos.

En la medida en que una parte significativa de estas novedades concurre con otros análisis en este monográfico –políticas de contratación, políticas de formación, políticas de flexibilidad laboral-, aquí me centraré en el estudio de dos ámbitos de políticas de empleo directamente vinculadas a la eficiencia socioeconómica del mercado de trabajo:

1. La política de colocación y la apertura del mercado de agentes de empleo
2. La política de fomento de Empleo, tanto por cuenta ajena cuanto por cuenta propia –autoempleo-, en especial a través del mutado sistema de incentivos económicos a la creación de empleo

3. CRISOL DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE INTERMEDIACIÓN: LAS ETTS COMO “EMPRESAS DE SERVICIOS INTEGRALES DE EMPLEO”

3.1. El reconocimiento inmediato, sin previa autorización específica, de las ETTS como “agencias privadas de colocación”

La primera novedad que contiene el RDL 3/2012 ilustra a la perfección el estrecho vínculo que en materia de intermediación mantiene sea con las reformas del bienio 1993-1994 sea con la de 2010, hasta el punto de culminar el proceso liberal-privatizador de los servicios de intermediación laboral, pasando del monopolio de lo público hasta el protagonismo de las “empresas de servicios privados de empleo”, pasada ya la novedad de la etapa intermedia de las “agencias de colocación” sin ánimo de lucro. Muy lejana, no en el tiempo, sino en el modelo de política jurídica del (nuevo) Gobierno, la preocupación por evitar –luchar contra- las prácticas desleales y fraudulentas de las muy extendidas “*empresas multiservicios*” –Disposición Adicional 11ª Ley 27/2009-, ahora se pone fin a la exclusividad de las ETTS como “empresas de cesión de trabajadores”, para configurarlas, por mandato legal y sin que precisen ninguna autorización específica –eludiendo, en consecuencia, eventuales resistencias

de algunos servicios públicos autonómicos de empleo (por ejemplo el andaluz, siempre reacio a este tipo de entidades, hasta suspender la aplicación del marco legal estatal respecto de las agencias privadas de colocación-, “empresas de servicios de intermediación laboral”, por tanto con ánimo de lucro –RD 1796/2010, de 30 de diciembre-. A tal fin, introduce, con vigencia inmediata y debilitamiento de los controles previos –Disposición Transitoria 2ª RDL 3/2012-, las necesarias modificaciones en los artículos 16.3 ET, 1 y 2.1 b) Ley de Empresas de Trabajo Temporal –LETT- y 21. bis. 2 y Disposición Adicional 2ª LE-.

En suma, de una etapa de prohibición, se pasó a otra de reconocimiento limitado, con importantes prohibiciones y restricciones, legales y convencionales, culminándose ahora, con la liberalización plena, hasta el punto de que le bastará a la ETT autorizada con una “declaración responsable” –fórmula prevista en la Directiva de Servicios 2006/123/CE y en las leyes de transposición a nuestro Derecho-, a través de la cual se manifieste el cumplimiento de los requisitos legales –artículos 16.3 ET y 1 LETT-. De este modo nos colocaríamos en la senda de los países que han asumido más claramente la dirección liberal-privatizadora de los servicios de empleo instada por la OIT –Convenio 181 (1997)- y la UE –Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre-, introduciendo la lógica del mercado en el funcionamiento de lo que es un servicio público de acción social esencial. Al tiempo, sumiso con las orientaciones que vienen de “Europa”, el Gobierno central compensará esa pérdida de soberanía reguladora con una acción directa que ignora el reparto de competencias con las CCAA en esta materia.

En este sentido, el Gobierno no sólo ha evitado cualquier resistencia autonómica a través de la habilitación para actuar como agencias de intermediación –con ánimo de lucro, si bien siempre respetando, como es obvio, el marco común de estas agencias, incluida la gratuidad para el trabajador de tales servicios, que es un derecho social fundamental comunitario-, sino que ha aprovechado para dar un impulso global a este mercado de intermediación laboral mediante la eliminación de trabas administrativas, dando un sentido positivo al silencio en caso de solicitud por alguna persona, física o jurídica, de autorizaciones para actuar como agencia de colocación. De este modo se sigue la regla general del artículo 43 Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, conforme a la redacción dada, precisamente, por la citada Ley 25/2007. Pero el resultado final de ambas decisiones de intervención directa de carácter flexibilizador del modelo de gestión del marco legal –ciertamente estatal en exclusiva, no así la gestión-, no se ha tenido en cuenta la doctrina de la STCO 194/2011, de 13 de diciembre de 2012, relativa a la territorialidad de las competencias ejecutivas autonómicas y correlativo uso de la supraterritorialidad como criterio atributivo de competencias ejecutivas al Estado, si bien

sólo con carácter excepcional⁸.

3.2. Nuevos cimientos legales para la consolidación del “mercado privado de servicios de recolocación”

Pero que la novedad se alinee plenamente con un proceso ya activado anteriormente no debería ser subvalorado como la mera expresión de una fase más del proceso liberal, sino que realmente alcanza ya tal intensidad y extensión que evidencia la metamorfosis –ideológica y normativa- del modelo regulador y de gestión mismo. En este sentido, debe interpretarse conjuntamente la culminación de la histórica apertura mercantil del servicio público de empleo con el cambio del concepto de “seguridad en el empleo” reflejado en el art. 51.10 ET. Si los apartados 1 y 2 liberalizan causa y procedimiento de regulación de empleo, el 10 quiere compensarlo con “obligaciones de recolocación externa” de las empresas de mayores dimensiones a través de empresas especializadas.

Por tanto, se incrementa doblemente la cuota de mercado para las ETTS, ya elevada tras la intensa liberalización de la Ley 35/2010 –neutralizada por la caída de empleo en el sector de la construcción, uno de los más importantes en contratación temporal antes de la crisis, y por el abstencionismo, hasta hoy, de la regulación de su actividad en el empleo público temporal, también otrora el más relevante en este ámbito pero hoy alicaído por el ajuste fiscal cebado con el empleo público-. Por un lado, se le abre el “mercado de la intermediación” de trabajadores, antes vedado por tener reservado sólo el de la cesión temporal

⁸ “En este caso se trata de una materia, la laboral, en la que, como ya ha quedado señalado, el Estado posee competencias normativas plenas, lo que le habilita para establecer la completa disciplina normativa de una materia incluyendo en la misma la fijación de los puntos de conexión (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, 243/1994, de 21 de julio, FJ 6, y en materia laboral STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 106). Ahora bien, la facultad del Estado para fijar los puntos de conexión, modulando por tanto los potenciales efectos extraterritoriales de las competencias ejecutivas autonómicas, se dirige precisamente a permitir el ejercicio ordinario de la actividad de gestión de las Comunidades Autónomas, de modo que, establecido el punto o puntos de conexión de que se trate, no se produzca el ejercicio de la competencia de ejecución por el Estado, pues sólo en los casos excepcionales en los que la actividad pública no admita fraccionamiento resulta justificado el ejercicio por el Estado de una competencia de ejecución que no le está atribuida” (FJ 5, in fine). En este sentido, continúa afirmando el TCO, “la eventual existencia de intereses contrapuestos por parte de las Comunidades Autónomas, segunda de las causas aducidas por el Abogado del Estado... tampoco puede ser admitida. La fijación de un punto de conexión adecuado por parte del Estado, y el recurso a las técnicas de coordinación tanto de naturaleza vertical, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como de naturaleza horizontal, entre Comunidades Autónomas, son los instrumentos que han de servir, en principio, para resolver la eventual contraposición de intereses, sin que el recurso a la técnica del desplazamiento de competencias al Estado, en el caso de efectos extraterritoriales del ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica, deba ser asumido como solución. (...). Además, el hecho de que se tratase de una regulación lo suficientemente precisa y detallada como para que la decisión autonómica tuviese un carácter marcadamente reglado alejaría dicho riesgo.(...)”.

de mano de obra. Por otro, también, y con la misma instancia, el “mercado de la recolocación”, que será asumido por “empresas especializadas” debidamente autorizadas. Si antes de la reforma la intervención de estas entidades se limitaba a experiencias singulares, aisladas, típicas de empresas de mayores plantillas, ahora se convierte en una obligación para empresas que realicen despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores. Como es natural, las ETTS cuentan con una posición de partida privilegiada en tal mercado, con lo que la norma refuerza su ventaja, con lo que las reglas de fomento de su presencia en tales mercados se multiplican. No en vano han sido sus estudios de mercado de empleo los que más han influido en la promoción en España este mercado especializado de servicios de empleo (*outplacement*)⁹.

Cierto, la voracidad de los actores económicos del mercado –también de trabajo– nunca se sacia y por ello, en descrédito de la tan invocada “libertad de competencia”, las ETTS ya han pedido una nueva reforma legal para que sea, cómo no, la Ley, la que les reserve, con la correspondiente garantía del negocio, todo el mercado de empleo temporal, para lo que solicitan una modalidad ad hoc de contrato de trabajo eventual. Sea como fuere, lo cierto es que, las ETTS no sólo han conseguido ganar la batalla ideológica ante el Gobierno, como evidencia que el sepulcral silencio legislativo respecto de los servicios públicos de empleo conviva con el inaudito elogio de las ETTS nada menos como “un potente agente dinamizador del mercado de trabajo” –en un país con más de 5 millones de trabajadores en paro tal afirmación resulta cuando menos sorprendente¹⁰–, sino que de ahí se ha derivado el reconocimiento de todas y cada una de las reivindicaciones hechas a tal fin por las ETTS. En suma, además de ser “empresas de empleo temporal”, serán “empresas de servicios de transición al empleo”, supliendo, aunque precisen en buena medida su financiación, al servicio público, en la convicción de que aquéllas son más eficientes que éste en la función de intermediación. Con ello, el Gobierno quiebra de raíz el creciente convencimiento científico y político, derivado a resultas de algunas de las investigaciones de tipo empírico desarrolladas en los últimos años

⁹ Por todos Vallecillo Gámez, M.R. *Las empresas de intermediación en el mercado de empleo tras la reforma: un nuevo partenariat público-privado*. Laborum. Murcia. 2012.

¹⁰ No hay suficiente evidencia ni teórica ni empírica al respecto en nuestro país. En todo caso, los estudios más favorables a su dinámica ponen de relieve claramente que “el papel de las ETTS en el mercado de trabajo español supone tanto aspectos positivos como negativos para el trabajador”. Entre los primeros está la “caída de la duración media del desempleo”, facilitando el objetivo de la “ayuda a la búsqueda de empleo”, mientras que entre los segundos está la menor probabilidad de encontrar una transición hacia un empleo estable, de modo que tiende a atrapar al trabajador vinculado con la ETT en empleos temporales, reduciendo la tasa de transición o salida hacia el empleo indefinido. Vid. García Pérez, J.I.-Rebollo Sanz, Y.F. *Las ETTS y las transiciones laborales en España: un análisis diferenciado para hombres y mujeres*. FEDEA. Madrid. 2007. P. 37. <http://www.fedea.es/pub/eee/2007/eee235.pdf>

en torno a la evaluación de tales políticas, según el cual una de las acciones de mayor eficiencia a tal se encuentran en la inversión en mejoras de los servicios públicos de empleo¹¹.

4. LA POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO: ENTRE LA CRÍTICA Y LA PERPETUACIÓN

4.1. Planteamiento general: discurso crítico, práctica perpetuadora

Con una dilatada historia, tanto analítica –teórica- como normativa –práctica-, que se remonta al último tercio del siglo pasado, la evolución de los mercados de trabajo y las sucesivas crisis han puesto de relieve el agotamiento de las políticas activas de empleo clásicas, siendo más sus defectos –vicios- que sus beneficios –virtudes-. Centradas sobre todo en las políticas de oferta de trabajo–ofrecimiento de los trabajadores para ocupar un empleo: demanda de empleo-, la realidad muestra que el desempleo masivo es un problema de caída de demanda de trabajo, por la ausencia de crecimiento económico suficiente –de oferta de puestos por los empresarios-. De ahí que poco a poco renunciaran a lograr objetivos cuantitativos para agotarse sólo en los cualitativos.

Pero incluso en esta dimensión cualitativa –reducción del diferencial de oportunidades de acceso al empleo entre diferentes colectivos de desempleados, cargando el riesgo de desempleo mucho más sobre unos (jóvenes, cualificados o no; mayores de 45 años, las personas con discapacidad), que sobre otros- el devenir del tiempo también evidenciaría sus limitaciones, hasta el punto de que su generalización perjudicó su efecto positivo al tiempo que su reiteración perpetúa el problema de tales colectivos más que lo resuelve. Finalmente, el caso español ilustra como pocos la extraordinaria volatilidad del empleo que se crea con este tipo de medidas, en especial las relativas a las técnicas de incentivo económico, con lo que resultarían altamente ineficientes, al exigir altas cantidades para un efecto acotado en su número y de escasa continuidad. En consecuencia, parece ya muy difundido el convencimiento sobre el limitado efecto de las políticas de mercado de trabajo en los ajustes de empleo de los mismos ante la situación económica, fijándose el acento en los modelos productivos y en los patrones de crecimiento económico, y no ya

¹¹ Una evaluación de carácter macroeconómico que llega a esta conclusión puede consultarse en Ruesga Benito, S.M. -Pérez Ortiz, L.-Da Sival Bichara, J. “Política laboral y funcionamiento del mercado de trabajo en la UE”. Revista ABET, vol. III, n. 2, julio-diciembre 2003, pp. 133-162.

en los “modelos de relaciones laborales”¹², aunque éstos no sean irrelevantes en modo alguno, como prueba el diferente respuesta de la variable de ajuste empleo ante la crisis en diferentes países de la Unión Europea.

Al margen de la posición que se mantenga, lo cierto es que el RDL 3/2012 comparte este enfoque crítico, pues expresa la necesidad de que se racionalice el “sistema de bonificaciones para la contratación indefinida”, pues su “práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia”. Una visión poco optimista que pocos meses después se reforzaría con la reducción en 1500 millones de Euros, nada menos que un 20%, de las partidas presupuestarias dedicadas a políticas activas de empleo, con lo que nuestro diferencial con la media comunitaria de inversión en este tipo de políticas aún será mayor. No obstante, es muy oportuno reseñar cómo algunos países con larga tradición inversora en tales políticas activas de empleo también siguen esta senda reductora.

Como se ha observado, ya en años anteriores a la crisis de 2008, ciertos países europeos pioneros en el diseño, puesta en práctica, desarrollo y evolución de estas políticas, han optado, a resultas de las evaluaciones llevadas a cabo en ellas, por la contención, cuando no directamente la reducción, del esfuerzo financiero en tal sentido. Aunque no parece que existan datos homogéneos para evidenciar cómo se está produciendo ese cambio en los diferentes países tras la crisis, lo cierto es que se levantan muchas sombras de duda en torno a su eficiencia, de modo que se ve amenazada no ya sólo su vigencia actual, sino también la continuidad de su expansión. En consecuencia, por unas razones o por otras, parece ya existir entre nosotros también “un consenso amplio sobre la necesidad de modificar sustancialmente los contenidos e instrumentos de las Políticas Activas de Mercado de Trabajo. La experiencia de la práctica de estas políticas durante ya casi tres décadas apunta hacia nuevos

¹² “El mercado de trabajo ni crea ni destruye empleo, lo que hace es transmitir al empleo la evolución de los mercados de productos. Ese mecanismo de transmisión puede funcionar mejor o peor, desde luego, pero para saberlo no basta con mirar a los resultados del empleo y el paro, sino que hay que ver de dónde vienen las perturbaciones que sufre la economía y cómo el mercado de trabajo transmite esas perturbaciones. Los factores desde el lado de la demanda de trabajo son fundamentales para entender la caída del empleo”. Vid. Toharia, L. –Malo, M.A. “¿Qué se puede esperar de las reformas del mercado de trabajo?”. Circunstancia. N. 20.2009. En realidad, esta idea que reduce a un papel limitado, más bien subsidiario, incluso marginal, las “instituciones” respecto de las “estructuras económicas”, está muy presente en el análisis económico, incluso entre los críticos con la teoría convencional –neoclásica y liberal-. En este sentido, “la lección principal que se desprende de los estudios de evaluación de estas políticas que, aunque aún insuficientes –hoy no tanto-, son cada vez más numerosos”, sería la de reservarles sólo un papel “modesto”, puramente “complementario” de las políticas de crecimiento económico, de modo que sin quitarle “nada a su importancia o a la necesidad de utilizarlas” para “maximizar los efectos de otras políticas”, debe tenerse consciencia de que “nunca son suficientes para resolver problemas graves o crónicos de mercado de trabajo”. Cfr. Fina Sanglas, Ll. *Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo*. CES. 2001. p. 261.

modelos orientados más a la búsqueda de mecanismos de ajuste entre oferta y demanda más eficientes, más allá de las prácticas... habituales de financiación pública a la creación de empleo, adolecida de contrastados efectos peso muerto o sustitución”¹³.

En esta dirección renovadora se habían dado ya los primeros pasos en la fase final del Gobierno anterior, sobre todo con el RDL 3/2011, que introdujo importantes cambios en el marco regulador de las políticas de empleo, en una senda de reconocimiento de nuevos y más efectivos derechos y nuevos instrumentos, incluyendo la derogación, si bien condicionada en el tiempo, de los programas precedentes. Pues bien, insólitamente, el RDL 3/2012, no sólo perpetúa buena parte de los defectos de ineficiencia del sistema de incentivos económicos, por más que pretenda introducir una mayor selección – a favor de las empresas de menos de 50 trabajadores (que él mismo reconoce que son más del 95% de las empresas españolas) y de los jóvenes y de los parados de larga duración de mayor edad-, sino que devuelve la vigencia plena a programas derogados, volviendo al tiempo a su carácter igualmente estatal, con reducción del autogobierno autonómico. La continuidad aquí, pues, no puede resultar más criticable y más irracional, cualquiera que sea el punto de vista –económico, jurídico y político- que se adopte.

4.2. Técnica de reducción de cuotas para los contratos de formación: ¿por qué se elimina la obligación de incremento neto de empleo?

Con esta insostenible cantinela de más de lo mismo en un tiempo que urgen unos cambios radicales, aquí sí, comienza sus despropósitos el Gobierno con el enésimo intento de incentivar los contratos para la formación, a fin de fomentar el empleo juvenil menos cualificado. Puesto que la política de flexibilización contractual es analizada en otro lugar, aquí me centraré en la usual técnica de reducción de cuotas para ellos.

A este respecto, el artículo 3 RDL 3/2012 prácticamente traslada la regulación del artículo 2 del RDL 10/2011 –de ahí que sea derogado-. La norma legal prevé tres supuestos. A saber:

- a) Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de la reforma, *celebren contratos de este tipo* con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo¹⁴, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción

¹³ Vid. Ruesga Benito, S.M. “Políticas de Empleo y Entidades Locales”. Op. Cit. pp. 9 y ss.

¹⁴ En su versión originaria, el RDL establecía una fecha –inscripción con anterioridad a 1 de enero de 2012-, sin embargo la Corrección de Errores publicada en el BOE de 18 de febrero, la elimina, sin duda con buen criterio, porque no tenía sentido esa limitación, perjudicando a quienes se inscribiesen a partir de esa fecha. Como veremos, otras “correcciones” son más discutibles.

de las cuotas empresariales sociales de todas las contingencias bien del 100 por cien, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas –en este caso realmente nos hallamos ante una exención¹⁵-, bien del 75 por ciento, si la plantilla es inferior a esa cifra. El carácter general de esta reducción hace que ya no esté el límite subjetivo precedente, según el cual sólo beneficiaba a los contratos hechos a mayores de 20 años

- b) Asimismo, las empresas que *transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje*, cualquiera que sea la fecha de su celebración –por tanto no ya sólo a la finalización del contrato formativo, como era antes-, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año.
- c) La reducción para los trabajadores es del 100 por cien en todo caso, al margen de la dimensión de la empresa en la que se inserten.

La radical continuidad entre la regulación nueva y la precedente no puede llevar a ignorar una diferencia fundamental entre ambos: ha desaparecido el condicionante previsto para el disfrute del incentivo económico –sea contratación sea transformación-, según el cual se exigía “un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa”. En consecuencia, se eleva el riesgo de provocar el referido efecto sustitución en la plantilla, extinguiendo otros contratos de trabajo que no resulten clave para la actividad y sustituyéndolo por uno formativo. La integración de este requisito no puede producirse por la llamada que se hace a la aplicación supletoria de la Sección Primera del Capítulo I de la Ley 43/2006. Esta norma pretendió ser la norma común y racionalizadora en este ámbito, pero ha terminado fallida, con lo que está a la orden del día la multiplicación de problemas de inseguridad jurídica en esta materia, que la nueva regulación lejos de intentar atajar intensifica pues ha desoído cualquier exigencia de una básica ordenación¹⁶. La incoherencia reguladora sustancial y formal constituye el dato más relevante, sin que razones puramente pragmáticas puedan, por tanto, justificar tanta desidia, o, según algunos, tanta concesión al “realismo” y a la “sinceridad” de la escasa o nula utilidad de medidas de este tipo, pues si así se piensa hubiera sido mucho mejor derogar estas ayudas, sin más¹⁷.

¹⁵ Acerca de la distinción entre exención, bonificación y reducción, en el marco de un estudio general sobre las bonificaciones en España, vid. Grau Pineda, C. *Bonificaciones a la cotización y fomento del empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pp. 74-98.

¹⁶ En este sentido también Rodríguez-Piñero, M. –Valdés Dal Ré, F. –Casas Baamonde, M.E.. “*La nueva reforma laboral*”. Op. Cit. p. 20

¹⁷ Cfr. Pérez, D. *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. P.141.

4.3. Las bonificaciones por transformación de empleo temporal en estable: ¿es selectivo acotarlas “sólo” en empresas de menos de 50 trabajadores?

Como resume la EM, aunque el cuerpo articulado aparece algo más confuso, por lo que luego se dirá, las bonificaciones previstas se dirigirían ahora (a) “*exclusivamente a las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores*” –selección de los beneficiarios empresariales por la dimensión de la plantilla, a fin de favorecer el empleo en las empresas de menos dimensiones, el 95% de nuestro tejido empresarial-, bien (b) por la *transformación de contratos* en prácticas, de relevo o de sustitución de la edad por jubilación en contratos indefinidos, o (c) bien por la *contratación indefinida*, a través de la “nueva modalidad contractual” y sólo respecto de “jóvenes de entre 16 y 30 años o parados de larga duración inscritos como demandantes de empleo al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación” –criterio de selección subjetiva de carácter laboral: colectivos de desempleados beneficiarios-. Dado que lo más novedoso de la reforma reside en esta nueva modalidad de contratación indefinida, que merece un estudio detenido y separado, aquí vamos a dejar constancia de las bonificaciones previstas en el artículo 7 del RDL 3/2012 para las referidas empresas que transformen en indefinidos sólo determinados contratos temporales.

En efecto, se trata de los “contratos en prácticas”, los de relevo y los de sustitución por anticipación de la jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración. Se trata con ello de favorecer las inversiones en formación realizadas por la empresa, contribuyendo a reducir por esta vía la tan comentada “dualidad de nuestro mercado de trabajo”. El intento ha venido siendo hasta el momento bastante ineficaz, cuando es una clave básica para favorecer un modelo asentado en la flexibilidad interna respecto de la externa –rotación contractual y despido¹⁸.

A estas restricciones de base contractual –sólo determinadas modalidades temporales, sin referencia a la base subjetiva laboral- se le añaden otras relativas al ámbito subjetivo económico de aplicación –empresas de 49 o menos trabajadores; trabajadores autónomos y sociedades laborales o cooperativas que incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que éstas opten por un régimen de seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena¹⁹. Finaliza el precepto con dos previsiones que recoge un régimen co-

¹⁸ Cfr. Pérez Infante, J.I. “*Luces y sombras del mercado de trabajo en España: problemas, situación y tendencias*”. Economía Industrial, n. 367, 2008, p. 43.

¹⁹ La cuantía de la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social es de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, que se aumentan en caso de ser mujeres las personas contratadas a través de tales contratos que ahora se transforman en indefinidos, siendo en tales casos la bonificación de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

mún también presente en la legislación anterior. La primera es la recurrente llamada al régimen supletorio de la sección 1.^a del capítulo I de la Ley 43/2006 –su artículo 4.2, relativo a bonificaciones adicionales en la contratación de mujeres está derogado-. La segunda, es la atribución de una preferencia a estos trabajadores en cualquier medida de política activa de empleo, en especial en las formativas, al objeto de incrementar su cualificación profesional, con lo que se incluye una dimensión claramente cualitativa a esta medida de fomento de empleo. En todo caso, parece más eficiente la directa contratación indefinida que la transformación²⁰.

4.4. El complejo y confuso sistema de incentivos económicos para la nueva modalidad de contratación indefinida

Aparentemente lo más llamativo de su regulación está en el interminable periodo de prueba incluido como cláusula *ex lege*, no disponible para la autonomía colectiva – norma de orden público laboral productivista-, pero la nueva modalidad de contrato para el fomento del empleo “indefinido” en “apoyo de emprendedores” –artículo 4 RDL 3/2012- contiene un extenso, heterogéneo y confuso sistema de incentivos económicos para promover su celebración. El propósito de la norma es racionalizar las técnicas de ayudas a la contratación, promoviendo un mayor efecto selectivo –de ahí que sólo puedan disfrutarlo las empresas de 49 o menos trabajadores y sólo pueda realizarse para jóvenes desempleados y parados de larga duración mayores de 45 años-. Sin embargo, lo cierto es que el resultado está muy lejos de conseguirlo, perpetuando el problema más que resolviéndolo. Por lo que creo que este tema será de los que experimente alguna modificación relevante en el trámite de aprobación parlamentaria, más allá de la presumible reducción del desnaturalizado periodo de prueba.

A fin de alcanzar una comprensión medianamente razonable de su abigarrado y caótico tenor literal, en lo que concierne a los sujetos beneficiarios y a los incentivos que corresponden en cada caso, es necesario realizar una lectura conjunta o de carácter sistemático, y teleológica, del entero precepto, atendiendo a la finalidad que expresa el Preámbulo o EM. En esta dirección, es preciso distinguir netamente entre las técnicas de deducción fiscal y las técnicas de bonificaciones sociales, pues si bien ambas resultarán compatibles en determinados casos, tienen presupuestos diferentes, más limitados en el primero, más amplio en el segundo. En cualquier caso, no debe perderse de vista que lo que

²⁰ Vid. Pérez Del Prado, D. *Op. Cit.* P. 157, respecto del régimen precedente, análogo al actual. Distinto es el balance, a su juicio, para la contratación de las personas discapacitadas, pues en este caso sí resultaría más rentable la contratación temporal inicial y luego, en su caso, convertir el contrato en indefinido.

busca la reforma es “facilitar la contratación de trabajadores” a las empresas de menos de 50 trabajadores, “que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país” –el 99, 23 %, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística-, y sólo para aquellos colectivos más golpeados por la crisis: los jóvenes y los mayores de 45 años, siendo estos últimos los que más prolongan su estatus de desempleado (parado de larga duración). Por lo tanto, la nueva modalidad contractual sumaría dos finalidades, convergentes –complementarias- pero no idénticas:

- Facilitar la contratación a las empresas que, de 49 o menos empleados, y pese a la situación de crisis económica, “apuesten por la creación de empleo”.
- Fomentar especialmente el empleo juvenil, reservándole los incentivos fiscales

En lo que concierne a los incentivos fiscales, la primera deducción está prevista para “el supuesto de que el primer contrato de trabajo concertado por la empresa se realice con un menor de 30 años”, en cuyo caso “la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de tres mil euros” –artículo 4.4 a) RDL 3/2012-. El problema interpretativo aquí es determinar qué significa “primer contrato de trabajo concertado por la empresa”. En efecto, una comprensión atenta a su tenor literal permitiría excluir de la deducción a las empresas que, pese a tener 49 o menos empleados, ya tuviesen concertados contratos previamente a la entrada en vigor de la reforma. Pero una interpretación más sistemática y teleológica nos permite incluir al primer contrato *de este tipo que realice*, esto es, de la nueva modalidad prevista, toda empresa de ese tamaño.

La primera posición es la que parece estar sosteniendo –aunque aún no lo ha formalizado en ninguna consulta, al menos que conozca en estos momentos- el Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE- y resulta coherente con la denominación del contrato: “contrato de apoyo a los emprendedores”. Ahora bien, a mi juicio, no es la más correcta atendiendo al objetivo buscado por esta reforma, que no es tanto promover que se creen iniciativas empresariales –este fin está pendiente de una ley específica que en estos momentos se estaría elaborando a marchas forzadas-, cuanto la de apoyar a las empresas “que apuesten por la creación de empleo estable”, como dice expresamente el Preámbulo de la norma y no contradice en absoluto su enunciado. Éste es deficiente sí, pero permite ser corregido e integrado perfectamente con los criterios hermenéuticos ya citados. En este sentido, de haber querido que fuese para empresas de reciente creación lo hubiera dicho expresamente. Pero, como se dice, lo que busca es animar a la empresa a ser “valiente” y contratar indefinidamente. Como es natural, y a diferencia de lo que luego se dirá para las bonificaciones, una deducción de este calibre sólo se prevé para el primer contrato de esta guisa, no para los sucesivos.

Adicionalmente, por tanto de modo complementario a la anterior, se prevé una segunda deducción cuando se contrate a beneficiarios de prestaciones por desempleo. Si bien también aquí el enunciado, leído de forma aislada y apegada a su tenor literal, resulta equívoco, pues parece que se abre a cualquier beneficiario de prestaciones, parece claro que está refiriéndose a desempleados menores de 30 años que, a su vez, sean beneficiarios de prestaciones por desempleo. En estos casos, la deducción ya no es lineal sino variable, cuya cuantía depende, a su vez, de la prestación por desempleo que reste por percibir al desempleado de 29 o menos años: una *deducción equivalente al 50 por ciento de la prestación pendiente de percibir en el momento de la contratación, con un límite de doce mensualidades*.

Al margen de las complicaciones técnicas que incluye una deducción de este tipo²¹, aquí nos limitaremos a criticar tanto su existencia –pues en realidad busca más reducir el gasto en prestaciones, favorecer el empleo con bajo salario y activar la búsqueda de empleo de quienes cobran prestación- cuanto sus parámetros –pues favorece más a quien más protección tiene-. En suma, representa un dispositivo de instrumentación de recursos públicos escasos– los fiscales- al servicio de la reducción tanto de la estructura de costes laborales de los empresarios cuanto de la Seguridad Social, sin atender a los costes sociales de desigualdad y desprotección que genera entre los desempleados, pues propicia una reducción salarial a costa del consumo parcial de la prestación por desempleo, sin que se prevea reposición alguna – la remuneración estará integrada, de “forma voluntaria”, por el salario (probablemente reducido) y por un porcentaje de su prestación (25% máximo)-.

Con independencia de este doble incentivo fiscal, se establece también, por tanto de forma complementaria y acumulable, un incentivo basado en bonificaciones sociales. En tales casos, se dice, “las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de empleo”, por tanto, no ya sólo la primera contratación ni tampoco sólo para jóvenes de 29 años o menos, sino cuantas se realicen de este tipo, darán derecho a las siguientes bonificaciones durante tres años, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

- a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive: la cuantía se gradúa en sentido ascendente –para potenciar la continuidad- atendiendo al año de contratación: 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. Cuando estos contratos

²¹ Son tres reglas adicionales: el trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación; el importe de la deducción a que tiene derecho la empresa –siempre de 49 o menos trabajadores- quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral, de modo que no se modificará por ninguna circunstancia posterior; la empresa requerirá al trabajador un certificado del SPEE sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

se concierten con mujeres en sectores económicos en que estén infrarepresentadas las cuantías se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

- b) Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación: 108,33 euros/mes (1.300 euros/año). De nuevo se prevé un pequeño incremento cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado: 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Estas bonificaciones –previstas para cualquier contrato de este tipo concertado, no ya sólo para el primero, como las deducciones fiscales, y sin más límite que no superar el umbral de los 49 trabajadores que marca la inclusión o exclusión del contrato- serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social. Una vez más, se remite, como derecho supletorio -en lo no establecido en este artículo- a las previsiones contenidas en la sección 1.ª del capítulo I de la Ley 43/2006. Para la aplicación de los incentivos –tanto fiscales como bonificaciones-, se contemplan dos requisitos específicos.

De un lado, el empresario deberá, según la típica regla establecida con carácter general en estos programas, *mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años* desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro. Con ello se querría evitar que se contratase sólo “al calor” de los incentivos económicos y luego se olvidara de la continuidad en el empleo. Precisamente, a esta exigencia temporal se confía el que no se haga un uso abusivo del dilatado periodo de prueba –en sí mismo desproporcionado y, por lo tanto, de dudosa constitucionalidad- previsto, pues para una pequeña empresa –si bien debe recordarse que el umbral elegido incluye a la inmensa mayoría de empresas de nuestro país- el reintegro de las deducciones fiscales más las bonificaciones –más de 4000 Euros si se trata de un joven de 29 años o menos- podría ser un factor de disuasión efectivo. Aun reconociendo esta realidad, yo tengo mis dudas a la luz de la experiencia. En todo caso, y como suele ser habitual, aparecen una serie de causas que legitiman la continuidad del beneficio pese a la resolución del contrato, que en general suponen una extinción justificada²².

De otro lado, el apartado 8 del artículo 4 RDL 3/2012, establece que, “a

²² Desde esta perspectiva, se entiende cumplida la obligación de mantenimiento del empleo pese a la extinción realizada del contrato de trabajo bonificado, cuando obedezca a un despido disciplinario procedente- declarado o reconocido como tal-, o a causas de extinción no obedientes a la voluntad del empresario, sino del trabajador –dimisión-, o a otros factores jurídicos vinculados a éste -muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez-.

los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación”. A mi juicio, no queda muy claro qué quiere significar estrictamente esta precisión. Una primera y más plausible lectura, lleva a una regla de fijación del momento de cómputo del umbral de 49 trabajadores.

Una segunda, y seguramente mucho más improbable, pero posible, permite que se reintroduzca la exigencia de incremento neto del empleo, tampoco presente en la norma, como ya se dijo respecto de los contratos formativos. En todo caso, a mi juicio, parece difícil legitimar un sistema tan potente de incentivos sin que la norma se preocupe de dar las garantías necesarias para un uso efectivo como instrumento de creación neta de empleo, y no ya sólo, como sucede a menudo, de mera “focalización” de la contratación hacia ciertos colectivos o, lo que sería peor, de sustitución de unos trabajadores por otros, con el incremento de las rotaciones. El régimen de exclusiones de este contrato, que es analizado en el artículo sobre las nuevas modalidades de contrato, trata de evitar este último y pernicioso efecto, pero también la experiencia muestra su ineffectividad.

Finalmente, y con valor para el conjunto de incentivos económicos, el régimen se completa con una serie de reglas que, fijadas en la Disposición Adicional Primera²³, busca propiciar mayor transparencia a tan incierta materia. La transparencia es un principio fundamental de regulación del mercado de trabajo. Para el buen funcionamiento del sistema de incentivos se establece una serie de deberes de comunicación interadministrativa periódica que facilite el control de una adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma²⁴.

²³ Si en un primer apartado clarifica –“cada oveja con su pareja”- la financiación de los incentivos – las bonificaciones de cuotas a cargo del SPEE y las reducciones a la TGSS-, en el segundo, precisa el modo en que deben operar tales beneficios para las empresas - se aplicarán por los empleadores con carácter automático en los correspondientes documentos de cotización.

²⁴ De un lado, la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS- facilitará mensualmente al Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE- “el número de trabajadores objeto de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, desagregados por cada uno de los colectivos de bonificación, con sus respectivas bases de cotización y las deducciones que se apliquen de acuerdo con los programas de incentivos al empleo y que son financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal” –apartado 3-. De otro, y con la misma periodicidad, la Dirección General del SPEE, facilitará a la Dirección General de la ITSS “la información necesaria sobre el número de contratos comunicados objeto de bonificaciones de cuotas, detallados por colectivos, así como cuanta información relativa a las cotizaciones y deducciones aplicadas a los mismos sea precisa, al efecto de facilitar a este centro directivo la planificación y programación de la actuación inspectora que permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma”.

4.5. La reanimación de los programas de empleo derogados: del “coma” a los “muertos vivos”(zombis)

El célebre icono del “muerto viviente” –zombi- goza de una extraordinaria –quizás excesiva- salud en nuestros días, y es objeto, pese a su antigüedad, de nuevas y cada vez más audaces interpretaciones, tanto en el ámbito cultural – cine y literatura, pues hasta una de las obras más geniales de la literatura andaluza, “La Casa de Bernarda Alba”, conoce una “versión zombie”-, como incluso en el político²⁵. Por supuesto no comparto gustos tan macabros, pero resulta difícil sustraerse a tal metáfora para una descripción gráfica de la Disposición Derogatoria Única h) del RDL 3/2012 que, junto a las Disposiciones Finales 11ª y 12ª, tan extensas como inútiles, se empeña en revivir lo que, materialmente desde hace tiempo y formalmente desde hace un año, está(ba) muerto, o al menos en estado terminal.

El RDL 3/2011 derogó la práctica totalidad de los programas de empleo hasta el momento existentes, con una historia de más de un cuarto de siglo en muchos casos y con la convicción de prácticamente todos de su agotamiento real²⁶. Aunque, para evitar vacíos, mantenían una vigencia provisional –Disposición Transitoria Tercera- hasta que fuese aprobada la Estrategia Española de Empleo (EEE en adelante) 2012-2014 y el correspondiente Plan Anual de Empleo, su “estado de coma” parecía irreversible con la aprobación, ciertamente precipitada, de la EEE mediante el RD 1452/2011, de 31 de octubre. Ya sólo faltaba darle un digno entierro con el Plan Anual de Empleo. Pues bien, con descomunal perplejidad, el Gobierno, aquí muy “corto y perezoso”, sin duda desbordado por la crisis y centrado en la reforma de las instituciones reguladoras del trabajo, ha decidido prolongar la agonía, pues ha derogado las derogatorias y transitorias referidas del RDL 3/2011, y ha puesto en pie, y como estatales, la práctica totalidad de los programas que el anterior Gobierno desahució, pero no remató. Al tiempo, y “por el mismo precio”, aprovecha, como ya se vio respecto de la gestión de las autorizaciones a las entidades privadas de intermediación laboral, para re-centralizarlas.

²⁵ Cfr. “El zombi como metáfora política”. En <http://www.contraindicaciones.net/2009/06/el-zombi-como-metaphora-politico.html>

²⁶ En este sentido también Casas Baamonde, M.E. “*Derecho del Trabajo y Empleo*”. Editorial RRL 4/2012, p. 6. De especial mención resulta, para esta concreta cuestión, su recurso a la imagen del “realismo maravilloso” del escritor Cunqueiro y su fábula “Merlín e Familia”, pues si en algún lugar se traduce bien esa errática reducción de la ley laboral de reforma a “reglas de quita y pon” ese es la Disposición Derogatoria que comento.

5. LAS MEDIDAS DE ACTIVACIÓN DE LAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO: UN ESCENARIO PARA FUTURAS REFORMAS

Aunque apenas ocupa espacio en esta reforma –dada su “agresividad jurídica”, habría que decir que mejor-, el RDL 3/2012 no deja de mirar a la protección de desempleo para llevar a cabo retoques que refuercen su antañona instrumentación como una política de empleo. Si tuviéramos que elegir un objetivo que resumiera o agrupara el sentido de las diferentes medidas a tal fin, ese es, sin ninguna duda, el ya referido de la “activación” de las políticas pasivas, de modo que, a falta de dedicar más recursos a las políticas activas, las pasivas se reorienten hacia una mayor capacidad para estimular la búsqueda efectiva –colocación- de empleo de quienes resultan beneficiarios de esta rama de protección de la Seguridad Social. En este sentido, ya se ha hecho referencia a la previsión de compatibilizar el contrato indefinido de apoyo a emprendedores con una parte -25% máximo- de la prestación por desempleo –artículo 4 RDL 3/2012-, pero no es la única medida. Así, habría que citar al menos otras dos:

- a) La consideración como obligatoria, antes era voluntaria, de la participación en los programas de sustitución de trabajadores en formación por los sujetos beneficiarios de prestaciones por desempleo –Disposición Transitoria 6^o.1-.
- b) Aumento del porcentaje de prestación por desempleo a capitalizar, en la modalidad de pago único, para fomentar el autoempleo juvenil. Se aumenta el importe hasta el 100% -antes era del 80%- cuando los beneficiarios sean hombres de hasta 30 años de edad o mujeres de hasta 35, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud. El límite general está en el 60% –vid. Disposición Final Decimotercera del RDL 3/2012, que modifica la regla 3^a del apartado 1 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002

Sin desmerecer la importancia de estas medidas, no cabe duda que tienen un valor o significado menor en el contexto general del programa de reformas. Sin embargo, no se trata de una política residual sino, al contrario, uno de los ejes básicos sobre los que se está articulando buena parte de las transformaciones del modelo de protección social, de un alcance análogo a las políticas de flexibilidad en el ámbito de la política laboral. Por eso, estoy convencido de que a no tardar demasiado se adoptarán medidas de calado al respecto, algunas de las cuáles sólo han sido amagadas y/o rumoreadas en este gran primer asalto reformador del nuevo Gobierno en una dirección ultraliberal y postsocial.

Así ha sucedido con la especulación en torno al reforzamiento de la normativa social que permite exigir a los beneficiarios “trabajos de colaboración

social” –artículo 213 LGSS–, a través de la firma de convenios de colaboración con las Administraciones Públicas, sobre todo las de ámbito local, en un contexto de agudización la tradicional presión empresarial en torno a la ineficiencia de la protección por desempleo, por desincentivar presuntamente la búsqueda de empleo hasta el momento terminal de la cobertura²⁷. Finalmente, la cuestión ha quedado inalterada, pero seguro que cuando pase el fragor de esta belicosa reforma, se volverá sobre este tema. En última instancia, otros modelos hoy en boca de todos, sobre todo del Gobierno reformador, como el alemán, ya promovió, entre sus líneas de reforma estrella para fomentar la creación de empleo en época de crisis, la compatibilidad entre prestaciones por desempleo y salarios bajos, a fin de estimular que los desempleados acepten oportunidades ocupacionales, al margen de su capacidad para la promoción profesional o económica. Eso sí, en cualquier caso, este tipo de medidas, que han alcanzado una enorme popularidad, aseguran que perciba un salario superior a la prestación²⁸

Pero también habrá que plantear este tema cuando el Gobierno decida tomarse en serio la cuestión de la “recualificación” de quienes, agotada la protección “normal” de desempleo, se benefician ya sólo de una ayuda asistencial –los tristemente célebres 420 Euros y el programa PREPARA–. Hasta ahora, pese a constatar el absoluto fracaso de esta medida, todos se han limitado a prorrogarla, de modo que establecida por el RDL 1/2011, ha recibido ya dos prórrogas, la primera por RDL 10/2011, y la vigente a través del RDL 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público²⁹. Tanta prórroga evidencia no sólo la persistencia del problema, sino la inutilidad de la terapia.

6. OTRO MODO POSIBLE DE ENTENDER LA “FLEXIGURIDAD”: EL ENFOQUE DINÁMICO Y DE DERECHOS DE LA SEGURIDAD

En un momento en que tanto los discursos como las prácticas evidencian un rígido dominio del modelo ultraliberal, sin mucho margen para las alternativas, pese al claro fracaso de sus propuestas, es especialmente necesario evidenciar no ya sólo la función crítica del jurista del trabajo, ante la fragante quiebra del equilibrio constitucional, sino también, y sobre todo, la capacidad para proponer un modelo alternativo posible. Un modelo que, basado en el

²⁷ Molina Navarrete, C. “De las reformas laborales a un nuevo...”. Op. Cit. pp. 111 y ss.

²⁸ Cfr. Velasco Portero, M. –Fröhlich, M. P. “La compatibilidad entre las medidas de fomento del empleo y la protección del trabajador en el Derecho Laboral alemán”. AL, n. 17/2012. P. 1999.

²⁹ La Resolución de 15 de febrero de 2012 del SPEE ordena el modo de articular la presentación de solicitudes para recibir ayudas económicas al respecto.

reconocimiento de derechos de nuevo cuño, acordes a los cambios, en parte ya fue trazado por la reforma de la LE en virtud del RDL 3/2011 y que permanece completamente ignorado. En suma, el vigente Estado Constitucional de Derecho contiene ya alternativas viables, esto es, equitativas, eficaces y eficientes.

En efecto, la reforma de la normativa de empleo pasó de una lógica basada en los “programas y medidas” de coyuntura a otra asentada en los derechos de prestación a cargo de los sujetos gestores de los servicios de empleo, públicos y privados, reforzando al mismo tiempo las técnicas de planificación y evaluación de tales servicios y políticas. En esta dirección, se insiste en la necesidad de individualizar el tratamiento dado a las personas desempleadas, e incluso a las ocupadas –gestión preventiva-. Con ello se busca tanto identificar claramente a los sujetos de la relación de transición al empleo –en el caso en que se haya perdido el precedente-, cuanto a los instrumentos –atención de forma individualizada-, y a los dispositivos para evaluar la eficacia y eficiencia de las medidas. Desde esta perspectiva, aceptando como ineludible la lógica del cambio, y por tanto la imposibilidad de atrincherarse en la “seguridad del puesto de trabajo”, se asume un enfoque de “mercado transicional” institucionalizada y social, no ya puramente liberal, que fomenta transiciones a partir de la mayor liberalización posible del mercado de trabajo, retornando la imagen del trabajo como un factor productivo, que se compra y se vende como si fuese una “mercadería” más, según la lógica que preside la reforma. Tampoco la solución pasa ya por atrincherarse, en cambio, en el modelo clásico de protección pública, pues ni es eficiente ni realmente equitativo.

Para salir de la tensión que generaría el choque de ambos modelos, el liberal y el público-institucional, se abrirían, desde el análisis económico y también jurídico de las políticas de reforma del mercado de trabajo, un nuevo enfoque teórico, tanto analítico como normativo, que pretende conciliar ambos, paradójicamente, no reduciendo uno en detrimento del otro, y viceversa, sino intensificando los dos al mismo tiempo. Sin duda, aquí reside el principal factor de fascinación de la teoría de los “mercados transicionales”. Frente al institucionalismo más tradicional, típico del rígido intervencionismo administrativo, no propondría reforzar la seguridad del empleo, ni en el puesto –dentro de la empresa o en el mercado interno de trabajo- ni tan siquiera en una misma carrera profesional en el mercado - fuera de la empresa o en el mercado externo de trabajo-. Y frente al liberalismo tampoco propondría reducir el papel de las instituciones y, por lo tanto, de los derechos sociales, sino que promueve más institucionalización, si bien de diferente tipo –no rígida sino flexible, que favorezca la movilidad-, y muchos más derechos sociales de la persona, si bien de distinto tipo (no derechos de seguridad estática sino derechos de oportunidad o seguridad dinámica o activa). En suma, compensa el debilitamiento de la seguridad contractual con la tutela de un estatuto profesional de la persona

continuado, evitando que se genere un “círculo vicioso” de “pocos ganadores a costa de muchos perdedores”, que es lo que sucederá con una buena parte de las medidas de reforma, que terminarán provocando mucha más precariedad en las relaciones de trabajo y riesgo de exclusión social³⁰.

Por supuesto no pretendo aquí entrar a analizar las posibilidades y limitaciones de tales enfoques, tan sólo entiendo conveniente dejarlo enunciado para evidenciar que sí hay alternativas diferentes, y sin duda más eficientes y justas, a las propuestas en esta nueva reforma. Ésta, sin embargo, prefiere mantener a ultranza, incomprensible bajo cualquier punto de vista, el fallido modelo anterior, sumando, eso sí, una reducción de los recursos dedicados a las políticas activas, con lo que el fracaso está más cantado.

7. REFLEXIÓN FINAL: EN ESPERA DE UNA TOMA EN SERIO DE UNA POLÍTICA Y UN DERECHO DEL EMPLEO

Fuera de las usuales vagas referencias a auténticas o genuinas “fórmulas mágicas” –“flexiguridad”, “empleabilidad”- y a medidas continuistas con un pasado fallido nada más hay en la reforma que haga creíble el objetivo de la creación de empleo. La enorme tasa de seguridad que se pierde en la relación laboral – tanto en las condiciones de empleo y de trabajo como en la estabilidad del puesto- a favor de la libertad extrema que gana el empleador –esto es la flexibilidad ansiada y ahora lograda casi plenamente-, no se compensa con la mejora de la eficiencia de las políticas activas –(re)colocación a través de los servicios de empleo y potente formación para el empleo, que reduce al mínimo tiempo la espera entre empleo y empleo, enriqueciendo en tanto el “patrimonio (capital) formativo” de las personas- y la garantía de la protección por desempleo³¹. Al contrario, el Gobierno ha decidido apostar por mantener

³⁰ Cfr. Los diversos estudios en Toharia, L. (dir.). Los mercados de trabajo transicionales: nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos. MTAS. Madrid. 2006.

³¹ Esta concepción tridimensional del “mercado de trabajo” como “institución social”, por tanto, no como puro “mercado económico”, está presente en la Exposición de Motivos del RDL 3/2012, e ilustra el prometido enfoque “equilibrado” que el Gobierno dice perseguir, otra cosa es, que como quedará suficientemente acreditado –eso espero- en este estudio, ha pesado muchísimo más el factor “liberal” respecto del relativo a la “seguridad”. En este sentido, aunque sea más cara a la galería, el Gobierno no tiene ningún empacho en afirmar con tono grandilocuente –a algunos quizás les parezca más bien sarcástico-, el propio de este cada vez más inútil pieza de una norma que es la EM, que la reforma, inspirada en el valor de la “flexiseguridad”, no trata sino de “... garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”, incluidos “los intereses de todos aquellos que estén buscando empleo” –EM, apartado I, in fine-.

la regulación precedente, salvo en lo que atañe a los sujetos privados de intermediación, que refuerza, en detrimento de los servicios públicos, los grandes ausentes, pues quedan silenciados por completo.

El Gobierno, pues, ha optado por la peor de las soluciones, convencido de que va a bastar para retomar la senda del crecimiento con una política de flexibilidad laboral muy extrema, única “política de empleo” eficiente que parece concebir el nuevo Ejecutivo. La reforma, pues, no sólo perpetúa buena parte de los errores evidenciados hasta ahora, limitándose realmente a abrir –liberalizar- todas estas actividades de servicio público a un mercado competitivo de entidades privadas o “empresas de servicios de empleo” y “capitales humanos”, sino que los agrava. El agotamiento absoluto de las precedentes políticas activas de empleo, que ahora se reviven y que actuarán como “zombis”, y la más que acreditada ineficacia –además de injusticia-, de la política de flexibilidad para lograr el objetivo del crecimiento del empleo en un contexto como éste, de aguda crisis y de necesidad de promover nuevos patrones de crecimiento económico, exigirán pronto una rectificación del Gobierno –seguro que mayor que respecto de la reforma laboral en los demás puntos- y evidenciará la necesidad de “tomarse en serio” tanto las “políticas” como los “derechos” en esta materia. En tal dirección innovadora y correctora, hallará ya importantes vías en el marco de la renovada Ley de Empleo, a cuya efectividad tendrá que dedicar los recursos necesarios y asegurar un nivel óptimo de cooperación entre los servicios públicos de empleo y los servicios privados, en un nuevo modelo menos competitivo y más cooperativo entre ellos³².

³² En esta dirección, Vallecillo Gámez, M.R. *Las empresas de intermediación...* op. Loc. Cit. Desde diferentes puntos de vista AAVV. (dir: De la Casa Quesada, S-Vallecillo Gámez, M.R.). *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*. Bomarzo. 2011.

DERECHOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CONTRATOS FORMATIVOS

ROSA QUESADA SEGURA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras Clave: Formación profesional, contratos formativos, Reforma 2012

Este trabajo tiene por objeto analizar las medidas introducidas por el RD-Ley 3/2012 dirigidas a favorecer la formación profesional de los trabajadores ocupados, así como la nueva regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, junto con otra serie de modificaciones legislativas que afectan a la gestión, organización y planificación de la formación profesional. Favorecer el aprendizaje permanente de los trabajadores es, sin duda, positivo. Pero basar esencialmente el núcleo de las modificaciones en esta materia en facilitar únicamente la formación profesional de las personas que ya están presentes en el mercado de empleo, supone un pobre empeño en el intento de mejorar realmente el objetivo que se pretende. Regular de nuevo el contrato para la formación y el aprendizaje para su utilización como vía de fomento de empleo supone desnaturalizar su propia esencia como contrato para la formación de los jóvenes sin cualificación. Introducir nuevos sujetos en el sistema de formación profesional para el empleo, permitiendo su participación en el núcleo duro de su gestión, puede suponer la entrada a otras competencias e incluso, una mejora en la oferta formativa, pero sin duda, el primer efecto que va a producir esta medida es la reducción del papel protagonista de los agentes sociales más representativos.

ABSTRACT

Key Words: Professional training, training contracts, 2012 Reform

This piece of work analyses those measures introduced by the RD-Law 3/2012 which aim to encourage professional training for employed workers. Also, the law regulates those new contracts for training and life-long learning along with other series of legislative modifications that affect the management, the organization and the overall plan of a professional training career. Foster life-long learning of workers is without a doubt positive. However, to focus and make changes only in professional training of people who are already working implies a poor change towards the overall objective. Try to increase employment thought regulation of this type of contracts for training implies forgetting the reform essence which is to increase the number of contracts for young people who have no qualification. To introduce new subjects in the professional training system for employment and allow their participation in its core nucleus could bring up other competencies like improve the training offerings but this will definitely have an effect, and that is, without a doubt, the reduction of the protagonist role of the most representative social agents.

ÍNDICE

1. LAS LINEAS PRINCIPALES DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CONTRATOS FORMATIVOS
2. DERECHOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL
 - 2.1. Manifestaciones del derecho individual a la formación.
 - 2.2. Los derechos de formación del trabajador en el renovado artículo 23 ET.
 - 2.3. Las dos nuevas reglas que se incorporan: El derecho a la formación para la adaptación del trabajador a los cambios producidos en su puesto de trabajo y el permiso retribuido de formación de 20 horas anuales.
 - 2.3.1. El derecho a la formación para la adaptación del trabajador a los cambios producidos en su puesto de trabajo.
 - 2.3.2. El permiso retribuido de formación de 20 horas anuales.
 - 2.4. La generalización del programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de la prestación por desempleo y el fomento- cuestionable - de su contratación.
3. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE
 - 3.1. Del modelo del contrato de formación cualificada para jóvenes a su utilización, una vez más, como vía de fomento de empleo precario.
 - 3.2. Las modificaciones legales que lo permiten.
 - 3.3. Incentivos a la contratación y a la conversión en contrato indefinido. La mala praxis de la generalización de las bonificaciones.
 - 3.4. Las normas transitorias sobre la actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados antes de la vigencia y a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012.
 - 3.5. Un nuevo renacer para los Programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo. Su conversión en medidas de ámbito estatal en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.
4. UNA ESTRUCTURA LEGAL COMPLEJA. Y LA REBAJA DEL PROTAGONISMO DE LOS AGENTES SOCIALES
5. CONCLUSIONES Y UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

1. LAS LINEAS PRINCIPALES DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CONTRATOS FORMATIVOS

Estructurada en grandes bloques temáticos en función de los objetivos que se persiguen, la reforma legal que introduce el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, penetra en el articulado, básicamente, del Estatuto de los Trabajadores y normas concordantes, removiendo profundamente muchas de sus instituciones. No se trata, por tanto, de un conjunto de modificaciones con afán reformista y continuador como sucedió con las anteriores de las que se podía discutir su mayor o menor calado, sino de la instauración real de un nuevo planteamiento de las relaciones laborales en nuestro país a partir de principios diferentes. Frente a una legislación laboral fuertemente promocional de la autonomía colectiva, y todavía garantista y compensadora en la relación individual de trabajo, se

instaura ahora un sistema claramente individualista en donde se blinda el poder del empresario y su ámbito de ejercicio - la empresa -, sin que, en lo fundamental, puedan afectarle decisiones externas a la misma. Ello solo, por si mismo, ya sería suficiente para producir un fuerte desequilibrio en la posición de los sujetos del contrato, pero, por si no lo fuese, el legislador va minuciosamente desarmando los instrumentos que hasta el presente – aún - habían justificado la definición de la legislación laboral como garantista y compensadora para pasar a otra de corte individualista y liberal.

La Exposición de Motivos del RD-Ley califica la reforma legal que introduce, como completa y equilibrada. No se atreve a otros calificativos como si ha hecho el presidente del Gobierno al considerarla como justa, necesaria y equilibrada. De todas formas, ello no tiene importancia porque, como se sabe, los mismos adjetivos calificativos pueden usarse para defender una posición y la contraria. Depende de la interpretación autentica del sustantivo al que acompañan, aunque no deja de echarse en falta la referencia a otro calificativo que realmente es el que debe estar presente como motor y justificación de toda la reforma, puesto que, veladamente, siempre se le invoca: su utilidad respecto al fin previsto que es, como se anuncia formalmente tantas veces, la creación de empleo, aunque lo que en definitiva se consiga sea una nueva ordenación o reordenación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

La idea de justicia o de necesidad parece apuntar a un bien común, objetivo y general y que, por tanto, justificaría, o podría ser suficiente para justificar, una rebaja tan inusitada de derechos del trabajador. El equilibrio, sin embargo, hace referencia a un equidistante reparto de cargas de tal forma que los sacrificios -o los beneficios- deben afectar por igual a ambas partes de la relación de trabajo.

Frente al conjunto de medidas que favorecen la gestión flexible del trabajo y el ajuste regular de la plantilla a cualquier vicisitud que pueda afectar a la organización empresarial, suprimiendo de paso todos aquellos condicionantes que pudiesen ralentizar o influir en la marcha de la empresa - convenio colectivo de ámbito superior, autorización administrativa o determinadas reglas de procedimiento -, el RD-Ley introduce – dentro del capítulo I y bajo la denominación de “medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores” - un bloque normativo dirigido a favorecer su formación ocupacional, integrado por un conjunto de medidas institucionales e instrumentales que afectan a diversos cuerpos normativos y que, al igual que sucede con los diversos bloques temáticos que componen la norma reformadora, esta presidido por el interés de reforzar la relación individual de los sujetos del contrato de trabajo y el afán de utilizar instituciones concretas – como, en este caso, el contrato tradicional de formación para jóvenes sin cualificación profesional alguna; o,

en el contexto general, el pacto del periodo de prueba- para fines de fomento de empleo, desnaturalizando aquellos que le son propios y para los que estas instituciones fueron creadas.

De esta forma la nueva reforma laboral pretende tener en la formación profesional uno de sus pilares. Es decir, conceder una mayor importancia a los derechos de formación del trabajador como medida compensatoria en este debacle de derechos de los trabajadores, que el RD-Ley 3/2012 pretende insuflar con suficiente fuerza para compensar los desequilibrios producidos por la misma norma reformadora.

Si bien y junto a ello, también introduce otra serie de modificaciones que afectan de forma importante al propio sistema de formación profesional - al reconocer a los centros y entidades de formación privados la posibilidad de participar directamente en el sistema de formación profesional para el empleo-, con la finalidad, se dice, “de que la oferta formativa sea más variada, descentralizada y eficiente”, si bien ello suponga, en definitiva, una importante rebaja en el protagonismo de los sindicatos y asociaciones profesionales más representativas en la gestión, organización y planificación de la formación profesional, que hasta el momento presente les había correspondido.

En conjunto las modificaciones legales relacionadas con esta materia son varias: las más importante que afectan al Estatuto de los Trabajadores son las contenidas en los artículos 4,2 b), 23 y 52 b), pero también deben tenerse en cuenta la desaparición de las obligaciones formativas que imponía el anterior artículo 39 ET, en este caso justificadas ya que no tienen razón de ser al haber desaparecido la referencia a la categoría profesional y por tanto, también, a la posibilidad de movilidad funcional en categorías equivalentes. Existe, sin embargo otra modificación más difícil de entender especialmente en este contexto de promoción y salvaguarda de los derechos de formación profesional del trabajador, y es que, ahora, ha desaparecido el supuesto que permitía la extinción del contrato de trabajo sobre la base que ofrecía el artículo 50.1 ET, justificada en el incumplimiento contractual del empresario por afectar a la esfera profesional del trabajador.

El resto de modificaciones relacionadas con esta materia afectan a otras normas jurídicas como la Ley 56/2003, de Empleo, el RD 395/2007, de 23 de marzo por el que se regula el subsistema de formación profesional, la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y el RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

2. DERECHOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL

2.1. Manifestaciones del derecho individual a la formación

La formación y promoción en el trabajo forma parte de los grandes objetivos de la política social de la Unión Europea. Desde que el Consejo de Europa (Estrategia de Lisboa, marzo, 2000) señalara como objetivo de la Unión el lograr la economía más dinámica y competitiva del mundo, fijando para ello el horizonte del año 2010, se ahonda en la idea de que la economía debe basarse en el conocimiento, en la sostenibilidad y en la cohesión social y, en este contexto, el aprendizaje permanente se considera parte fundamental de la Estrategia de Empleo. Última manifestación de ello, el Programa Nacional de Reformas español 2011, al desarrollar la Estrategia Europa 2020 (hacia una economía inteligente, sostenible e integradora), incorpora la formación profesional como uno de los indicadores estructurales del crecimiento económico. En este sentido recoge las Medidas destinadas a la mejora integral del sistema de formación profesional¹ incluidas en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales en 2011.

En nuestra Constitución el artículo 35.1 CE reconoce el derecho a la promoción del trabajador a través del trabajo y el artículo 40.2 CE recoge dentro de los principios rectores de la política social y económica que han de inspirar a la legislación y la actuación de los poderes públicos, el de “fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales”.

La concreción legal de ambos preceptos se encuentra en el artículo 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores que reconoce, entre los derechos del trabajador en la relación de trabajo, el de “la promoción y formación profesional”. Formación y promoción como dos facetas de un mismo derecho, conectadas pero conceptualmente distintas y cuyo objetivo final es la mejora profesional y social del trabajador.

¹ Aumentar la oferta de plazas de FP en el sistema educativo dirigidas a sectores con mayores posibilidades de generación de empleo. A finales del curso 2010-2011 se espera que el número de títulos de FP actualizados con arreglo a la normativa derivada de la Ley Orgánica de Educación pase de 61 a 140.

Elaborar un mapa de la oferta de FP que sirva para planificar la oferta y que dé respuesta a las necesidades de los sectores productivos y al nuevo modelo de crecimiento. Se prevé que el mapa esté finalizado en julio de 2011.

Ampliar la oferta de FP on-line, pasando de los actuales 9 ciclos de FP de Grado Medio y Superior a los 100 ciclos en el curso 2011-12.

Avanzar en el reconocimiento de las competencias adquiridas por la experiencia laboral, de manera que se pueda obtener un título de formación o un certificado de profesionalidad con una formación complementaria.

Sin embargo se trata de una concreción legal excesivamente parca. El reconocimiento constitucional pone de manifiesto la importancia que adquiere la persona del trabajador y sus intereses profesionales y, en un contexto más amplio, como el cumplimiento de estos derechos se convierte a su vez en una medida de política económica y de empleo que debe responder – e incluso adelantarse –, a las transformaciones del sistema productivo y a sus nuevas demandas de cualificación y especialización profesional. No obstante lo que hasta ahora ha venido garantizando el artículo 4. 2 b) ha sido el reconocimiento de un derecho subjetivo del trabajador a la formación - cuyo desarrollo correspondería básicamente al artículo 23 ET – y a la promoción – derecho desarrollado principalmente en los artículos 24 y 25 ET- en el ámbito de la relación de trabajo.

Resulta positivo, por tanto, que se aborden estos derechos, especialmente el de la formación de trabajador, que tan escasamente había sido considerado y desarrollado en el Estatuto de los Trabajadores. Como se sabe el artículo 4.2 b) ET se había mantenido sin cambio alguno para sufrir últimamente dos importantes añadidos. Así la Ley 35/2010 añadió la referencia específica del derecho del trabajador “al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad” y ahora, el RD-Ley 3/2012 añade la mención a la “adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”.

Así pues la primera modificación que introduce el RD-Ley 3/2012 en esta materia se produce en el mismo artículo 4. 2 b) ET, lo que supone el reconocimiento del derecho del trabajador a recibir la formación necesaria a fin de permitir su adaptación a las modificaciones producidas en su puesto de trabajo, así como el correspondiente deber del empresario a prestarla, y cuyo desarrollo legal se encuentra en dos reglas posteriores, el artículo 23 y el artículo 52 b) del ET.

La segunda modificación consiste en el establecimiento, en un nuevo apartado del artículo 23 ET, de un crédito horario de formación reconocido para todos los trabajadores como derecho individual derivado de la relación de trabajo y cuya concreción, con vistas a su disfrute efectivo, queda remitida al acuerdo entre trabajador y empresario.

Estas son las dos principales novedades en lo que respecta al derecho a la formación del trabajador, junto a éstas, se establecen también modificaciones en normas instrumentales que tienden a facilitar el cumplimiento de este derecho – la Disposición final tercera del RD-Ley 3/2012, prevé la posibilidad de que el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, evalúe la conveniencia de crear un cheque formación destinado a financiar este derecho individual de los trabajadores a la formación-. O bien tienden a oficializar, controlar y permitir el seguimiento del cumplimiento real de estos derechos-obligaciones. Así en la Disposición final segunda del RD-Ley 3/2012 se añade

un nuevo número al artículo 26. 10 de la Ley 56/2003 de Empleo, por el que se establece que la formación que reciba el trabajador a lo largo de su carrera profesional de acuerdo con el Catalogo de Cualificaciones Profesionales, se inscribirá en una cuenta de formación asociada a su número de afiliación a la Seguridad Social. Regla cuyo desarrollo se supedita a una futura norma reglamentaria.

2.2. Los derechos de formación del trabajador en el renovado artículo 23 ET

Ha sido tradicional la crítica al contenido del artículo 23 ET, cuya redacción, si bien levemente mejorada por alguna de las reformas legales anteriores, desarrollaba el derecho del trabajador a su formación en el trabajo de forma excesivamente limitada, tanto en el contenido de los derechos que establecía, como en la falta de concreción de un sistema adecuado de garantías.

De esta forma el derecho a la formación consistía en el reconocimiento a los trabajadores de ciertas facilidades y permisos que le permitían obtener formación, sin que necesariamente estuviera ligada al trabajo - posibilidad de compatibilizar su trabajo con la obtención de un título académico o profesional, permiso para concurrir a exámenes, preferencia a elegir turnos de trabajo, si existiera tal sistema en la empresa-. O bien obtener igualmente formación pero para realizar acciones formativas ligadas, en este caso si, al trabajo - el derecho a la adaptación de la jornada o a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional, con reserva de puesto de trabajo-.

Se trata de derechos que en principio no generaban por si mismos una obligación directa e incondicional de la empresa, ya que, como en su momento señaló el Tribunal Constitucional, “no puede someterse la autonomía organizativa del empresario a la opción de un trabajador”- STC 129/1989-. Por lo demás, la remisión a los convenios colectivos en cuanto a la “fijación de los términos del ejercicio de estos derechos” delegaba en el acuerdo colectivo la posibilidad y modo real de su ejercicio. En este sentido y en base a los Acuerdos Nacionales sobre Formación Profesional, los convenios colectivos han cumplido un papel preponderante en la ordenación del ejercicio de estos derechos².

El actual artículo 23 ET mantiene los dos primeros apartados, si bien sin aprovechar para corregir interpretaciones de temas que habían resultado conflictivos. Se ha perdido la oportunidad, por tanto, de solucionar algunas cuestiones puntuales, si bien prácticamente resueltas por la doctrina judicial, como el carácter

² Como ejemplo puede señalarse el régimen que el III Acuerdo Nacional de Formación Profesional estableció sobre los permisos individuales de formación, señalando los requisitos que debía reunir el trabajador, el procedimiento que debía seguirse, las facultades de denegación de la empresa, los derechos y obligaciones del trabajador beneficiario y las competencias de los representantes de los legales de los trabajadores al respecto.

retribuido o no del periodo de licencia por exámenes – “sin que este periodo pueda considerarse como permiso retribuido salvo lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación”, o la obligación de preaviso y justificación posterior “cuyo incumplimiento por parte del trabajador podía considerarse como ausencias injustificadas y habilitar al empresario para el despido” –STCT 16, 11, 1982-.

En los dos siguientes apartados se mejora la dicción del anterior artículo 23 ET, pese a mantenerse idéntica redacción, al desdoblarse las opciones incluidas en el anterior apartado b). Así se dice que el trabajador tendrá derecho: b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional; c) A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. De esta forma aparecen como dos derechos diferenciados y no opciones que puedan suponer que la elección de una invalida la posibilidad de la otra.

Sin embargo se trata de derechos cuyo ejercicio se remite igualmente a lo pactado en negociación colectiva, por lo tanto su régimen dependerá de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación.

Por otra parte, se mantiene una regla de igualdad de género ya prevista en la redacción anterior a fin de evitar la discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres en materia de permisos y formación³ pero ahora modificada en dos sentidos: en la redacción anterior se decía que el ejercicio de estos derechos se acomodarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo “garantizar la ausencia”, de discriminación directa e indirecta. Ahora en la nueva redacción se señala que el convenio colectivo “deberá garantizar la ausencia”. La diferencia es sutil, y parece que el mandato imperativo busca una mejor redacción, pero es que la discriminación indirecta es aquella que se deriva de la aplicación de criterios neutros y en principio objetivos pero cuya utilización produce un resultado discriminatorio para un colectivo determinado. Es decir, el impacto de género es lo que debe valorarse en la utilización de los criterios establecidos y eso es a lo que el precepto obligaba antes, para llegar al objetivo de la igualdad real que se pretende. Tanta sutileza cae en el olvido de un pragmático legislador que concluye con una prohibición tajante. El segundo cambio, igualmente significativo es la referencia a la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores “de uno y otro sexo”. Esta vuelta a la distinción en función del sexo – el cambio en este sentido ha sido recurrente en modificaciones normativas anteriores -, supone el menosprecio a la Ley de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres y al criterio de género como criterio inspirador de las normas de igual-

³ En la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Disposición adicional undécima: “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo”, se dice: En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres”.

dad. La desigualdad no se produce en virtud del sexo, sino en virtud de la atribución social que se da a las mujeres y hombres en función de su sexo, por eso la consideración del género supone dar entrada a principios inspiradores diferentes que fundamentan estrategias determinadas y específicas. No se entiende porque el utilizar el concepto de género afecta tanto a la mentalidad conservadora, pero parece que ello es así. Ningún cambio es inocente, pero éste, lleva una enorme carga política y social incorporada.

2.3. Las dos nuevas reglas que incorpora el artículo 23 ET: El derecho a la formación para la adaptación del trabajador a los cambios producidos en su puesto de trabajo y el permiso retribuido de formación de 20 horas anuales

2.3.1. El derecho a la formación para la adaptación del trabajador a los cambios producidos en su puesto de trabajo

El primer derecho, incorporado al artículo 4.2 b) como derecho básico del trabajador en la relación de trabajo, es el dirigido a la formación para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Es decir, existe una voluntad clara del legislador de precisar la eficacia directa del derecho individual de formación del trabajador, así como la correspondiente obligación empresarial en este supuesto concreto y, por tanto, el reconocimiento de un derecho directamente ejercitable ante los Tribunales del orden social. Por lo demás su regulación específica se contiene en el artículo 23 d) ET, aunque también en el artículo 52 b) ET en cuanto que contempla la obligación previa del empresario de formación para la adaptación del trabajador a las modificaciones producidas en su puesto de trabajo, sin cuyo cumplimiento sería imposible seguir esta causa de despido.

El desarrollo legal del derecho “a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo” se encuentra en el nuevo apartado del artículo 23 d) ET. No se concede en este caso derechos específicos o facilidades concretas al trabajador para que pueda compatibilizar la formación con su actividad laboral ya que, precisamente, en lo que consiste este derecho, es en establecer un tiempo de formación manteniendo viva la relación contractual -“el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo”- a la vez que se crea la obligación empresarial de sustentar la actividad formativa -“correrá a cargo de la empresa”-, si bien, sin perjuicio de que pueda obtener ayuda económica con cargo a los correspondientes créditos públicos destinados a la formación.

No obstante se ha dejado una importante cuestión sin solucionar como es la ausencia de mayor concreción del término “necesaria” referida a la formación que debe recibir el trabajador y que conecta con la determinación del tiempo dedicada a la misma, que es considerado “en todo caso” de trabajo

efectivo y como tal remunerado. Cuando, por lo demás, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, puede dar lugar al despido previsto en el artículo 52 b) ET.

En este punto se producen determinadas dudas al respecto: como si existen límites temporales a la adquisición de la formación necesaria, y en tal caso, quien los fija, si el empresario que es el deudor de la obligación – lo que pondría en cuestión el artículo 1.115 CC -, o si la valoración de la capacidad del trabajador para asumir las modificaciones introducidas en su puesto de trabajo puede dejarse al arbitrio de terceros, son cuestiones no resueltas, importantes y que salvo su consideración en el convenio colectivo o un desarrollo reglamentario posterior, van a depender de la interpretación judicial.

Por otra parte la vinculación de este derecho con la regulación establecida en el artículo 52 b) ET, que en este punto también ha sido modificado⁴, es innegable. Sin embargo se dan dos tratamientos legales diferentes y que en resumen puede concretarse del siguiente modo:

Existe un derecho objetivo e individual del trabajador a recibir la formación adecuada que le permita mantenerse en el empleo cuando se produzcan modificaciones técnicas u organizativas en su puesto de trabajo.

El deudor de la obligación es el empresario, lo que supone, que los gastos de formación correrán a cargo de la empresa, si bien puede hacer uso de una posibilidad que ya existe, no excesivamente utilizada por parte de la empresa, como es la financiación a través de los créditos para formación que se obtienen de los fondos provenientes de la “cuota de formación profesional” que se recauda conjuntamente con la cuota de la Seguridad Social⁵.

⁴ El artículo 52 b) ET en su redacción anterior decía: El contrato podrá extinguirse: b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

⁵ Y cuyo importe actual es del 0,70 por 100 de los salarios, de la cual corresponde al empresario abonar el 0,60 por 100 y al trabajador el 0,10 por 100 (art. 32 Orden TIN/41/2011). Los fondos así obtenidos se destinan principalmente a la financiación de las acciones formativas de las empresas y permisos individuales de formación y a la formación dirigida a trabajadores ocupados así como a las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación, la formación en las Administraciones públicas y a sufragar los gastos de funcionamiento de la Fundación tripartita para la Formación en el Empleo. Junto a ello, las aportaciones procedentes del SPEE sirven para financiar los planes de formación de ámbito superior a una Comunidad autónoma, los relativos a la formación relacionada con el ejercicio de competencias exclusivas del Estado y los dirigidos a trabajadores inmigrantes en sus países de origen – OM de 27 de julio de 2007, modificada por OM de 16 de enero de 2008 y la OM de 7 de marzo de 2008, en cuanto desarrollan la regulación del RD 395/2007 en materia de financiación de la formación-. Existen, además, otras vías de financiación como las ayudas del Fondo Social Europeo, y los fondos propios de las Comunidades Autónomas dedicados a la formación profesional.

El tiempo de formación se considera de trabajo efectivo, lo que quiere decir que será remunerado.

El empresario podrá despedir de forma objetiva, por la vía prevista en el artículo 53 ET cuando el trabajador no se adapte a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo cuando estas sean razonables y el trabajador haya recibido previamente un curso de especialización con cargo a la empresa⁶.

Durante el tiempo de formación el contrato de trabajo esta en suspenso, y el trabajador recibirá el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación”. Sin que quede claro si el plazo corre desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación. Parece que si la formación es previa a la modificación, el plazo cuenta desde la modificación, si la formación es posterior a la modificación, desde que termina la formación

No se establece los efectos del incumplimiento de esta obligación: en principio parece que únicamente daría lugar a una indemnización por daños y perjuicios, pero cuando se produce la extinción por esta causa sin haber dado la formación necesaria al trabajador, o cuando esta hubiera sido insuficiente, y a resultas de la misma se despide al trabajador alegando falta de adaptación, la consecuencia podría ser la nulidad del despido, sin que pueda considerarse la obligación de formación como un simple requisito de forma que al no cumplirse daría lugar a la declaración de improcedencia del despido.

Parece por tanto que son dos las situaciones diferentes contempladas en los artículos 23 d) y 52 b) ET: En el primer supuesto, la obligación es general, funciona en todo caso siempre que se produzcan modificaciones en el puesto de trabajo, con independencia de cómo sea de profunda o de cuales sean los resultados que se deriven de la falta de adaptación. Es, sencillamente, una manifestación del deber de formación empresarial en donde el tiempo de formación computa como tiempo de trabajo efectivo y donde los criterios para recibir el curso de adaptación deben acomodarse a reglas en donde se garantice la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres. Además de que, por negociación colectiva, pueden regularse los términos de su ejercicio. En el segundo caso, no obstante, lo que se está garantizando es que nadie podrá ser despedido por la falta de adaptación a las modificaciones introducidas en el puesto de trabajo sin haber recibido una formación previa y sin haber transcurrido un periodo de tiempo razonable para que el trabajador experimente en su puesto de trabajo una vez haya adquirido los conocimientos necesarios en función de los cambios producidos.

⁶ Desaparece la exigencia contenida en la anterior del artículo 52 b) ET acerca de que “el curso de reconversión o perfeccionamiento profesional sea a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida”.

De todas formas no se entiende mucho esta dualidad de tratamiento. Resulta más coherente entender la obligación de formación del siguiente modo: se debe procurar la formación del trabajador siempre que se produzcan alteraciones suficientes en el puesto de trabajo que la demanden—esto si esta claro—, considerándose durante tal periodo el tiempo de formación como tiempo de trabajo efectivo, salvo que la formación se reciba fuera del entorno empresarial y a jornada completa, lo que daría lugar a la suspensión del contrato con mantenimiento de la retribución media que viniera recibiendo el trabajador, compatible con cualquier otro tipo de ayuda económica a la formación.

2.3.2. El permiso retribuido de formación de 20 horas anuales

El segundo derecho específico que se establece en materia formativa, es el establecimiento de un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación vinculada al puesto de trabajo, acumulables por un periodo de hasta tres años, al que tendrán derecho los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa. La concreción del disfrute del mismo se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.

Se trata por tanto de un derecho individual del trabajador que adquiere a partir de un año de antigüedad en la empresa y que debe ser diferente al permiso al que se refiere el mismo artículo en su apartado c) - concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo-, cuya regulación se hace depender de lo establecido en la negociación colectiva y cuya duración puede ser mayor o menor, y condicionada al cumplimiento de determinados requisitos o no... Así como, también diferente, del permiso individual de formación que ya venía recogido en el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación para el empleo y que establece el derecho del trabajador a solicitar a la empresa la autorización para la realización de una acción formativa reconocida mediante acreditación oficial, incluida la de los títulos y certificaciones de profesionalidad del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, y cuya denegación “deberá estar motivada por razones organizativas y de producción” (art. 12.3 RD 395/2007). Se trata de permisos, todos ellos, enmarcados en el contexto del Convenio OIT, número 140 sobre licencia pagada de estudios, que, como se sabe, exige la implantación de medidas destinadas a fomentar, de acuerdo con las prácticas de cada país, la formación profesional en todos sus niveles.

Este nuevo permiso es un derecho del trabajador para su perfeccionamiento profesional por el cual se le reconoce un periodo de tiempo retribuido al año que puede acumular en periodos de hasta tres años, cuyo régimen queda fuera de la negociación colectiva, ya que la concreción de su disfrute se fija de común acuerdo entre trabajador y empresario. Surgen varias dudas sobre su desarrollo práctico que quizá se resuelvan en una futura norma reglamentaria, si es que se produce, o por la vía, de nuevo, de la interpretación judicial.

En primer lugar, respecto a la naturaleza y modo de acreditación de la formación que el trabajador vaya a recibir en este escaso periodo de tiempo ya que, incluso en el supuesto de acumulación, el número de horas que suman equivale a una semana y media de formación cada tres años de trabajo. En segundo lugar, respecto al momento de su disfrute, del que solo se dice que se hará de común acuerdo entre empresario y trabajador. Lo que en la práctica llevará a someter la solicitud del trabajador a la autorización del empresario tanto sobre la actividad a realizar como durante el mejor momento de su disfrute. En tercer lugar, sobre si es posible la sustitución económica cuando este derecho no se haya disfrutado por el trabajador y si ello se haría en proporción al tiempo de formación no consumido, como ocurre, por ejemplo con las vacaciones no disfrutadas, una vez el contrato de trabajo se hubiera extinguido sin hacer uso de este derecho; O, en cuarto lugar, aclarar si el derecho se pierde una vez transcurridos los tres años cuando el derecho no se ha ejercitado por circunstancias atinentes a la empresa...

Parece razonable entender que este permiso debe ir ligado a un plan formativo en la empresa, cuya finalidad, dentro de esta planificación, deba ser permitir, con cierta periodicidad, la renovación y actualización de los conocimientos y aptitudes del trabajador ligados a su actividad profesional, en su propio puesto de trabajo, con iniciativas formativas desarrolladas a ser posible en la propia empresa y durante el tiempo de trabajo, salvo que la propia especialidad de su actividad profesional requiera recibir la formación en centros especializados. Si se entiende de esta forma este permiso tiene una razón de ser, en caso contrario va a suponer un gasto adicional de la empresa con escaso valor formativo para el trabajador.

Finalmente otra regla que igualmente necesitara desarrollo reglamentario y que en el RD-Ley 3/2012 (Disposición final tercera) aparece como un desiderátum: se trata de la posibilidad de crear un cheque formación destinado a financiar el derecho individual a la formación de los trabajadores. Se estima que viene especialmente referido a costear la formación a la que se dedica este crédito horario aunque también podría referirse a financiar – quizá en beneficio únicamente de la pequeña empresa - la propia retribución de tales horas. Las cuestiones también aquí son varias, pero principalmente se centran en la titularidad y gestión del mismo. Si el titular es exclusivamente el trabajador – como así parece – cada trabajador podría solicitar los estudios y centros que estimara oportunos en función de las horas para la formación de las que pueda disponer en su cuenta particular; sin embargo, difícilmente se va a poder ejercitar tal derecho sin el visto bueno empresarial, por lo que la gestión del “cheque de formación” vendrá condicionada al consenso con el empresario y a las posibilidades formativas ofrecidas en su entorno.

2.4. La generalización del programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de la prestación por desempleo y el fomento- cuestionable - de su contratación

Para favorecer los permisos para la formación de los trabajadores ocupados y a la vez como medida de política de empleo, la Disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, estableció el Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo con carácter indefinido y con el objetivo de facilitar a “las empresas que tengan hasta cien trabajadores” el establecimiento de planes o acciones formativas para sus trabajadores, permitiendo la contratación de trabajadores desempleados perceptores de la prestación o subsidio de desempleo para la sustitución de aquellos durante su proceso formativo. En contrapartida, la empresa se beneficiaba, de acuerdo con el artículo 228.4 LGSS, de una reducción de la retribución del trabajador sustituto en relación a la cuantía de la prestación o subsidio de desempleo percibido por el mismo. Por tanto, al empresario le correspondía abonar únicamente la diferencia resultante entre la prestación y el salario que hubiera correspondido al trabajador sustituido. Y como regla de garantía se exigía que las acciones formativas que hubiesen dado lugar a la sustitución hubieran estado “financiadas por cualquiera de las Administraciones públicas”. A su vez el desempleado debía aceptar la sustitución pero siempre que se considerase “colocación adecuada”, cuyos parámetros, pese a ser rigurosos, permitían ciertos márgenes a la negativa razonada de éste.

Ahora, el RD-Ley 3/2012 reforma en este punto la Ley 45/2002, e introduce dos importantes modificaciones. Por una parte universaliza esta posibilidad, permitiendo acogerse a este Programa a todas las empresas, “cualquiera que sea el tamaño de su plantilla”, que sustituyan a “sus” trabajadores con trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo durante el tiempo en que aquéllos participen en acciones de formación, manteniendo la regla de garantía - siempre que tales acciones estén financiadas por cualquiera de las Administraciones públicas -. Por otra, establece que “la aplicación del programa... será obligatoria para los trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo”, lo que supone, sin ambigüedad alguna, que la negativa del desempleado supondrá la pérdida de sus derechos como beneficiario de la prestación. Una regla más, existe otra similar en la norma reformadora, que supone directamente el fomento de la contratación de desempleados perceptores de la prestación por desempleo con preferencia a los desempleados que no reciban prestación. A la vez que una cuestionable obligación de obediencia – para mantener un derecho adquirido - sin paliativo alguno.

3. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

3.1. Del modelo del contrato de formación cualificada para jóvenes, a su utilización, una vez más, como vía de fomento de empleo precario

Creo que habrá unanimidad en considerar que no ha existido una reforma de importancia en la legislación laboral en la que no se haya incidido en el régimen del contrato, ahora denominado, para la formación y el aprendizaje.

Sobre el modelo del contrato en alternancia cuyo objeto es la adquisición de competencias profesionales susceptibles de acreditación mediante un proceso mixto de empleo y formación que permita al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo, el contrato para la formación – o el contrato de aprendizaje, o reuniendo ambas denominaciones - ha servido a distintos fines de política de empleo. Como modalidad de fomento de empleo, como contrato de empleo juvenil, como vía de inserción en el mercado de trabajo de colectivos con especiales dificultades...consistiendo su principal atractivo en la reducción del coste laboral y de Seguridad Social, en las bonificaciones o subvenciones que normalmente lo acompañan o en la laxitud de las obligaciones formativas...

Últimamente, sin embargo – aunque hablar en estos términos en nuestro tiempo y referido a este contrato por “últimamente” se entiende la situación anterior a la reforma de 2011- , parecía que había encontrado una regulación coherente con la finalidad formativa de este contrato, una regulación más rigurosa, que no atendía a otros intereses diferentes que lo desnaturalizaban⁷. De esta forma la dignificación de este contrato pasaba por lo siguiente:

Era un contrato destinado a los jóvenes –de dieciséis a veintiún años–, y cuando se realizase mediante un programa de talleres de empleo o casas de oficios –de dieciséis a veinticuatro años–. Mientras que no existía límite de edad para las personas con discapacidad.

Debía darse una adecuación entre las tareas desarrolladas por el trabajador y la formación teórica propia de un oficio susceptible de certificado de profesionalidad. Salvo en el supuesto en el que el trabajador no hubiera finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, en cuyo caso la formación teórica tendrá por objeto completar dicha educación. El trabajador tenía derecho a un certificado en el que constase la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida que podía solicitar a la Administración pública correspondiente, o el certificado de profesionalidad tras la realización de las pruebas necesarias.

La duración mínima del contrato era de seis meses y la máxima de dos, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial se podían establecer otras

⁷ La referencia es a la regulación contenida en la Ley 35/2010.

duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que, en ningún caso, la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años, o a cuatro, cuando el contrato se realizase con una persona con discapacidad.

Se establecían una serie de reglas que impedían en el uso abusivo de este contrato: expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, así como la prohibición de celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato hubiera sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses. Y la esencial, que vinculaba el cumplimiento total de la obligación de formación teórica del empresario con la existencia de esta modalidad contractual.

Al mismo tiempo la acción protectora de la Seguridad Social comprendía, finalmente, todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo.

Por su parte el RD-Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, completó la redacción final introduciendo una regla de género – que afectaba a ambos contratos formativos previstos en el artículo 11 ET -, por la que correspondía a la negociación colectiva la fijación de criterios y procedimientos tendentes a conseguir la paridad por razón de género en el número de trabajadores vinculados a la empresa mediante estas modalidades contractuales.

Se había llegado de esta forma y pese a tantos vaivenes, a una institución coherente y equilibrada. El contrato de aprendizaje era, como en sus orígenes fuese, un contrato realizado por jóvenes con la finalidad de alcanzar una formación profesional cualificada mediante la prestación de trabajo y la realización de una obligatoria formación teórica. Por ello las peculiaridades de su régimen normativo – menor salario, aun con el respeto a los límites legales, distribución flexible de la jornada, mayor control empresarial, sometimiento a obligaciones formativas...- estaban justificadas por la naturaleza del contrato y por su legítima finalidad.

Ahora, la nueva regulación de este contrato, innecesaria y contraproducente, ha vuelto a romper el difícil equilibrio y a desnaturalizar la propia esencia en la que se justificaba el mismo. Y es que, de nuevo se ha caído en la tentación de su utilización como vía de fomento de empleo – precario –. Un tipo más de contrato temporal que ofrece a la empresa la ventaja de poder reducir el salario del trabajador a la par que beneficiarse con las bonificaciones a la cuota de la Seguridad Social previstas, mientras que, de forma inopinada, se reducen las obligaciones formativas del empresario.

3.2. Las modificaciones legales que lo permiten

La utilización del contrato para la formación y el aprendizaje como fórmula para procurar el fomento del empleo se realiza a través de las siguientes medidas:

Se amplía el arco de edad de los trabajadores con los que puede realizarse este contrato hasta los veinticinco años – algo que ya había realizado la modificación introducida por el RD-Ley 14/2011 –, si bien esta regla queda inmediatamente inaplicada por la propia Disposición transitoria novena del RD-Ley 3/2012 que establece los treinta años del trabajador como un nuevo límite de edad para la celebración de este contrato hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento.

En segundo lugar se amplía la duración máxima del contrato a tres años. Si bien se mantiene la regla anterior que remite al convenio colectivo la posibilidad de establecer otras duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años.

En tercer lugar se modifica fundamentalmente la redacción anterior al posibilitar la realización de más de un contrato de esta naturaleza, incluso agotado el periodo máximo de duración, ya que la duración máxima se fija únicamente en función de una determinada cualificación profesional que se quiera alcanzar mediante este contrato formativo. De esta forma el nuevo artículo 11.2 ET permite la realización de un nuevo contrato de igual naturaleza con la misma empresa u otra distinta cuando tenga por objeto una “actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato distinta a la anterior”. Es decir, pueden encadenarse contratos formativos hasta que el trabajador cumpla 33 años siempre que se cambie la cualificación profesional objeto del contrato. De esta forma lo que es un contrato de empleo juvenil para la formación, por su propia esencia temporal y limitado, puede constituirse en una forma de empleo precario de larga duración.

A ello se une una regulación más permisiva de las obligaciones de formación del empresario, lo que pone en evidencia la opción del legislador más favorable a procurar que aumente el número de celebración de estos contratos, antes que a favorecer la formación cualificada del trabajador a través del mismo.

En este sentido se pueden enumerar las siguientes medidas:

Por una parte, pese a que se afirme que el trabajador deberá recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional

de Empleo, se añade que, no obstante, también podrá recibir dicha formación “en la propia empresa” cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de periodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada.

Por otra, desaparece la obligación del empresario de comenzar la realización de las actividades formativas, relacionadas con la actividad laboral que desempeñe el trabajador en la empresa, en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha de la celebración del contrato.

E igualmente desaparece la obligación empresarial de permitir la obtención el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria cuando el contrato para la formación y el aprendizaje se celebre con trabajadores que no haya obtenido dicho título, porque sin duda ello obliga a respetar un tiempo de formación realizado fuera de la empresa y el cumplimiento de otras obligaciones como concreción de horarios, permisos de exámenes...

También contribuye a favorecer esta mayor laxitud legal de la obligación formativa del empresario la consideración de la empresa en el mismo plano de igualdad con los centros formativos para suministrar la formación teórica, remitiendo a una futura norma reglamentaria el desarrollo del sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores.

Por último, se reduce el tiempo de formación teórica a la vez que aumenta la duración de este contrato, lo que garantiza mayor trabajo efectivo al empresario con un menor coste económico. Y es que, ahora, el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal, mientras que en la redacción anterior, el tiempo de trabajo efectivo, no podía ser superior al 75 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal, se entiende que durante toda la vigencia del contrato.

Y, finalmente, se mantiene la desaparición de la regla de garantía contenida en el anterior apartado k) del art. 11.2 ET, que ya se había producido mediante el RD-Ley 10/2011, por lo que la presunción establecida del carácter común u ordinario de este contrato en el caso de incumplimiento por el empresario de la totalidad de las obligaciones de formación teórica ya no va a determinar la conversión de este contrato en un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa.

Sin embargo ello no puede significar, sin más, la desaparición de la amplia e importante jurisprudencia anterior que consideró parte esencial en este con-

trato la existencia de formación teórica del trabajador, y, en tal sentido mantenía que no puede considerarse cumplida tal obligación cuando la formación hubiera quedado reducida a la adquisición de conocimientos prácticos conseguidos mediante la mera realización efectiva del trabajo. Doctrina jurisprudencial que existía previamente a la introducción del apartado k) del artículo 11.2 ET, de igual forma que existía una opinión doctrinal consolidada⁸ y que, en conjunto, sirvió para introducir la modificación legal⁹. Y es que como señaló el Tribunal Supremo, “el incumplimiento empresarial de facilitar las enseñanzas teóricas desnaturaliza el nexo contractual, con lo que se pierde su condición de contrato para la formación, para considerarse un contrato ordinario de trabajo” – STS 19 de febrero de 1996¹⁰-. De forma semejante debe tenerse en cuenta la pervivencia de la jurisprudencia anterior en cuanto consideró que la insuficiencia en la formación teórica suministrada al trabajador – no asignación de centro, formación inadecuada al trabajo efectivo que se presta¹¹, formación teórica a distancia de carácter residual¹²...- daba lugar a un incumplimiento sancionable administrativamente y del que derivaba la obligación de indemnizar al trabajador con las diferencias retributivas correspondientes al tiempo de formación incumplido –STS 31 de mayo de 2007 -.

3.3. Incentivos a la contratación y a la conversión en contrato indefinido. La mala praxis de la generalización de las bonificaciones

Es también una regla común de esta modalidad contractual incentivar la contratación mediante la bonificación de la cuota empresarial de la Seguridad Social y, utilizando la misma fórmula, incentivar igualmente la conversión del contrato formativo en indefinido.

En este caso la nueva reforma laboral modifica una vez más las reglas que regulan los incentivos a la celebración de este tipo de contrato respecto a la última modificación introducida por el RD-Ley 10/2011. Si bien se mantienen las bonificaciones anteriormente establecidas - lo que supone una reducción

⁸ Incluso antes de la regulación en el Estatuto de los Trabajadores, en el clásico estudio de Vida Soria, J.: “El aprendizaje y el contrato de aprendizaje” en AA.VV. Catorce Lecciones sobre contratos especiales de trabajo, Universidad de Madrid, 1965; o el de Prados de Reyes, F.J. “El contrato de aprendizaje”, Universidad de Granada, 1979. Y posteriormente, en concreto analizando este tema, Vila Tierno, F.: “Efectos del incumplimiento de las obligaciones formativas en el contrato para la formación” en Relaciones Laborales, nº 24, 1997; Barcelona Cobedo, S.: “El contenido del contrato de aprendizaje (Comentario a la STS de 19 de febrero de 1996)”, en Temas Laborales, nº 43, 1997.

⁹ Modificación introducida por el art. 12.tres de RD-Ley 10/2010, de 16 de junio.

¹⁰ En igual sentido las SSTs 30 de junio de 1998, y de 31 de mayo de 2007; STSJ Castilla y León, Valladolid, nº. 991/2008, de 29 de octubre, STSJ, Galicia, nº 3475/2008, de 3 de octubre.

¹¹ STSJ, Castilla y León, Valladolid, nº 2604/1996, de 29 de julio.

¹² STSJ, Murcia, nº 719/1999, de 26 de julio.

de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra, durante toda la vigencia del contrato. Así como el mismo porcentaje de reducción del 100 por cien de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social, igualmente durante toda la vigencia del contrato –, desaparecen, no obstante, los requisitos antes exigidos para tener derecho a tales reducciones, como era el condicionar este derecho a la contratación de trabajadores desempleados mayores de 20 años. Ello significa, por tanto, que ahora se ha establecido la universalización de las bonificaciones. Sin embargo la experiencia – y la evidencia- muestra que las bonificaciones generalizadas a la contratación son innecesarias y contraproducentes. Y en general suponen un mal uso de los recursos.

Con la misma filosofía se establecen incentivos a las empresas que transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje. De esta forma se mantiene el derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años, o de 1.800 euros/año en el supuesto de mujeres, ya establecido por el RD-Ley 10/2011, sin embargo decae igualmente el requisito que se fijó entonces y que hacía depender el derecho a la reducción a que la transformación contractual supusiera un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa. A la crítica anterior puede sumarse otra. Opciones de esta naturaleza pueden contribuir a sustituir la utilización de unas modalidades contractuales por otras más favorables a los intereses empresariales – al menos en un plazo medio - en detrimento, por lo demás, de lo que parece ser una de las directrices básica de esta reforma como es la de favorecer el empleo fijo.

3.4. Las normas transitorias sobre la actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados antes de la vigencia y a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012

Resulta confusa la redacción de las Disposiciones transitorias séptima y octava del RD-ley 3/2011, por la que se establece un régimen transitorio de los contratos para la formación y el aprendizaje, bien de aquellos suscritos desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 12 de febrero de 2012, así como de aquellos otros que puedan celebrarse a partir de la fecha de entrada en vigor de esta norma hasta los doce meses siguientes. En ambas disposiciones se establecen reglas diferentes según exista título de formación profesional o certificado

de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar y centros formativos disponibles para su impartición, o no. En el primer caso, únicamente se exige la previa solicitud por parte de la empresa, una vez se haya autorizado por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. Esta autorización se comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal a los efectos del control de la aplicación de las bonificaciones correspondientes.

En los supuestos en que no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su impartición, la actividad formativa estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas, accesible para su consulta en la página web del Servicio Público de Empleo Estatal - www.sepe.es- para las ocupaciones o especialidades relativas a la actividad laboral contemplada en el contrato. En su defecto, estará constituida por los contenidos formativos determinados por las empresas o comunicados por estas al Servicio Público de Empleo Estatal, a los efectos de su validación en el marco del Sistema Nacional de Empleo. En este supuesto la formación se realizará por la empresa directamente o a través de los centros autorizados por el Servicio Público de Empleo Estatal. Y será objeto de acreditación de acuerdo a lo establecido en el artículo 11.2 RD 395/2007.

Hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario del RD-Ley 3/2012 y tanto para aquellos contratos celebrados antes de su entrada en vigor como para los suscritos con posterioridad, las empresas podrán financiarse el coste de la formación inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje mediante bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, con cargo a la partida prevista en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para la financiación de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, acogidas a medidas de fomento de empleo por contratación laboral.

3.5. Un nuevo renacer para los Programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo. Su conversión en medidas de ámbito estatal en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014

En este caso el RD-Ley 3/ 2012 recupera con fuerza dos programas de honda tradición en el sistema formativo español. El primero el Programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción, regulado en la OM de 14 de noviembre de 2001 y que desde su inicio en 1985 se había consolidado como una eficaz medida de inserción en el mercado de trabajo a través de la cualificación y profesionalización de jóvenes desempleados menores de veinticinco años mediante la formación en alternancia con el trabajo

y la práctica profesional en determinados oficios u ocupaciones de utilidad social¹³. El segundo, el Programa de Talleres de Empleo, regulado en la OM de 14 de noviembre de 2001, por la que se desarrolla el RD 282/1999, de 22 de febrero. Otro veterano Programa – en vigor desde 1999-, complementario del anterior, configurado igualmente como una fórmula de inserción laboral en donde se combina formación y trabajo y, en este caso, destinado a desempleados de veinticinco o más años con especiales dificultades de inserción laboral, o pertenecientes a los colectivos considerados preferentes de los sucesivos Planes anuales de acción para el empleo¹⁴. En ambos casos, el objeto de la formación debe estar relacionado con la realización de obras o servicios de utilidad pública y de interés social, promovidas por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, como las relacionadas con nuevos yacimientos de empleo¹⁵.

E igualmente, en ambos casos, la modalidad contractual que se utiliza de manera preferente es la del contrato para la formación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 ET, sin perjuicio de que puedan emplearse modelos contractuales distintos cuando las características y circunstancias de alguno de éstos lo exijan. La gestión y control de estos Programas se ha trasladado de forma generalizada a las Comunidades Autónomas

Sin embargo, pese a su utilidad y relativo éxito – especialmente como ejemplo fuera de nuestras fronteras - se trataban de Programas condenados a su desaparición, ya que la Disposición derogatoria única del RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, contenía una derogación de las dos

¹³ El objetivo de las Escuelas Taller y Casas de Oficios consiste en la formación y en la práctica profesional en régimen de alternancia, de jóvenes desempleados menores de veinticinco años en determinados oficios u ocupaciones de utilidad social, como los siguientes: recuperación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural; rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente; mejora de las condiciones de vida de las ciudades, u otras de similar naturaleza. Teniendo en cuenta que las Casas de oficios participan igualmente de este carácter de dedicación a ocupaciones de interés social, su actividad consiste principalmente en el cuidado de entornos urbanos, en la dotación de servicios sociales y comunitarios o en el cuidado del medio ambiente. Las entidades promotoras de estos Programas pueden ser las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales, los organismos autónomos, las sociedades estatales y las asociaciones y fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, que a la vez asumen el carácter de parte contratante. Por ello un requisito para la concesión del programa es que tengan la capacidad técnica necesaria para la realización de la obra o servicio proyectado y para impartir la formación adecuada.

¹⁴ En este sentido el RD 282/1999 incardina la acción de los talleres de empleo en el ámbito de las políticas de empleo de la Unión europea dirigida a los colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo.

¹⁵ A este respecto, el art. 11 de la OM de 14 de noviembre de 2001, identifica como “nuevos yacimientos” aquellos que se relacionan con servicios de utilidad colectiva, servicios de ocio y culturales y servicios personalizados de carácter cotidiano.

Ordenes Ministeriales que los regulaban. Ello suponía su vigencia únicamente hasta el 20 de febrero de 2011 o hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012, de acuerdo a la Disposición transitoria tercera de este mismo RD-Ley¹⁶.

La recuperación de estos programas – y su relanzamiento – en el RD-Ley 3/2012 se realiza por dos vías:

La primera a través de su Disposición derogatoria única que deja sin efecto la Disposición derogatoria del RD-Ley 3/2011 en este punto.

La segunda, mediante su Disposición final duodécima en cuanto atribuye a estos Programas el carácter de medidas estatales a efectos de su aplicación para el conjunto del Estado, por parte de Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal, en sus respectivos ámbitos competenciales, en el marco de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (RD 1542/2011, de 31 de octubre) y respecto de los ámbitos de políticas activas de empleo contemplados en dicha Estrategia.

4. UNA ESTRUCTURA LEGAL COMPLEJA. Y LA REBAJA DEL PROTAGONISMO DE LOS AGENTES SOCIALES

Es presupuesto necesario para el ejercicio del derecho a la formación profesional, la existencia de un contexto institucional y normativo que lo permita y facilite.

En nuestro país la formación profesional se asienta en una estructura legal compleja, desarrollada en dos ámbitos diferentes: en el ámbito educativo y en el ámbito laboral y de empleo. En el ámbito educativo, las normas básicas sobre formación profesional son la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en cuanto regula la formación profesional inicial que forma parte del sistema educativo, y, especialmente, la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación profesional que regula el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional como conjunto de instrumentos y acciones necesari-

¹⁶ Si bien debe tenerse en cuenta, en este intenso vaivén normativo de los últimos tiempos, que a su vez el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, había incorporado una nueva Disposición adicional tercera que modificaba a su vez el RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, manteniendo la regulación del contrato de formación “vigente hasta el 31 de agosto” para aquellos Proyectos de Escuelas-taller, Casa de oficios y Talleres de empleo, y también para otros proyectos de empleo-formación promovidos por las autonomías, que hubieran sido aprobados o estuvieran pendientes de aprobación “en base a convocatorias efectuadas con anterioridad a las entradas en vigor del Real Decreto-Ley 10/2011 de 26 de agosto”.

rios para promover y desarrollar la integración de las ofertas de la formación profesional, a través del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, correspondiéndole igualmente promover y desarrollar la integración de las ofertas de la formación profesional, así como la evaluación y acreditación de las correspondientes competencias profesionales¹⁷. El otro importante pilar es la Ley 56/2003, de Empleo, que incluye la formación profesional en el ámbito de las políticas activas de empleo, a la vez que contiene las directrices básicas de la formación profesional para el empleo (art. 26).

Estas normas vienen a su vez a configurar un subsistema de formación para el empleo, si bien su regulación específica mediante el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, se produjo como consecuencia del Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo¹⁸ celebrado al amparo del IV Acuerdo Nacional de Formación, de tal forma que, una vez más, se convierte en norma jurídica el contenido de un Acuerdo social, y sus cláusulas en reglas de obligado cumplimiento¹⁹.

Pero lo que importa ahora señalar es como, en esta estructura institucional y legislativa, han jugado un papel predominante los Acuerdos Nacionales y Tripartitos sobre Formación profesional. En este sentido conviene recordar como la formación profesional ha sido tradicionalmente materia preferente en la concertación social, es más, incluso podría calificarse de materia reservada a la concertación social y a la negociación colectiva. Y ello desde el primer Acuerdo tripartito en materia de formación continua de trabajadores ocupados,

¹⁷ Ambas objeto de modificación por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y LO 4/2011, complementaria de la anterior. En concreto, la Ley 2/2011, introduce importantes reformas en el sistema de formación profesional, persiguiendo su integración en el conjunto del sistema educativo así como reforzar la cooperación de las administraciones educativas; mientras que las iniciativas que se aprueban mediante la Ley complementaria permiten agilizar la actualización del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y de los módulos de los títulos de formación profesional y de los certificados de profesionalidad e introducen la posibilidad de crear cursos de especialización y una plataforma de educación a distancia para todo el Estado. Por otra parte, se adoptan los cambios normativos necesarios para fomentar la movilidad entre la formación profesional y el bachillerato, así como entre la formación profesional y la Universidad. Por último, a través de esta Ley, se fomenta una oferta integrada de formación profesional, así como la participación de los interlocutores sociales y una mayor colaboración con las empresas privadas.

¹⁸ Suscrito por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas – CEOE, CEPYME, CCOO y UGT- el 7 de febrero de 2006.

¹⁹ Brevemente pueden señalarse como ejes del subsistema de formación profesional para el empleo, los siguientes: la integración de los subsistemas de formación ocupacional y continua; la potenciación de la formación en la empresa y de los permisos individuales de formación; la ejecución de programas de formación en alternancia con el empleo; la configuración de una estructura organizativa racional y adecuada a los requerimientos de los certificados de profesionalidad; así como el establecimiento de sistemas de control y seguimiento y una financiación suficiente del sistema.

celebrado en los primeros años noventa, hasta el último en vigor, conformando de esta forma y en conjunto, un completo marco general en el que se han ido incluyendo las iniciativas o Planes de formación profesional, a la vez que han ido desarrollando un modelo de formación continua basado en la programación de acciones formativas de las empresas y de oferta formativa para los trabajadores y fomentando, especialmente, la participación de los Interlocutores Sociales en esta materia. En la actualidad, el IV Acuerdo Nacional de Formación (2006-2010), prorrogado por Resolución de 27 de enero de 2011, avanza en la promoción del aprendizaje permanente a lo largo de toda la vida, tema presente también en los anteriores Acuerdos Nacionales, y en el desarrollo de un modelo integrado de formación para el empleo que aún, en un solo, los subsistemas de formación ocupacional y continua. La importancia que los sujetos sociales dan a la formación en y para el trabajo se manifiesta igualmente en los Acuerdos interprofesionales sobre negociación colectiva. Ejemplo de ello, el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2012- 2014, fija, para la negociación colectiva de ámbito sectorial, los objetivos de formación profesional y los criterios acerca de iniciativas de formación, los colectivos prioritarios y la formación teórica en los contratos de formación y aprendizaje²⁰.

Este panorama se completa con los Acuerdos Interprofesionales aprobados en el ámbito de las Comunidades Autónomas que, en base a las reglas de concurrencia establecidas en el art. 83.2 ET, se aplican en el ámbito territorial y durante el tiempo de vigencia establecido. Finalmente los convenios colectivos de sector o de empresa introducen de forma habitual cláusulas en donde se regula la formación continua considerada como fórmula de mejora de la productividad y de mantenimiento del empleo.

Sin embargo, todo este protagonismo, especialmente reservado a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, esta siendo objeto de importantes limitaciones en la norma de reforma.

Y ello se hace mediante dos nuevas reglas: Por una parte, la Disposición final octava del RD-Ley 3/2012, modifica la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, - por el que se establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la financiación de la formación de los trabajadores ocupados- , incluyendo, junto a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas y las representativas en el correspondiente sec-

²⁰ Así como también se ocupa de la aplicación de bonificaciones a las empresas, de la concesión de permisos individuales de formación, de las pautas de asistencia y valoración de las actividades de formación, de la acreditación de la competencia profesional, de la orientación de los trabajadores, del desarrollo de itinerarios de formación y de la conexión de las actividades formativas con la clasificación, movilidad, la promoción en el trabajo, la planificación de carreras y las posibilidades de mejora de su calidad.

tor de actividad, así como los entes paritarios creados o amparados en el marco de la negociación colectiva sectorial estatal, y como nuevos sujetos beneficiarios de las subvenciones, “los centros y entidades de formación debidamente acreditados”.

Por otra, la segunda regla con igual finalidad se contiene en el artículo 2.4 RD-Ley 3/2012 por el que se introduce una modificación en la letra c) del apartado 1 del artículo 26 de la Ley 56/2003, reconociendo, en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo, junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, la participación de “los centros y entidades de formación debidamente acreditados e inscritos en el Registro Estatal de Centros y Entidades de Formación”.

De esta forma se abre la competencia en las actividades formativas ocupacionales, dando entrada a entidades privadas y restando poder a los agentes sociales en un ámbito que hasta el presente era de su total dominio

No esta mal que haya nuevas entidades que puedan sumarse al sistema de formación, e incluso puede que sea realmente positivo para el sistema, ya que aportaran diferentes concepciones y abrirán el mercado a otras reglas de competencia – aunque no puede olvidarse el interés comercial que pueda animar su actuación-. Lo preocupante es si, bajo esta cobertura, lo que realmente se pretende es una formula más de reducir el poder sindical.

5. CONCLUSIONES Y UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

Fiel a su planteamiento individualista de las relaciones de trabajo, la nueva reforma laboral pretende tener, en la formación profesional, uno de sus ejes en el nuevo engranaje de derechos y deberes de los sujetos, a la vez que el elemento compensatorio ante importantes disminuciones en los derechos de los trabajadores.

Favorecer el aprendizaje permanente de los trabajadores – mediante un permiso retribuido de veinte horas anuales – o reconocer el derecho de éstos a la formación profesional dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, es, sin duda, positivo. Pero basar esencialmente el núcleo de las modificaciones en esta materia, en profundizar los institutos de derecho individual de Trabajo que canalizan o facilitan la formación profesional de las personas que ya están presentes en el mercado de empleo, supone un pobre empeño en el intento de mejorar realmente el objetivo de la formación profesional.

Regular de nuevo el contrato para la formación y el aprendizaje bajo la justificación de potenciar el empleo juvenil “mediante la supresión de limitaciones injustificadas” – que llevan a permitir el encadenamiento sucesivo de

este contrato más allá del término máximo de su duración, o a una regulación más permisiva de las obligaciones de formación del empresario- supone, sencillamente, desnaturalizar la propia esencia en la que se justifica el contrato de aprendizaje para pasar a ser utilizado, una vez más, como vía de fomento de empleo. Y de empleo precario.

Introducir nuevos sujetos en el sistema de formación profesional para el empleo, permitiendo su participación en el núcleo duro de su gestión y planificación – precisamente a aquellos mismos que tienen su negocio en ello – puede suponer la entrada a otras competitividades e incluso, una mejora en la oferta formativa, pero sin duda, el primer efecto que va a producir esta medida es la reducción del papel protagonista de los agentes sociales más representativos que hasta el presente les ha correspondido.

Y de forma general, abordar la formación profesional de la forma que lo ha hecho el RD-Ley 3/2012 supone partir de un planteamiento con serias limitaciones. La formación profesional tiene su razón de ser en procurar la adecuación de los conocimientos y competencias del trabajador a las nuevas necesidades que se demandan en el mercado laboral. Del trabajador ocupado – para que sea más productivo, para conservar su empleo -, pero principalmente del trabajador desempleado que quiere y se le debe permitir tener un empleo digno. Contemplada de esta manera tan simple la formación profesional, fácilmente aparece la idea de que no se puede articular la misma si a su vez no se la integra en el marco de la intermediación laboral.

Por esto la manera en que se contempla la formación profesional en esta reforma legislativa adolece de un grave problema. La cuestión no reside en el reconocimiento de derechos individuales de formación, más o menos generosos, manifestados a lo largo de la relación de trabajo, sino en un planteamiento general, estructural del sistema. Una formación imbricada en la gestión individualizada de la intermediación laboral pública, en donde el orientador laboral – aquella figura clave en la intermediación – deba, a la luz de los cursos existentes y de las opciones coherentes de acuerdo a las aptitudes de la persona desempleada – y también desde el conocimiento íntimo de las economías del lugar y el contacto directo con los empresarios locales - trazar un itinerario lógico en busca de su inserción o reinserción laboral. Una tendencia ya existente en algunos servicios públicos de empleo autonómicos que debería profundizarse y generalizarse, aunque, me temo, con esta crisis tan profunda y con las políticas agresivas de recortes sociales, difícilmente va a prosperar, o incluso, a mantenerse.

NOVEDADES EN MATERIA DE MODALIDADES CONTRACTUALES: CONTRATO INDEFINIDO PARA PEQUEÑAS EMPRESAS, TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y TRABAJO A DISTANCIA

M^a NIEVES MORENO VIDA

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

EXTRACTO

Palabras clave: Contrato de trabajo, modalidades contractuales

En este artículo se estudian las novedades en materia de modalidades contractuales de la reforma laboral de 2012. Se regula una nueva modalidad de contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, dirigida a las empresas de menos de cincuenta trabajadores con la importante peculiaridad de que en dicho contrato deberá existir en todo caso un período de prueba de un año. Con dicha regulación se da un paso más en la ruptura del equilibrio, tan difícilmente conquistado, entre libertad de empresa y derecho al trabajo, sacrificando la protección del trabajador mediante garantías frente al despido injustificado en aras de la mayor flexibilidad para las empresas. Se modifica la regulación del contrato a tiempo parcial para permitir que estos trabajadores, además de la realización de horas complementarias, puedan realizar horas extraordinarias, flexibilizando nuevamente la regulación del contrato a tiempo parcial para ampliar su margen de adaptación a las necesidades productivas de la empresa. Finalmente se regula el trabajo a distancia, que sustituye al tradicional contrato de trabajo a domicilio, para permitir la regulación dentro de este marco del teletrabajo.

ABSTRACT

Key Words: Employment contract, contract's modalities

In the present article we study the news about changes in contract modalities under the 2012 Labour Reform. A new modality of indefinite employment contract has been presented to boost entrepreneurs, to tackle new companies with less than fifty workers (small-medium enterprises), with the peculiarity that in such contracts there is a probationary period that lasts the first year. With such regulation the equilibrium has been broken between the already established company's freedom and labour rights. This situation sacrifices the worker's protection and guarantees of the non-justified dismissal to allow more flexibility for companies or the employer. The regulation of the temp-job employment contract has been modified to allow that these workers, besides that they can work extra-hours, can make extraordinary working hours, again providing flexibility to the regulation of the temp-job employment contracts to the needs of companies. Finally, telework it's regulated also, and replaces the traditional employment contract with work done at home to allow new regulation under a framework as such of telework.

ÍNDICE

- I. NUEVA MODALIDAD DE CONTRATO INDEFINIDO DE “APOYO A LOS EMPRENDEDORES” (ART. 4^o RDL 3/2012)
 - 1.1. Sentido político-jurídico del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Del “contrato único” al contrato de “apoyo a los emprendedores”
 - 1.2. Características del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores
2. REFORMA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL (ART. 5^o RDL 3/2012)
 - 2.1. Regulación de las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial
3. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO A DOMICILIO: TRABAJO A DISTANCIA (ART. 6^o RDL 3/2012)
 - 3.1. La insuficiencia del contrato a domicilio como marco para la regulación del teletrabajo
 - 3.2. La nueva regulación del trabajo a distancia

1. NUEVA MODALIDAD DE CONTRATO INDEFINIDO DE “APOYO A LOS EMPRENDEDORES” (ART. 4^o RDL 3/2012)

1.1. Sentido político-jurídico del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Del “contrato único” al contrato de “apoyo a los emprendedores”

El art. 4 del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral establece una nueva modalidad de contrato que denomina significativamente “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”. Junto con otras reformas “estructurales” que se contienen en el RDL 3/2012, como la ampliación de las causas de despido y el abaratamiento de su coste, se impulsa esta figura contractual nueva, que se pretende que tenga una posición central en el nuevo y renovado marco institucional del contrato de trabajo en España. Se trata de la modalidad contractual “estrella” de la reforma: un contrato incentivado y bonificado, cuyo principal atractivo consiste en que incorpora un periodo de prueba de un año de duración, con independencia del contenido profesional del objeto del contrato.

Es una nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de la que sólo podrán hacer uso las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores. Tiene como objetivo declarado “facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial” (art. 4.1 RDL 3/2012). Se incluye dentro del Capítulo II del RDL 3/2012, dentro, pues, de las medidas de “Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo”, que, según la Exposición de Motivos de esta norma, tratan de “favorecer especialmente a quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica: los jóvenes desempleados y las PYMES”. El nuevo contrato de “apoyo a los emprendedores” viene a sustituir a la anterior modalidad de contrato indefinido para el fomento.

La nueva modalidad contractual se inserta en la lógica del conflicto (en parte real, en parte ficticio), sobre el que se han construido siempre las políticas públicas de empleo, entre dos finalidades diferentes del ordenamiento jurídico social: el objetivo de “protección del trabajador”, finalidad típica de la norma laboral, por un lado, y el objetivo de fomento de la ocupación o de “protección del trabajo”, finalidad típica de la norma de política de empleo, por otro. Pero la consecución de estos dos objetivos no se ha buscado sobre la base de un equilibrio entre ambos. La marcada desaceleración de crecimiento económico de todas las economías capitalistas y, más en concreto, la situación de recesión económica detectada, con altibajos, desde 1973, con sus consecuencias de escasez de empleo, incremento de los niveles de desocupación y generalización de las formas de empleo precario, ha hecho que la realización del objetivo de política de fomento del empleo se haya llevado a cabo mediante “reformas del mercado de trabajo” centradas en la progresiva flexibilización de las relaciones de trabajo. La idea que ha presidido las sucesivas reformas llevadas a cabo desde 1984 ha sido la necesidad de “sacrificar” parte del patrimonio de derechos adquiridos por los trabajadores para lograr el incremento de las oportunidades de empleo, considerando que la regulación laboral del mercado de trabajo ha supuesto una “rigidez” del mismo que impide la consecución del objetivo colectivo y “más alto” del incremento del empleo. De forma que las sucesivas “reformas del mercado de trabajo” se han basado en la idea de mayor flexibilidad para las empresas a cambio de mayor protección del empleo, sacrificando la “protección del trabajador”, lo que ha tenido como consecuencia un sucesivo incremento de la precariedad y la flexibilización laboral (paradigma propugnado por las instituciones comunitarias a través del objetivo de “flexi-seguridad”: mayor flexibilidad para las empresas a cambio de mayor seguridad para los trabajadores en el mercado de trabajo).

El nuevo paso que, en esta línea, supone la reforma laboral de febrero de 2012 es que ese intercambio entre empleo y derechos laborales se vence definitivamente del lado de la libertad de empresa rompiendo el equilibrio, tan difícilmente conquistado, entre libertad de empresa y derecho del trabajo. Es decir, se acentúa, al máximo posible en el momento actual el intercambio entre empleo y derechos laborales, de modo que la lógica que prevalece en esta reforma es “que mantener el empleo o reducir el proceso de destrucción del mismo se obtiene a cambio de reducir o anular derechos laborales o de degradar el sistema de garantías del empleo”¹.

La nueva modalidad de contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, y en general toda la reforma laboral de 2012, se sitúa, sin duda, en el marco de

¹ Cfr. Baylos, A.: “Crisis y Derecho del Trabajo o el Derecho del Trabajo en crisis. Sobre la reforma laboral española de 2012”, <http://www.insightweb.it/web>

la opción por una política de flexiseguridad adoptada por la Unión Europea². La propia Exposición de Motivos del RDL declara expresamente que “el objetivo es la flexiseguridad” y que la reforma laboral “apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc.”. Pero se actúa principalmente sobre uno de los parámetros del pretendido binomio “flexibilidad en el contrato de trabajo por seguridad en el mercado de trabajo”. La reforma incide de manera fundamental en el primer factor –la flexibilidad en el contrato de trabajo–, mientras que el segundo es objeto de reformas dirigidas no a fortalecerlo sino a primar lo privado frente a lo público, quedando otros aspectos cuando menos relegados, si no afectados sustancialmente por los recortes y ajustes económicos que se están llevando a cabo para cumplir los objetivos de déficit establecidos por la Unión Europea.

Se parte del presupuesto de la utilidad de la flexibilidad contractual para el crecimiento del empleo³ y se mantiene el postulado de que la flexibilización de las relaciones de trabajo, entendida directa o indirectamente como una disminución del estatuto protector de los trabajadores, tiene una relación automática y directa con la reducción de las tasas de desempleo⁴. Elemento central de la flexibilización propuesta respecto de los contratos de trabajo clásicos o estándar es la flexibilización del despido, tanto individual como objetivo. Como se ha señalado⁵, “en el trasfondo de muchas de las propuestas a favor de la flexiseguridad se refleja una cierta admiración por el sistema anglosajón

² Las políticas de flexiseguridad planteadas en el ámbito comunitario (más en la línea de la formulación de los mercados transicionales que de la defensa de los derechos profesionales) proponen un mercado de trabajo más dinámico, dotado de mayor flexibilidad y de mayor seguridad, en el que se facilitarían las transiciones dentro de él a través de los sistemas de protección social y de las políticas activas de empleo. Se basa en un intercambio de flexibilidad por “seguridad en el mercado”, no por seguridad en el puesto de trabajo, trasladando pues la seguridad fuera del ámbito de las relaciones laborales, y reduciendo, con ello, el Derecho laboral a un simple instrumento de política de mercado laboral o a una variable económica (en palabras del Comité Económico y Social Europeo).

³ Críticamente Villa, P.: “La Strategia Europea per l’Occupazione (SEO): molte riformulazioni con scarsi risultati”, en Colonna, M. Pugliese, E.: *Il futuro del lavoro in Europa. Occupazione, diritti civili, diritti sociali*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2007, pág.101.

⁴ Como señala L. Gallino (*Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*. Editori Laterza. Bari, 2007, pág. 45), se viene considerando que la flexibilidad, entendida de modo más o menos explícito como facilitación del despido, o como difusión de los contratos de duración determinada, favorece el aumento del empleo. Por tanto, se considera que incrementar el número de trabajadores flexibles forma parte de los intereses generales de la colectividad.

⁵ Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre “Flexiseguridad”*. La Ley. Madrid, 2007, pág. 23.

de despido *ad nutum*”, considerándolo como una medida adecuada para facilitar la competitividad de las empresas y el mantenimiento de los empleos, además de favorecedora de la creación de empleo. Aunque el “Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo” (sobre la flexiseguridad) no se atreve a tanto, lo deja planteado indirectamente.

Se considera que sería preciso “redefinir el contrato por tiempo indefinido, a fin de que la protección del puesto de trabajo fuese aumentando progresivamente, comenzando con un nivel básico de protección del puesto de trabajo, que se incrementaría progresivamente con el ejercicio del mismo, hasta obtener la plena protección”. Sería necesario, además, prever en estos contratos “nuevas normas sobre los despidos por razones económicas” que presenten una excesiva burocracia y duración de los procedimientos. Se propone, pues, muy genéricamente, una reformulación de los términos del contrato por tiempo indefinido que permita la configuración de un nuevo contrato tipo (contrato único) que evite la segmentación del mercado de trabajo⁶. La propuesta de “contrato único”, que durante algún tiempo estuvo en el centro del debate -acogida con gran entusiasmo por la patronal y por un importante grupo de economistas de nuestro país-, y que la gravedad de la crisis parece haber dejado en el olvido, encuentra eco en la nueva figura contractual creada en la reforma de 2012⁷.

1.2. Características del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

La nueva modalidad de contrato indefinido que regula el art. 4 RDL 3/2012 tiene, al menos en el plano oficial, tres finalidades: fomentar la creación de

⁶ En la Comunicación de la Comisión “Hacia unos principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” se propone: “Otro enfoque complementario podría consistir en reformular los términos del contrato por tiempo indefinido. Según esta opción, los trabajadores formalizarían un contrato por tiempo indefinido al inicio de su relación laboral con el empleador, en lugar de que la relación laboral comience, como ocurre ahora a menudo, con una serie de contratos de duración determinada o con la cesión del trabajador por parte de empresas de trabajo temporal. Sería preciso redefinir el contrato por tiempo indefinido, a fin de que la protección del puesto de trabajo fuese aumentando progresivamente. Podría comenzarse con un nivel básico de protección del puesto de trabajo, que se incrementaría progresivamente con el ejercicio del mismo, hasta obtener la ‘plena’ protección. Este ‘enfoque vinculado al ejercicio’ garantizaría la progresión automática a condiciones contractuales mejores, reduciéndose así el riesgo de que el trabajador quedase ‘atascado’ en contratos en los que la protección fuese inferior” (Primer Itinerario, págs. 15-16).

⁷ Vid. en el mismo sentido, M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, “La reforma laboral”, *Relaciones Laborales* n° 5 (2012), p. 14: “La reforma prefiere actuar sobre incentivación jurídica y económica de la nueva figura contractual que crea, la modalidad contractual estrella de la reforma, en la que resuenan los ecos de la abandonada propuesta del contrato único: un contrato indefinido al que durante el primer año no se aplica el régimen legal extintivo del contrato de trabajo”.

empleo estable, apoyar a las pequeñas empresas y fomentar el empleo juvenil. Ese triple objetivo se pretende conseguir configurando un contrato de trabajo por tiempo indefinido y a jornada completa con unas particulares especiales en tres ámbitos: la limitación subjetiva de los empresarios que pueden acogerse a esta modalidad contractual, unos incentivos fiscales para las empresas que contraten trabajadores con esta modalidad, y, especialmente, con una –muy discutible, cuando menos, en el plano legal– particular regulación del período de prueba.

Como regla general, el art. 4.2 RDL establece que el contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca. En principio aparece como una modalidad de “contrato común” cuyo régimen jurídico y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, “por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido”. Pero sobre dicho régimen jurídico se establece, sin embargo, la excepción relativa a la regulación del período de prueba y la limitación, más aparente que real teniendo en cuenta el tejido productivo español, de su ámbito subjetivo.

a) *La regulación del período de prueba*

La aplicación a esta modalidad contractual del régimen jurídico laboral común tiene una excepción: la duración del período de prueba a que se refiere el art. 14 ET, que será de “un año en todo caso”.

El período de prueba es una institución tradicional en el contrato de trabajo que tiene como finalidad la experimentación, ensayo o prueba de la adecuación del trabajador al puesto a desempeñar o la correspondencia con sus expectativas. Su fundamento teóricamente se puede encontrar en la vocación formal de permanencia del contrato de trabajo y en la incidencia que determinadas condiciones de carácter personal pueden tener en el desarrollo de la relación laboral. En principio, cumple el papel de verificar que la relación de servicios establecida entre las partes satisface razonablemente los intereses o expectativas de las mismas y puede, por tanto, prolongarse por tiempo indefinido o, en su caso, desplegar toda la duración prevista⁸. No obstante, esta dimensión

⁸ Vid. Martín Valverde, A.: “Comentario al art. 14 del Estatuto de los Trabajadores”, en Monereo Pérez (Dir.) y Serrano Falcón (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*. Edit. Comares, Granada, 2012, págs. 223 y sigs.: “La finalidad del período de prueba es compensar las insuficiencias o inconvenientes que aquejan a los medios convencionales de corrección de errores en el consentimiento contractual, cuando tales medios se aplican al contrato de trabajo. (...) es la experimentación ‘sobre el terreno’ de la relación individual de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, durante un tiempo limitado en la fase inicial de dicha relación...” (pág. 232).

formalmente bilateral, en la práctica juega de forma unilateral en beneficio del empresario puesto que le permite desistir libremente del contrato, sin indemnización. Es una institución que atiende fundamentalmente a la defensa de los intereses empresariales. La finalidad formal de esta institución determinaría que sólo fuera posible pactar un período de prueba en contratos de trabajo celebrados por tiempo indefinido; su función en la práctica ha hecho que se admita su pacto también en los contratos de trabajo temporales, pauta seguida desde hace tiempo por la doctrina judicial y acogida por la jurisprudencia reciente en unificación de doctrina⁹. Sin embargo, la jurisprudencia también ha venido manteniendo que el período de prueba del contrato de trabajo no puede ser fijado en convenio colectivo más allá de lo que permitiría la doctrina del abuso de derecho. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007 (STS 8661/2007) considera que es desmesurado y abusivo un período de prueba de dos años, a pesar de que tal límite estaba previsto en el convenio colectivo, “teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”. De tal forma que “no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características”.

De esta doctrina jurisprudencial se deriva que la fijación del período de prueba en el contrato de trabajo debe hacerse, dentro de los límites temporales previstos en el convenio colectivo, o en su defecto en la ley, atendiendo a las características de la actividad que vaya a desempeñar el trabajador, para cumplir realmente con la finalidad de esta institución. Por ello, la fijación en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores de un período de prueba de un año en todo caso, supone descausalizar esta institución y permitir, durante el primer año del contrato, el libre desistimiento que nuestro ordenamiento prohíbe¹⁰.

En efecto, el pacto del período de prueba autoriza o permite el desistimiento sin causa y sin necesidad de motivación de esa causa, sin más trámite que la comunicación al trabajador, habiendo admitido la jurisprudencia que la causa y su motivación no es indagable judicialmente, salvo que pueda esconder una lesión de derechos fundamentales, o sean ajenas al propio objeto

⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008 (STS 2839/2008) que considera que no es abusivo un pacto de período de prueba de seis meses para un trabajador contratado temporalmente por el mismo período de seis meses puesto que no se opone a lo establecido en el convenio colectivo.

¹⁰ Vid. Baylos, A.: “Desregulación y antisindicalidad en la reforma laboral española”, <http://www.insightweb.it/web>

de prueba, constituyendo un supuesto de abuso de derecho o de fraude de ley (STC 94/1984; STS 27-12-1989). Por lo tanto, durante este período de un año es posible, en el marco de este nuevo contrato, el libre desistimiento del empresario sin causa alguna y sin que el control judicial indague sobre dicha decisión empresarial, salvo en el caso de vulneración de derechos fundamentales, o claro abuso de derecho o fraude de ley.

Esta regulación supone pues el definitivo abandono de la finalidad de la institución que regula el art. 14 ET -verificar si el trabajador es competente para el trabajo para el que ha sido contratado- para introducir en nuestro ordenamiento el libre desistimiento sin causa del empresario, aunque limitado por ahora a esta modalidad contractual y durante el primer año del contrato, como medida de política de empleo.

Se configura así, como se ha dicho¹¹, “un contrato indefinido al que durante el primer año no se aplica el régimen legal extintivo del contrato de trabajo, lo que significa posponer el reconocimiento a los trabajadores así contratados durante el primer año de vida de su contrato de su derecho fundamental «a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa», integrante del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE según la jurisprudencia constitucional (STC 22/1981, FJ 8), y limitar significativamente durante ese mismo tiempo el control judicial sobre la decisión resolutoria, y con él el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”, teniendo en cuenta la limitación del control judicial sobre la causa y su motivación.

De forma unánime se ha criticado por la doctrina esta medida “estrella” de fomento del empleo de la reforma laboral de 2012, poniendo de relieve los problemas de constitucionalidad, al suponer esta medida que se excluye a los trabajadores del derecho al trabajo (art. 35 CE) tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, como derecho a no ser despedido sin justa causa. Contradice además abiertamente las normas internacionales, que reconocen que todo trabajador tiene derecho a la protección contra el despido injustificado: art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 4 del Convenio n^º 158 de la OIT; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Carta Social Europea; Recomendación núm. 166 de la OIT, de 1982.

Se ignora, en definitiva, como en muchos otros ámbitos de la reforma operada por el RDL 3/2012, los derechos fundamentales inherentes al constitucionalismo social, olvidando el respeto a los derechos y principios establecidos en los Tratados internacionales y en las Cartas sociales europeas, y haciendo prevalecer las exigencias de eficiencia y competitividad de las empresas.

¹¹ M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, “La reforma laboral”..., op. cit., p. 14.

Conviene recordar, a estos efectos, las Sentencias recaídas en Francia en relación con el “contrato de nuevo empleo” (o “contrato para nueva contratación”)¹² (hoy ya derogado), muy controvertido, que preveía una “duración de consolidación” (en realidad un largo período de prueba) de dos años durante los cuales el trabajador podía ser despedido sin justificación. En ellas¹³ se reconoce la aplicación directa del Convenio núm. 158 de la OIT.

El Convenio 158 OIT de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo, ratificado por España en 1984, establece, en su artículo 4, que, para poner término a la relación de trabajo de un trabajador, debe existir «una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio». Al mismo tiempo, el art. 2.b) del Convenio 158 OIT autoriza a los Estados miembros a excluir de las garantías causales a “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigidos, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”. Las citadas Sentencias de Tribunales franceses consideran que los dos años previstos en el CNE constituyen un período demasiado dilatado para ser razonable. Por ello, al excluir la necesidad de justificar la ruptura del contrato para nueva contratación con una razón real y grave, la ordenanza de 2 de agosto de 2005 es contraria al artículo 4 del Convenio núm. 158. En su Sentencia de 6 de julio de 2007, el Tribunal de Apelación considera que: “durante un período de dos años, el «contrato para nueva contratación» priva al trabajador de lo esencial de sus derechos en materia de despido (...) y (...) que, por tanto, atendiendo al principio de proporcionalidad no cabe considerar que el período de dos años (...) sea razonable; que, en consecuencia, dicho instrumento no puede prevalecerse del beneficio implícito de la excepción temporal que el Convenio núm. 158 prevé respecto de su aplicación.

¹² Sobre dicho contrato, vid. Auzero, G.: “El contrato de trabajo de ‘nuevo empleo’: una traducción francesa de la flexi-seguridad”, en Escudero Rodríguez (Coord.): Aportaciones al debate comunitario..., op.cit., págs. 91 y sigs. La ordenanza 2005-893, emitida en virtud de la ley de 26 de julio de 2005 (ley núm. 2005-846, de 26 de julio de 2005) por la que se autorizó al «Gobierno de Villepin» a adoptar medidas de urgencia a favor del empleo, estableció un nuevo contrato de trabajo para las empresas que contaran con veinte trabajadores como máximo. Se trataba de un nuevo contrato de duración indeterminada que contenía reglas especiales para la terminación de la relación de trabajo durante los dos primeros años de vigencia. Ciertas disposiciones del “contrato de nuevo empleo” (CNE) levantaron numerosas polémicas, sobre todo las relativas al período de prueba de dos años y a los motivos que justifican la extinción del contrato.

¹³ Entre otras, Sentencia de 28 de abril de 2006 de la Magistratura del Trabajo de Longjumeau; Sentencias de 29 de marzo de 2006 y de 1 de julio de 2008 de la Sala de lo Social del Tribunal de Casación; Sentencia de 6 de julio de 2007 del Tribunal de Apelación de París. Vid., sobre estas Sentencias, Gravel, E. y Delpéch, Q.: “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127 (2008), núm. 4.

b) *Ámbito subjetivo limitado*

Este contrato nace con un objetivo de empleo selectivo, esto es, dirigido sólo a favorecer a aquellas empresas “que están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica”: las PYMES. De ahí que sólo podrán hacer uso de esta nueva modalidad contractual las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores (art. 4.1 RDL 3/2012). A estos efectos, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación (art. 4.8 RDL 3/2012).

Pese a esta limitación de principio, no cabe duda que la norma pretende que esta modalidad contractual se convierta en la estrella del sistema de contratación en nuestro país. Probablemente ello sea posible si se tiene en cuenta, como indica la propia Exposición de Motivos del RDL, que “las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23% de las empresas españolas”. La ventaja del régimen jurídico que deriva del establecimiento de un período especial de prueba de 1 año y las características del tejido productivo de nuestro país harán que realmente se produzca una generalización de esta modalidad contractual.

c) *Limitaciones en la contratación*

Para evitar usos fraudulentos, el art. 4.6 RDL 3/2012 excluye de la posibilidad de contratar por esta vía más ventajosa a las empresas que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. Esta es una cláusula tradicional en nuestro ordenamiento para evitar la utilización fraudulenta de la norma produciendo, no la creación de empleo que se propone, sino la sustitución de trabajadores con contratos indefinidos ordinarios por trabajadores contratados al amparo de un régimen jurídico más ventajoso y con beneficios fiscales.

No obstante, al igual que ya ocurrió en la reforma laboral de 2010 respecto al contrato de trabajo para el fomento del empleo estable, se establece que esta limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de este RDL 3/2012 y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo. Dicho de otra forma, a fin de fomentar el empleo estable y apoyar a las PYMES –según la finalidad declarada de esta norma-, la consideración de un uso fraudulento de la norma queda tan restringido que las empresas podrán utilizar esta modalidad de contratación aunque hubieran procedido a despidos improcedentes o colectivos en los seis meses anteriores a la contratación, siempre que hayan sido anteriores a la vigencia de este RDL –estableciendo así una especie de

“amnistía” para estos casos-, o que tales despidos hayan sido referidos a puestos de trabajo de otro grupo profesional o de otros centros de trabajo. Queda clara pues la intención del legislador de favorecer esta modalidad de contratación.

d) *Programa de bonificaciones e incentivos: Incentivos fiscales y Programa de Fomento del Empleo 2012*

Estos contratos son objeto de un especial favor por la política de incentivos económicos, beneficiándose de una serie de bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social siempre que el contrato se formalice con trabajadores incluidos en algunos de los colectivos respecto de los cuales se establecen dichos incentivos en el RDL 3/2012.

El RDL mantiene la tradicional técnica de fomento de la contratación mediante beneficios de carácter económico, de forma que estas ventajas –junto con otras, de carácter contractual o institucional- incidan en la decisión de los empresarios de realizar nuevas contrataciones. Pero, la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 establece también como objetivo de la reforma laboral la racionalización del sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, ya que se considera que su “práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia”.

En principio los destinatarios de las políticas de empleo son los desempleados, es decir todas aquellas personas sin empleo con disposición para ocupar un puesto de trabajo. Estos constituyen un colectivo heterogéneo pero que –nota común a todos ellos- están precisados, en mayor o menor medida, de garantías suplementarias para participar con las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos en el mercado de trabajo. Las particularidades que presentan las personas desempleadas hace necesario establecer medidas adecuadas a cada uno de los colectivos de acuerdo con sus necesidades. De ahí que la política de empleo, y las medidas jurídicas a través de las cuales ésta se instrumenta, debe ser de carácter desigual para no perpetuar la situación de desigualdad en la que en realidad se encuentran los sujetos que tratan de insertarse en el mercado de trabajo¹⁴, cumpliendo así el mandato constitucional recogido en el art. 9.2.

La política de empleo debe, pues, prestar atención a los colectivos desfavorecidos, aquellos que encuentran especiales dificultades para acceder al empleo o mantener el que ya tienen, debido a sus características personales o sociales. Son sujetos que se encuentran en una posición de desventaja para competir en el mercado de trabajo respecto al resto de los trabajadores. Precisamente, la importante dimensión subjetiva –además de la dimensión territo-

¹⁴ Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo*, CARL, 2005, pág. 29.

rial- que presenta la tasa de temporalidad y de desempleo de nuestro país está en la base de que tradicionalmente el art. 17.3 ET haya conferido al Gobierno una habilitación para que pueda establecer medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores¹⁵ que se enfrentan a dificultades especiales para su inserción en el mercado de trabajo: jóvenes, mujeres, desempleados de larga duración, mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, según el art. 26.1 de la Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre.

Para cumplir el objetivo de integración laboral de colectivos desfavorecidos¹⁶ se vienen utilizando un conjunto variado de técnicas basadas fundamentalmente en el incentivo o estímulo del empleo de estos sujetos. Dentro de estas medidas de actuación pública, las de carácter económico adquieren el absoluto protagonismo (frente a otras posibilidades como exclusiones, reservas o preferencias en el empleo, ex art. 17.3 ET). Así, las más usuales en nuestro ordenamiento han sido las medidas de incentivo económico-financiero, fundamentalmente las consistentes en bonificaciones o exenciones de las cuotas a la Seguridad Social: reduciendo un porcentaje variable según los colectivos, o incluso excluyendo el pago de las cotizaciones sociales a cargo del empresario por cada trabajador contratado. Junto a ellas, también se han utilizado medidas de fomento fiscal del empleo, mediante deducciones, desgravaciones o exenciones fiscales; la técnica de la subvención, concediendo una cantidad a tanto alzado por la contratación de determinados trabajadores; o la “capitalización” de la prestación por desempleo, a través del pago por una sola vez del valor actual del importe de la prestación para ser invertida en una iniciativa empresarial (búsqueda del autoempleo).

Respecto a los colectivos a los que van dirigidas estas medidas, la política de fomento del empleo mantiene sustancialmente inmodificados los colectivos beneficiarios, aunque va cambiando el criterio para delimitar cada colectivo. Debido al menor porcentaje de actividad y de ocupación y de peores condiciones de trabajo que históricamente han presentado, las mujeres y las personas con discapacidad se encuentran de modo casi permanente como objetivo de las políticas de fomento del empleo. El colectivo de jóvenes también ha contado tradicionalmente con una gran atención, que de modo preferente se ha articulado mediante la regulación de modalidades contractuales específicas para conseguir su inserción laboral. Las personas de mayor edad, considerando

¹⁵ Vid. Molina Hermosilla, O.: “Contratación temporal y medidas de fomento del empleo”, en Monereo Pérez (Dir.) y Serrano Falcón (Coord.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Edit. Comares, Granada, 2010, págs. 465 y sigs.

¹⁶ Moreno Vida, M.N.: “Artículo 2 de la Ley de Empleo: Los objetivos de la política de empleo”, en Monereo Pérez, Moreno Vida y Fernández Avilés (Dirs.): *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, Edit. Comares, Granada, 2011.

como tales los mayores de 45 años, y los inmigrantes, así como las personas que sufren exclusión social son también colectivos a los que van destinadas las medidas de integración en el mercado de trabajo.

La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo realizó un intento de sistematización y racionalización de todo el conjunto de medidas de fomento de empleo, regulando el “Programa de Fomento del Empleo 2006”¹⁷, que sin embargo fue profundamente alterado como consecuencia de la intensa crisis de empleo que se vive en España desde 2008. Junto a las modificaciones que realizó primero el RDL 2/2009, y luego la Ley 27/2009 que lo sustituyó, destacaron las reformas realizadas por el RDL 10/2010 y luego la Ley 35/2010 (junto con alguna otras normas reglamentarias, como el RD 1975/2008, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda; o el RD 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género).

A todas estas reformas sucesivas, que han dado lugar a una normativa de política de empleo dispersa y con cierta imagen de inestabilidad e incertidumbre, se añade ahora la reforma en esta materia introducida por el RDL 3/2012, con una finalidad, según declara, racionalizadora y de eficacia. Con ese objetivo, se establecen:

- Primero, un conjunto de incentivos fiscales por la contratación por tiempo indefinido bajo esta modalidad de apoyo a los emprendedores de jóvenes menores de 30 años o desempleados beneficiarios de prestaciones contributivas de desempleo, y,
- Segundo, un nuevo Programa de Fomento del Empleo (aunque en ningún momento se utiliza dicha denominación) basado en bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, que se dirigen

¹⁷ Regulado en el marco de la *Declaración para el Diálogo Social “Competitividad, Empleo estable y Cohesión social”* suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, CEOE y CEPYME y CCOO y UGT y tras la firma por los mismos del *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo*, el 9 de mayo de 2006 (previamente una Comisión de expertos elaboró el informe “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”, en enero de 2005). Señala la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 que “El nuevo Programa de Fomento del Empleo se dirige fundamentalmente a impulsar la utilización de la contratación indefinida inicial por parte de las empresas. A tal fin se concentran los apoyos públicos en la contratación estable y se favorece la conversión de empleos que hoy son temporales en fijos mediante un Plan extraordinario de carácter excepcional y vigencia limitada. Para alcanzar los objetivos arriba señalados, se modifica el sistema de incentivos a la contratación indefinida de acuerdo con los siguientes criterios: mejor selección de los colectivos beneficiarios; simplificación de las cuantías de las bonificaciones; ampliación de la duración de los incentivos con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo; y sustitución de los porcentajes de bonificación actuales por cuantías fijas de bonificación, salvo en el caso de la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo”.

exclusivamente a las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores y en dos supuestos:

- a) la contratación indefinida, a través de la modalidad contractual de apoyo a los emprendedores, de jóvenes de entre 16 y 30 años o parados de larga duración demandantes de empleo;
- b) la transformación de contratos en prácticas, de relevo o de sustitución por anticipación de la edad de jubilación en contratos indefinidos.

No obstante, el RDL mantiene la aplicación de las previsiones contenidas en la sección 1^a del Capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, en todo lo no previsto en la nueva regulación, salvo lo establecido en el art. 6.2 en materia de exclusiones, que es sustituido por la regla prevista ahora en el art. 4.6 RDL 3/2012. Por lo tanto, permanece vigente el Programa de Fomento del Empleo regulado en la Ley 43/2006 –con todas las modificaciones que posteriormente se han llevado a cabo–, en particular, el programa de fomento de empleo para personas con discapacidad (art. 2.2. y 2.3 Ley 43/2006); para personas víctimas de violencia de género (art. 2.4 Ley 43/2006); para trabajadores en situación de exclusión social (art. 2.5 Ley 43/2006). También las bonificaciones para el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades previstas en el art. 4.1 Ley 43/2006, referidas a trabajadores de 60 o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco o más años. En cambio, el RDL 3/2012 ha derogado expresamente (Disp. Derogatoria Única 1, f) el art. 4.2 Ley 43/2006, relativo a bonificaciones por la reincorporación de mujeres trabajadoras con contrato en suspenso por maternidad o por excedencia por cuidado de hijos.

Se prevé también, en la Disp. Transitoria Segunda del RDL 3/2012, que las bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este RDL se seguirán rigiendo por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación o reducción.

Hay que señalar previamente que, como regla general, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se podrá realizar siempre por empresas de menos de cincuenta trabajadores con cualquier trabajador –sin que existan limitaciones respecto al mismo–, aplicándose la regulación particular del período de prueba de un año. Ahora bien, para acogerse a las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social o a los beneficios fiscales regulados en el RDL 3/2012 será necesario que se concierte con trabajadores incluidos en los colectivos específicos que se prevén en esta norma y que el empresario mantenga en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral (art. 4.7 RDL). No obstante, no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente,

dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

1º. *Incentivos fiscales*

Los incentivos fiscales que se prevén en el art. 4.4 RDL 3/2012 son los siguientes:

-*Deducción fiscal por la contratación del primer trabajador de la empresa*: Se establece una deducción fiscal de 3.000 euros para la empresa en el caso de que ésta contrate su primer trabajador (“el primer contrato de trabajo concertado por la empresa”) y que éste sea menor de 30 años. La posibilidad de contratar a un trabajador con un período de prueba de un año –es decir, con la posibilidad de libre desistimiento durante un año- y con un fuerte incentivo fiscal pretende ser el reclamo para que las pequeñas empresas se comprometan con la creación de empleo y, en particular, de empleo para jóvenes. Esta medida parece pensar de manera particular en trabajadores autónomos sin empleados, que pueden contratar con menor coste a su primer trabajador.

-*Deducción fiscal por la contratación de trabajadores desempleados*: “Adicionalmente” junto con el incentivo anterior, de forma concurrente, o independientemente del mismo, si la empresa realiza un contrato indefinido de apoyo a emprendedores con trabajadores desempleados beneficiarios de una prestación contributiva de desempleo tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50% de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades¹⁸.

La aplicación de este importante incentivo fiscal se regirá por las siguientes reglas (art. 4.4, b RDL 3/2012):

1º- El trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación.

2º- El importe de la deducción quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral y no se podrá modificar por las circunstancias que se puedan producir con posterioridad.

3º- La empresa debe requerir al trabajador que aporte un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación que esté pendiente de recibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

¹⁸ Como se ha señalado, “En el supuesto más favorable para la empresa, esto es, la contratación de un desempleado con base reguladora muy alta a la que se aplica el límite máximo de la cuantía de la prestación para los casos de existencia con responsabilidades familiares (225 por 100 IPREM) y cuya prestación tiene una duración de 15 o más meses, el importe de la deducción puede llegar hasta los 14.377 euros”, vid. Luján Alcaraz, González Díaz y Ríos Mestre: “Medidas para el fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo”, en Cavas Martínez (Coord.): *La reforma laboral de 2012*. Edic. Laborum, Murcia, 2012.

-La posibilidad de compatibilizar salario y prestación por desempleo: Este conjunto de incentivos fiscales para la empresa se acompaña de una nueva medida dirigida a incentivar al trabajador, consistente en la posibilidad de compatibilizar la percepción de una parte de la prestación contributiva de desempleo que tuviera reconocida y pendiente con el trabajo. El trabajador, de forma voluntaria, podrá compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por ciento de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación. El Servicio Público de Empleo tendrá que reconocer dicho pago mediante la Resolución correspondiente. Dicha prestación, aunque se recibirá mensualmente en cuantía inferior a la legalmente prevista (disminuida en un 75 por ciento), seguirá su curso paralelamente al contrato de trabajo hasta que se agote por cumplimiento de la duración máxima prevista.

En cualquier caso, en el supuesto de que el trabajador opte por no compatibilizar el salario con la prestación por desempleo en los términos indicados, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación. Se aplicarán en este caso lo establecido en los arts. 212 y 213 de la LGSS.

2º. Las medidas de fomento del empleo (“Programa de Fomento del Empleo”) del RDL 3/2012

- *Bonificaciones por la contratación de trabajadores desempleados mediante la modalidad de contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.*

Además de los incentivos fiscales, el art. 4.5 RDL 3/2012 establece una serie de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social por las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de empleo mediante el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Se establecen solamente dos colectivos de trabajadores con especiales dificultades de incorporación al mercado laboral cuya contratación dará derecho a las bonificaciones previstas, con una modalización en función del sexo: a) jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive; y b) mayores de 45 años desempleados de larga duración.

-La contratación de jóvenes desempleados entre 16 y 30 años dará derecho a la empresa a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año; y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres, incluidas dentro de este colectivo, en sectores en los que estén menos representadas, las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

-La contratación de mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación, dará derecho a la empresa a una bonificación en la cuota em-

presarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones serán de 125 euros/mes (1500 euros/año).

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

-Bonificaciones de cuotas por transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución en indefinidos.

El art. 7 RDL 3/2012 regula otros incentivos, mediante bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social dirigidos a favorecer la conversión de determinados contratos temporales en indefinidos. La medida afecta en particular a la conversión en indefinidos de los contratos en prácticas, contratos de relevo y contratos de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración.

Se trata de una medida de fomento del empleo que ya no está ligada directamente al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. No obstante, se mantiene la limitación subjetiva puesto que sólo podrán ser beneficiarios de estas bonificaciones las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

El incentivo que se establece en estos casos es el derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años. En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

Además, los trabajadores cuyos contratos en prácticas, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación se conviertan en indefinidos serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, con el objetivo de incrementar su cualificación profesional (art. 7.4 RDL 3/2012).

2. REFORMA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL (ART. 5º RDL 3/2012)

El contrato a tiempo parcial ha pretendido en estos últimos años ser la “estrella” de las modalidades de contratación en nuestro ordenamiento laboral. Ha sido la principal apuesta de las políticas de empleo, por su incidencia en el reparto y la redistribución del empleo, pero también porque permite satisfacer necesidades de flexibilidad laboral y también objetivos de política social (como la conciliación de la vida laboral y familiar o la promoción de la jubilación flexible, permitiendo compatibilizar pensión y salario). Ello explica las continuas y sucesivas reformas a las que se ha visto sometida esta modalidad contractual y el importante crecimiento de submodalidades de este contrato (contrato a tiempo parcial ordinario o común, contrato realizado por jubilación parcial, contrato de relevo, contrato fijo discontinuo periódico o regular)¹⁹. No se puede desconocer, no obstante, que la mayor parte de estas reformas han estado presididas, fundamentalmente en los últimos años, por el objetivo de configurar el contrato a tiempo parcial como una medida de fomento del empleo vinculada con el interés empresarial en la utilización de instrumentos jurídicos flexibles adaptados a las necesidades de su ciclo productivo, en términos económicos –costes de seguridad social- y de ajuste de los tiempos de trabajo²⁰. La amplia variedad de contratos a tiempo parcial que existen hoy en nuestro ordenamiento jurídico obedece en gran parte a la satisfacción del interés empresarial por dotar de mayores dosis de flexibilidad a las relaciones laborales existentes en su empresa.

Pese a ello, la utilización de este contrato en nuestro país sigue siendo muy escasa (en 2011, menos del 14 % de trabajadores tenían un trabajo a tiempo parcial). Seguimos pues estando en este ámbito cuantitativo muy alejados de otros países de nuestro entorno europeo, pero también en cuanto a la aceptación social de esta figura, fundamentalmente por la precariedad y la inseguridad que en la actualidad rodea a esta medida de política de empleo. La mayor parte (en más de dos tercios) de trabajadores que desarrollan un trabajo a tiempo parcial lo hacen ante la imposibilidad de encontrar una oportunidad de trabajar a jornada completa, puesto que dichos trabajadores se encuentran sometidos en la práctica a peores condiciones de trabajo y se encuentra con grandes dificultades para acceder al régimen prestacional de la Seguridad Social. Por otra parte, esta situación afecta en mayor proporción a las mujeres que a los hombres, ya

¹⁹ Cfr. Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete: *Manual de Derecho del Trabajo*, Edit. Comares, Granada, 2011, pág. 419.

²⁰ Vid. Gallego Morales, A.J.: “Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo. Comentario al artículo 12 del ET”, en Monereo Pérez (Dir.) y Serrano Falcón (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*”, op.cit., pág. 211.

que en un 80 por 100 de los casos son mujeres las que participan en el mercado de trabajo mediante un contrato a tiempo parcial, siendo una expresión evidente de la situación discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo.

El RDL 3/2012, reconociendo que “constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo” y que “el nivel de contratación a tiempo parcial en nuestro país no es equiparable al existente en otros países de la Unión Europea” (vid. Exposición de Motivos), lleva a cabo una nueva reforma del contrato a tiempo parcial. Pero no se trata de una reforma en profundidad que ponga fin a la precariedad y a la inseguridad que actualmente rodea a esta medida de política de empleo. La Exposición de Motivos del RDL 3/2012 declara que el objetivo de la misma es “buscar un mayor equilibrio entre flexibilidad y protección social, admitiendo la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, e incluyendo las mismas en la base de cotización por contingencias comunes”. Se inserta pues esta última reforma –por el momento- del contrato a tiempo parcial en la línea de seguir flexibilizando esta figura para incrementar su adaptabilidad a las necesidades de la empresa.

2.1. Regulación de las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial es definido legalmente como aquél en el que se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar), o, en su defecto, inferior a la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o de la jornada máxima legal. Puede concertarse tanto por tiempo indefinido como por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, salvo en el contrato para la formación y el aprendizaje.

En la regulación del contrato a tiempo parcial ha sido habitual la prohibición para los trabajadores a tiempo parcial de la realización de horas extraordinarias, salvo las previstas en el art. 35.3 ET, esto es, aquéllas que necesariamente se hayan de realizar para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Esta prohibición no comporta una rigidez absoluta en la regulación de la jornada de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, ya que obedece fundamentalmente a la introducción del nuevo concepto de “horas complementarias”, reguladas en el apartado 5 del art. 12 ET, que pueden pactarse entre empresario y trabajador en los contratos a tiempo parcial concertados por tiempo indefinido. La razón de ser de estas horas comple-

mentarias es precisamente permitir al empresario un amplio margen para la adaptación de este contrato a las necesidades productivas de su empresa (finalidad acentuada especialmente a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad). Son, por tanto, un sistema flexible de pacto de jornada, que permite la modificación, ampliándola en atención a las necesidades productivas de la empresa en cada momento, de la jornada pactada.

Sin modificar el régimen de las horas complementarias, el RDL 3/2012 admite que, además de las horas complementarias pactadas, el trabajador a tiempo parcial pueda también realizar horas extraordinarias. Con la finalidad de hacer más atractivo el contrato para los empresarios, flexibilizando aún más la utilización de este contrato a las necesidades de la empresa, la nueva regulación incide en la mayor precariedad de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Como se ha dicho, “se arbitra un sistema de tiempo parcial en el que las trabajadoras y trabajadores deben realizar horas extraordinarias a voluntad del empleador, con la consiguiente desnaturalización del objetivo de conciliación familiar y laboral que el Preámbulo de la norma dice ser consustancial a esta figura contractual”²¹.

Tras declarar que los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias, el nuevo apartado 4,c) del art. 12 ET establece que el número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada. Previsión ya contenida en el art. 35.2 ET, que establece que para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo de horas extraordinarias (80 al año) se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial, tal como aparece definido en el art. 12.1 ET.

Tratando de buscar cierto “equilibrio entre flexibilidad y protección social”, la nueva redacción del art. 12.4 ET establece que las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de las bases de cotización a la Seguridad Social y de las bases reguladoras de las prestaciones. Como regla general, el importe de las horas extraordinarias computa para la determinación de las bases de cotización por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. A ello se añade ahora, en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, que también serán tenidas en cuenta a efectos de las bases de cotización por Contingencias Comunes.

²¹ Cfr. Baylos, A.: “Crisis y Derecho del Trabajo o el Derecho del Trabajo en crisis. Sobre la reforma laboral española de 2012”, op.cit.

La Disposición final novena del RDL 3/2012 desarrolla con carácter general el régimen de la cotización por horas extraordinarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial, que deberá ser determinado reglamentariamente:

- El tipo de cotización por contingencias comunes aplicable a la remuneración de las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial será del 28,30 por 100, del que el 23,60 por 100 será a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador.
- Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas (establecida en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Las primas resultantes serán a cargo exclusivo de la empresa.
- La cotización por horas extraordinarias de los trabajadores con contrato a tiempo parcial se computará exclusivamente a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones por contingencias comunes. Esto supondrá tener en cuenta una base reguladora más elevada y, en consecuencia, mayores prestaciones en caso de determinadas prestaciones del Sistema de Seguridad Social (así, en caso de situaciones derivadas de accidente no laboral o enfermedad común, maternidad y algunas otras).

Pero esta ventaja no se aplica respecto a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, en donde habrá que estar a lo dispuesto por el ordenamiento vigente.

- Además, esta nueva regulación sólo será de aplicación a los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, excepto para los comprendidos en los Sistemas Especiales para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y para Empleados de Hogar establecidos en dicho Régimen General; a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón; y a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

3. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO A DOMICILIO: TRABAJO A DISTANCIA (ART. 6º RDL 3/2012)

3.1. La insuficiencia del contrato a domicilio como marco para la regulación del teletrabajo

El art. 6 RDL 3/2012 lleva a cabo una reforma importante en la regulación del contrato a domicilio. Se modifica la denominación del art. 13 ET, que deja de tener como rúbrica “contrato de trabajo a domicilio” para pasar a

denominarse “trabajo a distancia”, y, básicamente, “se modifica la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, el trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías” (Exposición de Motivos).

El contrato de trabajo a domicilio es una modalidad contractual que ha tenido una honda raíz tradicional en nuestro ordenamiento, desde su regulación como relación laboral especial en la derogada Ley de Relaciones Laborales, pasando por su regulación como modalidad contractual en la también derogada Ley de Contrato de Trabajo, hasta su regulación dentro de las modalidades de contrato de trabajo en el art. 13 ET. Su principal particularidad reside en una concepción flexible de la dependencia²², ya que, en la medida en que la prestación de trabajo se realiza en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por éste y no sometido a la vigilancia del empresario, éste queda privado del control inmediato de la prestación. Esto no significa, no obstante, que no exista la nota de “dependencia” o “subordinación”, sino que, como señaló el Tribunal Central de Trabajo, debe entenderse la dependencia “no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono”, sino que basta con que aquél “se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario de éste”. En cualquier caso es evidente que tanto la dependencia como el poder de dirección del empresario aparecen claramente debilitados.

Este tipo de contrato a domicilio ha estado hasta ahora presente en determinados sectores (como el textil, calzado, alfarero...) o actividades caracterizadas por requerir escasas instalaciones y permitir, al mismo tiempo, una gran autonomía en la organización y realización del trabajo. El trabajo a domicilio ha estado frecuentemente sometido a abusos, lo que ha determinado una regulación, contenida en el art. 13 ET, presidida por un objetivo garantista de los derechos de los trabajadores a domicilio.

El art. 13 ET define el contrato de trabajo a domicilio como “aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario”. Con la finalidad de garantizar los derechos de los trabajadores a domicilio y evitar situaciones abusivas, el art. 13 ET establecía una escasa regulación jurídica dirigida a establecer ciertos mecanismos de control y el cumplimiento de determinados requisitos formales: exigencia de forma escrita, garantía de un salario equivalente al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate; obligación del empresario de poner a disposición del trabajador un documento de control de la actividad laboral que realice (consignando la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas

²² Vid. Quesada Segura, R.: “Contrato de trabajo a domicilio. Comentario al art. 13 del ET”, en Monereo Pérez (Dir.) y Serrano Falcón (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, op.cit., págs.. 220 y sigs.

para la fijación de salarios, entrega y recepción de los objetos elaborados y otros aspectos de la relación laboral que interesen a las partes).

Aunque el trabajo a domicilio siga existiendo en sus formas más tradicionales y precarizadoras, las nuevas tecnologías informáticas permiten dotar de modernidad a esta figura contractual, particularmente a través de las contemporáneas formas del teletrabajo. Sin embargo, este escaso e insuficiente régimen jurídico difícilmente permite regular el trabajo a domicilio, ni en sus formas tradicionales, ni, menos aún, en las nuevas formas que hoy adopta. Y, desde luego, en ningún caso podía constituir el marco jurídico del teletrabajo, por lo que el legislador, en el “deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral”, pretende utilizar esta reforma para dar cabida, con garantías, al teletrabajo en el art 13 de ET.

El legislador del RDL 3/2012 considera que el teletrabajo es “una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar”. En efecto, si durante las dos primeras décadas de desarrollo del teletrabajo se consideró a éste como un mecanismo que permitiría armonizar el trabajo con la vida privada y, luego, como un valioso recurso para favorecer la inserción laboral de sectores excluidos como las mujeres o los discapacitados, desde la década de los noventa prevalece su concepción como instrumento de flexibilidad laboral que puede permitir la externalización de las empresas y, en consecuencia, la reducción de sus costes²³.

La difusión que han adquirido las distintas formas de teletrabajo ha dado lugar a una regulación comunitaria del mismo a través del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 (firmado por la Confederación Europea de Sindicatos, CES, y las organizaciones empresariales europeas, UNICE, UNICE/UEAPME, y CEEP). Acuerdo que se recogió sustancialmente en el ordenamiento español por el Acuerdo Interprofesional sobre Negociación Colectiva de 2003, y que se incluye ya en el contenido de algunos convenios colectivos.

El objeto del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo es elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores. El acuerdo otorga a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa. En el Acuerdo se define el teletrabajo como una forma

²³ Cfr. Ortiz Chaparro, F.: *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de las tecnologías*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 43 y sigs.; García Viña, J.: “Relaciones laborales e internet”, en *RTYSS*, núm. 223, 2001, pág. 18; Sierra Benítez, E.M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla 2011, págs. 29 y 30.

de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales. Habida cuenta de que el teletrabajo cubre una amplia gama de situaciones, los interlocutores sociales han elegido esa definición, que permite abarcar distintas formas de trabajo regular.

En el Acuerdo se resaltan los principales aspectos de la regulación del mismo: El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario de que se trate, puede formar parte de la descripción inicial del trabajador o es posible aceptarlo voluntariamente después. Los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales de la empresa. Esos derechos están garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, aunque pueden ser necesarios acuerdos específicos para tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo. Corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales. El empresario informará al teletrabajador de toda restricción en lo que respecta a la utilización de los equipos y a las sanciones en caso de incumplimiento. El empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador, por lo que si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo. Por lo general, el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo. El empresario ha de hacerse cargo, con arreglo a la legislación nacional y a los convenios colectivos, de los costes derivados de la pérdida o el deterioro de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador. El empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador. Para comprobar la correcta aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder al mismo será necesaria una notificación previa y el acuerdo del teletrabajador. El teletrabajador podrá solicitar una visita de inspección. En el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las normas laborales aplicables, corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo. Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario. Los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que realizan su tarea en los locales de la empresa.

En el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE 6 febrero de 2012) los interlocutores sociales acuerdan fomentar el

teletrabajo (Capítulo II.4), como una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías, que permite la realización de la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa. Consideran que es un medio de modernizar la organización del trabajo que debe ser fomentado de acuerdo con los siguientes criterios:

- a. carácter voluntario y reversible, tanto para el trabajador como para la empresa;
- b. igualdad de derechos, tanto legales como convencionales, con los restantes trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa; y
- c. regulación de aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.

3.2. La nueva regulación del trabajo a distancia

El nuevo art. 13 ET considera trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Aunque la intención del legislador es dar cabida en el art. 13 ET al teletrabajo, hay que tener en cuenta que todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo (este último exige trabajo a distancia, pero también utilización de la tecnología de la información y la comunicación (tecnología informática y telemática). De forma que la nueva regulación del art. 13 pretende dar cabida a los supuestos tradicionales o más actuales de trabajo a domicilio junto con los supuestos de teletrabajo, aunque realmente sea el fomento y la regulación de este último lo que motiva esta reforma.

Frente a la anterior regulación del trabajo a domicilio, destacan en este concepto dos cuestiones principales:

Por un lado, el trabajo a distancia requiere que la prestación laboral se realice “de manera preponderante” en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto al centro de trabajo de la empresa. Es un rasgo común a esta modalidad de prestación de servicios que la realización de la prestación no se lleva a cabo en el lugar convencional dispuesto por el empresario, el centro de trabajo. Se realiza en lugares de trabajo distintos al convencional (domicilio, telecentro, itinerante...), de forma que se produce una deslocalización de la actividad respecto del centro de imputación de los resultados (el centro de trabajo). Pero, a diferencia de la anterior regulación del contrato a domicilio, la realización de la prestación en un lugar distinto al centro de trabajo no tiene que ser una opción única. Cabe la posibilidad de compatibilizar parte del trabajo a distancia con la realización de parte de la prestación de servicios en el centro de trabajo.

En particular respecto al teletrabajo, se ha planteado en la doctrina cual puede ser el porcentaje de tiempo de trabajo a distancia que determine objetivamente dicha actividad como teletrabajo. La opinión más aceptada es la que considera que existe teletrabajo propiamente dicho cuando la actividad realizada a distancia supone más del veinte por ciento de la jornada habitual²⁴.

La segunda cuestión que destaca en el concepto de trabajo a distancia recogido ahora en el nuevo art. 13 ET es que desaparece la referencia a la “ausencia de vigilancia del empresario”. Con esta modificación se da entrada de lleno en el art. 13 ET al teletrabajo²⁵, ya que dicha vigilancia del empresario se produce de forma constante, aunque el trabajo se realice fuera del centro de trabajo, precisamente por la utilización de medios electrónicos por parte del trabajador. No obstante, una de las características básicas del teletrabajo es la flexibilidad organizativa y la descentralización operativa, que son resultado de las innovaciones tecnológicas típicas del teletrabajo. Supone un nuevo modelo de organización del trabajo basado en la autonomía y la autorregulación, en relación a la cantidad y distribución del tiempo de trabajo y de las tareas a desarrollar y, como consecuencia, una nueva forma de organización de la empresa basada en la flexibilidad de los recursos humanos y tecnológicos.

- *Requisitos formales del trabajo a distancia*

En primer lugar, el art. 13.2 ET exige que el acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalice por escrito. La exigencia de forma escrita viene determinada por la necesidad de garantizar la existencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta la importante debilitación del elemento de la dependencia o subordinación que se produce en estos supuestos.

En segundo lugar, se establece la aplicación a esta modalidad contractual de las obligaciones establecidas en el art. 8.3 ET en relación a la copia básica del contrato de trabajo. Esta obligación se refiere a la entrega por parte del empresario a los representantes legales de los trabajadores de una copia básica del contrato donde deberán constar todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la LO 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal. Dicha copia básica deberá entregarse en plazo no superior a diez días desde la formalización del acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia, tanto si se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, debiendo remitirse posteriormente la misma a la oficina de empleo.

²⁴ Vid. Escudero Rodríguez, R.: “Teletrabajo”, en AAVV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999. MTAS, Madrid, 2000, pág. 774; Sierra Benítez, E.M.: *El contenido de la relación laboral en el trabajo*, op.cit., pág. 38.

²⁵ Vid. González Díaz, F.: “Trabajo a distancia”, en Cavas Martínez (Coord.): *La reforma laboral de 2012*, op.cit., pág. 120.

Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse dicha copia básica y remitirse a la oficina de empleo.

- *Derechos de los trabajadores a distancia*

El art. 13.3 ET establece como regla fundamental la igualdad de derechos entre los trabajadores a distancia y los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

Partiendo de esta regla básica, el art. 13 ET establece expresamente los siguientes derechos de los trabajadores a distancia:

-El trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

-Se reconoce el derecho de los trabajadores a distancia a la formación profesional continua y a la promoción profesional. Para ello se determina la obligación del empresario de establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, para favorecer dicha promoción.

También estará obligado el empresario a informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo, de modo que pueda hacerse efectivo dicha promoción y movilidad.

-Derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, siendo aplicable a estos trabajadores todo lo establecido en la Ley de Prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) y su normativa de desarrollo. No se puede desconocer, sin embargo, la dificultad de garantizar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de trabajo a distancia, fuera del centro de trabajo. El reconocimiento expreso de este derecho exige la regulación de una normativa específica que lleve a cabo una adaptación o regulación adecuada a las peculiaridades que se derivan del trabajo a distancia, ante las dificultades en unos casos o, incluso, imposibilidades en otros casos de aplicar las medidas preventivas contempladas en la LPRL.

-Derecho a la representación colectiva. No constituye una novedad puesto que este derecho ya estaba reconocido en el art. 13 ET en relación con el contrato de trabajo a domicilio. No obstante, tampoco se ocultan las dificultades de hacer efectivos estos derechos de representación colectiva por los trabajadores a distancia puesto que la deslocalización de la actividad respecto del centro de trabajo tiene como consecuencia la dificultad de mantener contacto personal con el resto de trabajadores de la empresa, aunque pueda comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías.

Para tratar de hacer efectivos estos derechos, el art. 13.5 ET establece que, a estos efectos, los trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: MOVILIDAD FUNCIONAL, GEOGRÁFICA Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Clasificación profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

La reforma introducida por el RDL 3/2012 implica, como indica su preámbulo, entre otros cambios, que el sistema de clasificación profesional pase a tener como única referencia el grupo profesional donde se desarrolle la movilidad funcional ordinaria, una reforma de las causas que justifican los traslados y las modificaciones sustanciales, una diferenciación en la delimitación de modificaciones individuales y colectivas, así como un cambio en las causas de la facultad resolutoria del contrato con derecho a indemnización.

Esta nueva reforma de 2012 parte de un diagnóstico coincidente con las anteriores reformas de 2010 y 2011, el escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas, pero marca un punto de ruptura con aquellas reformas pues, antes que promover la negociación colectiva como vía de establecimiento y gestión de las fórmulas de la flexibilidad interna, actúa directamente sobre el marco normativo, que ha flexibilizado aún más, aumentando el poder del empresario, ahora también frente a la autonomía colectiva.

A lo largo de las siguientes páginas se comprobará que, de conformidad con la doctrina constitucional, son cada vez más fuertes los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de una regulación legal que admite decisiones empresariales que modifiquen lo pactado en un acuerdo colectivo y por tanto afecten a su fuerza vinculante, pues cada vez son más laxos, materialmente irrelevantes podría decirse, los límites legales de tal poder unilateral de modificación de las condiciones de trabajo.

ABSTRACT

Key Words: Professional category/ occupational classification system, duties mobility, geographical mobility, changes in working conditions

The reform done by the RLD 3/2012 implies, as written in its preamble, that the occupational classification system only takes into account the professional group in which the mobility is taking place, the geographical mobility justification and other substantial work modifications. It makes a differentiation about collective or individual modifications considering different causes that may solve a contract with the right to receive compensation. The new reform of 2012 has a sort of diagnosis that matches the previous reforms from 2010 and 2011. It does not allow internal flexibility in companies, but of course it's completely different from previous reforms because instead of promoting collective bargaining as a way to establish internal flexibility measures. It affects the judicial framework that has been flexibilised even more let's say, and as a result the employer has more power even if one considers its collective autonomy.

In the next pages we will expose that according to the constitutional doctrine, there are more arguments in favor of non-constitutional legal regulations than whatever is agreed in the collective agreement, and that can be changed from the company's management perspective and it affects therefore its fulfillment. Legal limits would be somehow irrelevant, while they provide a room for change in those already established working conditions.

ÍNDICE

1. LA PROMOCIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA POR EL RDL 3/2010
2. MOVILIDAD FUNCIONAL DEL TRABAJADOR
3. MOVILIDAD GEOGRÁFICA
 - 3.1 Traslado formalmente causal y materialmente libre
 - 3.2 Supresión de la intervención administrativa en los traslados colectivos
 - 3.3 Trabajadores con prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo
4. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE OTRAS CONDICIONES DE TRABAJO
 - 4.1 Inclusión de la cuantía salarial entre las materias objeto de modificación
 - 4.2. Poder empresarial de modificación formalmente causal
 - 4.3 La nueva distinción entre modificaciones individuales y colectivas
 - 4.4 Reducción de plazos en los procedimientos para acordar la modificación
 - 4.5 Denuncia extintiva del contrato por perjuicio genérico y específico, los cambios en los artículos 41.3 ET y 50.1 a) ET
5. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1. LA PROMOCIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA POR EL RDL 3/2010

El Capítulo III del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, agrupa distintas medidas, según explica en su preámbulo, para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, puesto que el problema de la dualidad laboral es consecuencia, en buena medida, se afirma, de un sistema de instituciones laborales inadecuado que ha quedado evidenciado durante la última crisis. Por ello, el conjunto de medidas que se formulan en el referido capítulo tienen como objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa, pues se considera que en un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste por lo demás, se concluye, ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo.

En principio, puede apreciarse pues continuidad en cuanto al diagnóstico formulado en los preámbulos de las últimas normas de reforma laboral. La reforma del mercado de trabajo llevada a cabo por la Ley 35/2010 se dirigió a reforzar los instrumentos de flexibilidad interna¹, siendo el punto de partida de

¹ Una reforma que fue en la línea de la reforma de 1994 y dirigida más concretamente a alcanzar una mayor agilidad y eficacia a los procedimientos de modificación, a favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial y a fomentar las medidas de reducción del tiempo de trabajo.

su preámbulo identificar como una debilidad del sistema español de relaciones laborales, (que en último término vendría a explicar la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico), el escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna que ofrecía la legislación laboral. Con el mismo diagnóstico, la reforma de la negociación colectiva del RD-L 7/2011 se orientaría a reforzar la flexibilidad interna a través de un convenio más “adaptable” a las condiciones de las empresas y a sus cambios económicos y productivos².

De otra parte, es preciso recordar que la reforma de 1994 ya se dirigiría a la promoción de la flexibilidad interna frente a la temporalidad contractual, como vía de flexibilidad para las empresas, tal y como se expresó la exposición de motivos de la Ley 11/1994, que llevaría a cabo la mas amplia y profunda reforma del marco normativo de la relación laboral hasta la desarrollada por el RDL 3/2012³. Como conviene recordar, la reforma de 1994 significó, en primer lugar, una retirada de la ley en la regulación de las condiciones de trabajado, compensada con el protagonismo de la regulación colectiva, a través de convenios pero también acuerdos colectivos empresariales (y autonomía individual). En segundo lugar, se facilitaron los procedimientos de modificación de condiciones de trabajo, desapareció la autorización administrativa en favor del aumento del poder empresarial, y en tercer lugar, significó también la mayor “disponibilidad” del convenio, al permitir las llamadas cláusulas de descuelgue salarial.

El marco normativo introdujo así un modelo de flexibilidad interna que pretendía hacer del convenio y sobre todo del acuerdo empresarial el eje de desarrollo del mismo, pero cuyo “escaso desarrollo” ha sido el argumento expresado para justificar la necesidad de las últimas reformas de la normativa laboral.

Pues bien, entre las razones del fracaso del modelo normativo de flexibilidad negociada diseñado desde 1994, se han identificado, en estos últimos años, tanto la insuficiencia del marco normativo, como el comportamiento de los interlocutores sociales. Y no sólo la propia actitud de sindicatos y representantes de los trabajadores sino que los factores explicativos de ese escaso desarrollo pueden estar conectados con la falta de una cultura empresarial al respecto, dada la complejidad técnica y organizativa de esta vía frente a las conocidas

² Y concretamente se formularía la prioridad de convenios de empresa (y de grupos de empresas) en temas relevantes, tiempos máximos para negociar y se favoreció la solución de discrepancias en modificación sustancial y en inaplicación del régimen salarial por Comisiones paritarias (también renegociarán y adaptarán los convenios)

³ Cfr. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012, *diariolaley.es*. Para este autor esta es la de mayor trascendencia desde la reforma de 1994, habiendo traspasado líneas rojas que habían respetado todas las reformas del Estatuto de los Trabajadores posteriores a 1980, los costes del despido improcedente, el mantenimiento de la autorización administrativa para los despidos y suspensiones colectivas y la ultraactividad del convenio colectivo

vías de flexibilidad a través de la contratación temporal. En tercer lugar, también hemos de tener en cuenta el excesivo intervencionismo judicial sobre las relaciones laborales y, más concretamente, la judicialización de los conflictos colectivos y el control judicial del convenio colectivo. Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos han sido considerados, en este contexto, más idóneos para resolver las discrepancias surgidas entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Y ciertamente sobre estos tres ejes han girado las sucesivas reformas dirigidas a fomentar la flexibilidad interna.

En la reforma efectuada por la ley 35/2010 los cambios relativos a los artículos 40 ET y 41 ET fueron de escasa entidad, la actuación sobre la flexibilidad interna fue reducida, en parte porque existía el convencimiento de que su marco natural era la negociación colectiva. El punto de partida o premisa del legislador fue la idea de que la flexibilidad interna correspondía a la negociación colectiva. Igualmente se partía de la premisa de que los principales obstáculos para la efectividad práctica de los mecanismos de flexibilidad interna se detectaban en relación con los contenidos de los convenios colectivos⁴. Por ello la reforma realizada por el RDL 7/2011 promocionaría de forma muy intensa la negociación colectiva sobre flexibilidad interna, imponiendo como contenido mínimo del convenio, cláusulas de flexibilidad interna, en los términos formulados por el antiguo art. 85.3 i) del ET en la redacción dada por el citado RDL⁵, y desaparecida por obra de la reforma del RDL 3/2012.

La reforma de 2012 no parte ya de tal presupuesto y la promoción de la flexibilidad interna, declarada expresamente desde el preámbulo, no entiende que el diálogo, la participación o el acuerdo sean necesarios. No quiere decirse que para el legislador de 2012 ello no sea aconsejable o conveniente pero no

⁴ Como ha señalado Cruz Villalón, los interlocutores sociales a través de la firma a inicios de febrero del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva reclamaban para sí la apertura de un proceso propio de revisión del marco de negociación colectiva y consecuentemente de abordar por sí solos los aspectos relativos a la flexibilidad interna (La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, en AA.VV. La Reforma del Mercado de Trabajo y la Ley 35/2010, La Ley, 2011, p131).

Cfr., también Alfonso Mellado, Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna, en AA.VV. La Reforma Laboral en la Ley 34/2010, Tirant lo Blanch, 2010, p.154. Según este autor las reformas legales sobre flexibilidad interna generaban también dudas sobre su eficacia pues al introducirse al mismo tiempo flexibilidad en la contratación, en la externalización de actividades y en el despido los ajustes se seguirán produciendo por el camino de la reducción de plantillas y no por el de la reorganización del trabajo no por la flexibilidad interna fracasando uno de los objetivos de esta reforma laboral

⁵ Y donde se preveía como contenido mínimo del convenio las medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla, y en particular un porcentaje máximo y mínimo de jornada que podrá distribuirse de forma irregular a lo largo del año, señalándose finalmente que salvo pacto en contrario, este porcentaje será del 5 por 100.

se estima necesario.

En el contenido de la reforma del RDL 3/2012 no ha influido lo debatido en el diálogo social. Los interlocutores sociales habían suscrito el 25 de enero de 2012 el “II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014”, pero la iniciativa reformadora gubernamental, se ha limitado a acoger en el nuevo RDL algunas de las sugerencias del Acuerdo, sin atender en absoluto a las pautas del mismo⁶.

El Capítulo III se titula medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Ya no se entienden las medidas de flexibilidad interna como medidas negociadas y su implantación se hace depender en último términos de la voluntad empresarial. Lo anterior aplicado en pequeñas empresas significará un retroceso en los derechos laborales de los trabajadores, pero en empresas de ciertas dimensiones un modelo de flexibilidad impuesta unilateralmente puede ser además difícil de gestionar. En todo caso, no puede dejar de señalarse que el cambio de perspectiva podrá significar un paso atrás o retroceso en un modelo de relaciones laborales basado en la participación de los representantes de los trabajadores.

En definitiva, podemos señalar que la reforma de 2012 parte de un diagnóstico coincidente con las anteriores reformas de 2010 y 2011, como es el escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrecía la legislación laboral desde su reforma de 1994, pero antes que promoviendo la negociación colectiva como vía de establecimiento y gestión de las fórmulas de la flexibilidad interna ha actuado directamente sobre el marco normativo⁷, que ha flexibilizado aún más, aumentando el poder del empresario

⁶ El “II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014” estableció en este ámbito lo siguiente:

a) Facilitar que el empresario pueda distribuir irregularmente un 10 por 100 de la jornada anual ordinaria aplicable, pudiendo afectar con ello a la jornada máxima semanal o mensual, aunque no a la máxima anual (el art. 85 ET establece un 5 por 100), pudiendo afectar a los horarios diarios, sin perjuicio del respeto a los límites que al respecto se prevén en el ET. Los negociadores valorarán esta referencia porcentual en más o en menos en función del ámbito de negociación.

b) De la misma forma, los convenios colectivos deberían posibilitar que el empresario disponga de una bolsa de cinco días (o 40 horas) al año que podrá alterar en la distribución prevista en el calendario anual. Esta referencia podrá ser modificada por los negociadores en más o en menos en función del ámbito de negociación.

c) La flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación.

⁷ Parece así partir de la concepción que identifica como causa básica del escaso desarrollo de las fórmulas de flexibilidad interna en el marco regulador, cfr., Del Rey Guanter, Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial, en *Temas Laborales* 107/2010, p. 168

ahora también frente a la autonomía colectiva⁸.

Por ello resulta acertado señalar que en cierta forma existe una ruptura entre las anteriores reformas y la reforma de 2012 “que ha supuesto un cierto desplazamiento del objeto del tradicional Derecho del Trabajo la tutela del trabajo a la tutela de la empresa y la productividad”⁹.

Entre los mecanismos de flexibilidad interna, el objeto de este trabajo será el estudio de las reformas en materia de movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La reforma del RDL 3/2012 implica, como indica en su preámbulo, entre otros cambios, que el sistema de clasificación profesional pase a tener como única referencia el grupo profesional donde se desarrolle la movilidad funcional ordinaria, una reforma de las causas que justifican los traslados y las modificaciones sustanciales, una diferenciación en la delimitación de modificaciones individuales y colectivas, así como un cambio en las causas de la facultad resolutoria del contrato con derecho a indemnización¹⁰.

En este ámbito, las reformas no han sido tan llamativas como en materia de despidos o de la regulación del convenio colectivo y pueden parecer en principio de menor relevancia. En este sentido, en una primera aproximación podría afirmarse, por ejemplo, que con la reforma se amplía el listado de condiciones que pueden ser modificadas, pero que se trata, en definitiva, de una lista abierta, o puede señalarse que con la reforma se modifica el criterio para la diferenciación entre modificación individual y colectiva, pero que ello es una simplificación de una regulación anterior algo compleja, o, por último, también podría indicarse que con la reforma se redefinen en términos más genéricos las causas justificativas del poder de modificación empresarial, pero que siempre había sido bastante laxo el control causal de este poder.

Estas apreciaciones podrían llevar a afirmar el tono menor y continuista de la reforma de 2012 en relación con las anteriores reformas de 2010 y 2011.

Sin embargo, la intensidad de la reforma sobre los citados componentes de flexibilidad interna deriva de la actuación combinada de cada uno de estos cambios, determinando una relación laboral donde la prestación de trabajo

⁸ Como se recordará la reforma de 1994 significó la reducción de las garantías individuales de los trabajadores, por la retirada de la norma legal, pero compensada con el aumento de las garantías colectivas, a través de la promoción del convenio y sobre todo los acuerdos colectivos de empresa.

⁹ Para Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer (op. cit.) la referencia en el preámbulo a los mercados e inversores refleja esta ruptura.

¹⁰ Además, por lo que se refiere a flexibilidad de jornada, en cuanto a la distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año, el nuevo art. 34.2 ET admite la posibilidad de que, en defecto de convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, la empresa pueda distribuir irregularmente a lo largo del año el 5 por 100 de la jornada de trabajo. Se da traslado de una regla formulada por el antiguo art. 85.3 i) del ET en la redacción dada por el RDL 7/2011, y desaparecida por obra de la reforma del RDL 3/2012.

queda a la libre disposición del empresario, como se comprobará en las páginas siguientes, con la consiguiente subversión de los principios tuitivos del derecho del trabajo y de los principios civiles en materia de contratación. La relevancia de la reforma sobre los mecanismos de flexibilidad interna se aprecia pues en el plano del régimen jurídico del contrato de trabajo.

Pero la relevancia de la reforma sobre los instrumentos de modificación de las condiciones de trabajo no sólo se sitúa en ese plano, sino también en el marco normativo de la ordenación de las relaciones laborales, pues el aumento de poder empresarial que implica la nueva regulación también ha de ponerse en relación con los acuerdos o pactos colectivos y la importancia progresiva que ha adquirido el acuerdo colectivo empresarial, hoy elevado a la pieza clave de la flexibilidad interna. La especial relevancia que el ET otorga ahora al acuerdo colectivo de empresa contrasta con su vulnerabilidad frente al poder empresarial. Esta especial relevancia de los acuerdos colectivos empresariales, promocionada legalmente, contrasta con la derogabilidad de los mismos por el poder de modificación contractual otorgado al empresario por el artículo 41 LET.

Pues bien, en las páginas que siguen se analizarán los cambios normativos introducidos en movilidad funcional y geográfica y para favorecer la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin perjuicio de la valoración que se realice sobre cada regulación es preciso tener una visión de conjunto de todos los elementos de la flexibilidad interna, pues sus conexiones internas deben valorarse a la hora de realizar cualquier evaluación sobre el alcance de la reforma sobre el marco normativo de la flexibilidad. En definitiva, el debilitamiento de los límites causales al poder del empresario también se vería favorecido, en su caso, por el debilitamiento de la autonomía colectiva, como instrumento de ordenación de las relaciones de trabajo..

2. MOVILIDAD FUNCIONAL DEL TRABAJADOR

Con el objetivo de fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa, el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo, en palabras del preámbulo del RDL 3/2012, de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz.

Una nueva redacción del art. 22 ET impone que el sistema de clasificación profesional se base en el grupo profesional (art. 22.1 ET), modifica el concepto de grupo incorporando la responsabilidad como factor de adscripción profesional del trabajador (art. 22.2 ET) y determina el contenido del acuerdo

individual de encuadramiento profesional. Este acuerdo contendrá la asignación al trabajador de un grupo profesional y el establecimiento del contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo que será la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional, o solamente de algunas de ellas o de funciones propias de más de un grupo profesional (polivalencia funcional) Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo (art. 22.4 del ET).

En definitiva, en materia de clasificación profesional, se prescinde definitivamente del concepto de la categoría profesional y se establece que la clasificación profesional solamente podrá hacerse por medio de grupos profesionales.

De esta forma, el cambio de funciones de los trabajadores en el ejercicio ordinario del poder de dirección empresarial, se amplía al desaparecer el concepto de categoría profesional y quedar remitido exclusivamente al ámbito del grupo profesional, cuya definición legal se basa en titulaciones, aptitudes y contenido general de la prestación y que podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador. Así el nuevo art. 39 ET establece que la movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.

La movilidad funcional en el nuevo art. 39 se define como la encomienda de funciones superiores o inferiores no correspondientes al grupo profesional asignado. Sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores. El cambio se ha producido también en la encomienda de funciones inferiores al grupo profesional, pues se ha suprimido la exigencia de concurrir “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva”, eliminado este límite causal se facilita la asignación de funciones inferiores al grupo profesional por la mera existencia de razones organizativas o técnicas¹¹.

La movilidad funcional como medida de flexibilidad interna no resultó afectada en la anterior reforma de 2010. La apuesta de la reforma de 1994 por un sistema de clasificación profesional basado en el grupo profesional y la admisión del poder empresarial ordinario para cambiar las funciones de los trabajadores con la amplitud de las correspondientes a su grupo profesional

¹¹ Además, en caso de tal cambio funcional sea definitivo y por tanto aplicable el art. 41 ET, tras la modificación de los arts 41.3 y 501 a), ambos ET, en caso de que ello produzca un perjuicio sobre la formación profesional del trabajador, éste sólo dispondrá de la facultad de resolución indemnizada ex art. 41 3 ET.

implicaría ciertamente un marco normativo suficientemente garantizador de las exigencias empresariales de flexibilidad funcional. Sin embargo, también se afirmarí­a que ante los avances tan tímidos dados por los convenios en el establecimiento de sistemas de clasificación profesional por medio de grupos profesionales desde 1994 que el legislador en la reforma de 2010 tendría que haber realizado un mayor impulso¹².

Sin embargo, el legislador de 2012 ha optado, antes que por el impulso o la promoción, por la imposición del grupo profesional como único factor de estructuración del sistema de clasificación profesional. Consecuentemente la Disposición Adicional Novena del RDL establece el plazo de un año para que los convenios colectivos en vigor adapten su sistema de clasificación profesional a los grupos profesionales.

Ciertamente, los convenios colectivos en la adopción de un sistema clasificatorio por grupos profesionales podrán determinar el mayor o menor número de los mismos y una mayor o menor determinación de las funciones correspondientes a cada grupo. Ahora bien, no puede dejar de señalarse que se produce un reforzamiento de la imperatividad de la norma que contrasta con la línea de política legislativa de la reforma de 1994 en favor de normas legales dispositivas, y que resulta paradójico pues la imperatividad de la norma legal no se dirige a garantizar los derechos del trabajador, como es la nota característica de las normas laborales, sino a tutelar el interés de la empresa.

3. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Respecto de la movilidad geográfica, las novedades introducidas en la redacción del art. 40 del ET han determinado una nueva redacción de las causas justificativas de los traslados, la supresión del último reducto de intervención normativa en materia de modificación de condiciones de trabajo y la ampliación de los colectivos que pueden gozar de preferencia de permanencia en su lugar de trabajo en traslados colectivos.

En primer lugar, las causas que justifican el traslado del trabajador son más genéricas, desapareciendo las exigencias finalistas de la medida, en fin su adecuación y proporcionalidad. En segundo lugar, desaparece la facultad administrativa de retrasar hasta seis meses la aplicación del traslado. Y en tercer lugar, se prevé que pueda negociarse la prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo de trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada

¹² A los convenios colectivos habría que imputarles la responsabilidad derivada de una parcial implantación de los grupos profesionales frente a las categorías en la estructuración de los sistemas de clasificación profesional: Del Rey Guanter, Las medidas sobre la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial, *Temas Laborales*, 107/2010, p.167.

edad, o personas con discapacidad. Veamos con mayor atención estos cambios, partiendo de recordar que la modificación del lugar de trabajo (que conlleva cambio de residencia) es una innovación sobre una condición de trabajo sumamente importante para la vida profesional y sobre todo familiar del trabajador, cuya decisión corresponde al empresario con un posterior control judicial de causa y justificación. Téngase en cuenta en relación con la residencia del trabajador, muchas veces determinada por su lugar de trabajo, que el art. 19 de la CE reconoce el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia. Igualmente debe tenerse también presente la dimensión constitucional del derecho a la conciliación entre la vida familiar y laboral, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

3.1 Traslado formalmente causal y materialmente libre

Con la reforma de 2012 se ha modificado la definición legal de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas del traslado, flexibilizándola enormemente, al considerar tales “las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial” (nuevo Art. 40.1 del ET). Se equiparan de nuevo los traslados y las modificaciones sustanciales de trabajo en cuanto a su fundamento causal si bien con una clara rebaja que las separa de las exigencias causales de las decisiones de suspensión, reducción de jornada, y despido colectivo y de inaplicación de las condiciones pactadas en convenios colectivos.

Así pues, prácticamente se le da al empresario libertad plena para trasladar a los trabajadores, sin exigir desde la ley una concreta causa. La Ley considera probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Que la movilidad del trabajador este relacionada con la competitividad productividad u organización técnica del trabajo en la empresa no parece que pueda tener otra interpretación que el traslado se proponga en interés de la empresa o por causas relativas a la esfera empresarial, lo que es el supuesto de hecho previsto por la norma.

La descausalización de la decisión de traslado tendrá repercusión sobre su posterior control judicial¹³, con posibilidad de que los trabajadores impugnen judicialmente la decisión empresarial y ésta pueda ser anulada por el juez por

¹³ El art. 138.3. de la Ley de la Jurisdicción Social señala que el órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes.

abuso de derecho, fraude de ley o atentado a los derechos fundamentales de los trabajadores (discriminaciones, por ejemplo).

Pero esta liberalización de la decisión de traslado del trabajador también tendrá consecuencias, en el caso de los traslados colectivos, sobre el contenido de las consultas y de la obligación de negociar de buena fe durante el período de consultas, con vistas a la consecución de un acuerdo. Recuérdese que dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. El control de los representantes sobre la decisión empresarial de traslado quedaría de facto reducida a los efectos de esta medida y no a sus causas.

Nos remitimos en este tema a lo que después se dirá en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

3.2 Supresión de la intervención administrativa en los traslados colectivos

La nueva regulación sobre movilidad geográfica mantiene los mismos criterios numéricos de distinción entre traslado individual y colectivo, y que ya determinaban que en pequeñas empresas, dados los umbrales numéricos el traslado de los trabajadores, en interés de la empresa, el traslado sea una decisión del empleador adoptada sin el trámite de consultas y negociación establecido por el art. 40.2 ET.

En los traslados colectivos el empresario está obligado a abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Este periodo o fase de consultas está dirigido fundamentalmente a acordar las condiciones de incorporación de los trabajadores no sólo de naturaleza económica, sino también medidas cualitativas dirigidas a asegurar la integración del trabajador. La intervención administrativa de aplazamiento de la incorporación efectiva del trabajador debe situarse en este contexto, y la misma refuerza la posición contractual de los representantes de los trabajadores y en último término, si finalmente el aplazamiento se acuerda por la autoridad administrativa ante la falta de acuerdo colectivo, también se adopta en garantía de los derechos de los trabajadores.

En definitiva, se ha suprimido la capacidad de la autoridad laboral para ordenar la ampliación del plazo de incorporación del trabajador trasladado prevista en el anterior art. 40.2 del ET, que entendemos dirigida a equilibrar la situación contractual del trabajador, ante la importancia de los derechos afectados. Sin embargo, se ha mantenido la previsión del art. 40.2 relativa a que la apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento, sin que se concrete a qué efectos de produce tal notificación salvo que su mantenimiento se debe a un simple error de redacción.

3.3. Trabajadores con prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo

Tras la reforma introducida por el RDL 3/2012 en el art. 40.5 ET, se aumentan los colectivos que pueden gozar de prioridad de permanencia en los puestos de trabajo. Además de los representantes legales del personal en la empresa esta garantía podrá establecerse en favor entre otros colectivos de trabajadores en función de sus circunstancias personales o familiares (cargas familiares, mayores de determinada edad, discapacidad), si bien esta posibilidad queda supeditada a lo que establezca el convenio colectivo o el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas.

La previsión, que también se establece en relación con la prioridad de mantenimiento en la empresa en caso de despidos colectivos, donde existían ejemplos al respecto en la práctica española y sobre todo de otros países europeos se dirige a conciliar una medida predispuesta en interés empresarial con derechos de los trabajadores con relevancia constitucional, lo que debe valorarse positivamente. Esta regulación legal ha de interpretarse tanto como una fórmula de promoción de tales cláusulas como de habilitación a la negociación colectiva para establecer medidas positivas en favor de determinados colectivos vulnerables.

En todo caso no puede dejar de señalarse que la tutela del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, pese a su relevancia constitucional, no resulta garantizada por la ley, cuando la misma debe ser un límite de la flexibilidad interna en interés del empresario, sino que delega tal competencia en la autonomía colectiva.

4. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE OTRAS CONDICIONES DE TRABAJO

En cuanto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el nuevo art. 41 del ET establece novedades normativas en relación con las causas justificativas de la medida empresarial, la distinción entre modificaciones individuales y colectivas y las garantías frente a las mismas reconocidas a los trabajadores afectados.

Además, la regulación sobre modificación de condiciones laborales fijadas en convenios estatutarios sale del art. 41 ET para ubicarse en el art. 82 ET. Se trata de un ajuste técnico y sistemático que ya se había propuesto doctrinalmente tras la reforma de 1994¹⁴, pues como supuesto de descuelgue de condiciones de trabajo convencionales la ubicación lógica era el art. 82.3 LET.

¹⁴ Cfr., Pérez de los Cobos, La denuncia modificativa y el principio de la condición más beneficiosa, en *Actualidad Laboral* 21/1996, p. 418.

En efecto, como se recordara, la regulación del art. 41 sobre la modificación vía acuerdo colectivo de las condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios vino a constituir una opción legislativa en la reforma estatutaria de 1994 frente a la rigidez de nuestro sistema de negociación y su dificultad para ofrecer regulaciones adaptadas a la dinámica empresarial. Por ello, se afirmaría que esta regulación del art. 41 LET constituye más un instrumento de ordenación de las relaciones laborales que de gestión de las mismas, donde pasan a primer plano cuestiones atinentes directamente a la negociación colectiva (su estructuración, articulación o concurrencia de niveles)¹⁵.

Es preciso recordar que a pesar de que la regulación del art. 41 ET se inscribe en el ejercicio de los poderes empresariales siempre ha guardado una estrecha conexión con el marco normativo de la negociación colectiva. Los conflictos interpretativos más importantes surgidos en la aplicación de esta norma se han suscitado en la articulación de esta medida de flexibilidad interna y el contenido del convenio colectivo¹⁶. En la mayoría de las ocasiones modificar las condiciones de trabajo será igual a modificar el contenido del convenio colectivo aplicable en la empresa.

De esta forma, el art. 41 ET recupera en cierta forma su naturaleza estricta de norma reguladora de la actividad de gestión empresarial, de una decisión de cambio de las condiciones o de la misma prestación laboral a iniciativa y en interés empresarial, aunque con efectos sobre el marco normativo de la negociación colectiva.

En todo caso, el citado art. 41 ET si ha perdido en parte su consideración como centro de gravedad de la normativa sobre flexibilidad interna que se traslada a otros preceptos como el art. 82.3 ET

Centrándonos ya en los cambios del art. 41 ET, éstos han significado una nueva definición de las causas que fundamentan la decisión modificativa en unos términos más genéricos y sin referencia alguna a la adecuación y proporcionalidad de la misma. También se produjo una reducción de 30 a 15 días, en el plazo preaviso en las modificaciones individuales y una reducción de 30 a 7 días en el plazo efectividad de la modificación colectiva sin acuerdo. Finalmente, en relación con la impugnación judicial por parte del trabajador de la decisión empresarial por despido indirecto, se modifica el artículo 50 ET que, sin aludir al perjuicio de la formación profesional del trabajador, sitúa como única causa de la resolución indemnizada del contrato de trabajo la modificación sustancial de condiciones de trabajo que no respeta el art. 41 ET y sea contraria a la dignidad del trabajador.

¹⁵ Cfr., Matía Prim, Prólogo a la obra de Valdeolivas García, La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, CES, 1996.

¹⁶ Ello obedece como ya ha sido señalado tanto a que al responder a causas objetivas tendrá usualmente la modificación propuesta un alcance colectivo y por el enriquecimiento del contenido de los convenios colectivos en las últimas décadas, cfr., Cruz Villalón, op. cit., p. 161

4.1. Inclusión de la cuantía salarial entre las materias objeto de modificación

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo las que afecten, entre otras, a una serie de materias, que se relaciona en el art. 41.1 ETy que, en su nueva redacción de la letra d), incluye junto con el sistema de remuneración la cuantía salarial.

Pese al carácter ciertamente enumerativo y no cerrado de la relación de materias del art. 41.1 del ET (“entre otras”), en las últimas reformas se ha venido ampliando la lista de condiciones establecidas en el citado precepto. Así se incluyó, en la reforma de 2010, junto al horario la distribución de la jornada y ahora se incluye, en la reforma de 2012, junto al sistema de remuneración, la cuantía salarial.

En principio, podría pensarse que la relativa importancia de este cambio es ahora más clara por dos datos nuevos, En primer lugar, porque la lista del art. 41.1 ET de las condiciones de trabajo modificables ya no opera en relación con el procedimiento para la inaplicación de las condiciones fijadas por convenio colectivo estatutario, cuya regulación se traslada al art. 82.3 ET¹⁷. En segundo lugar, porque la distinción entre individual y colectiva de la modificación de condiciones de trabajo se basa ya exclusivamente en el criterio del número de trabajadores afectados, y ello cualquiera que sea la materia objeto del cambio.

Sin embargo, además de que la inclusión expresa entre las materias modificables resulta pedagógicamente expresiva de la posibilidad de modificación, en la práctica judicial, en no pocas ocasiones, la constatación de que la modificación afecta a alguna de las condiciones legalmente identificadas por el art. 41.1 ET ha llevado a la aplicación del citado artículo, aunque ciertamente la aplicación del mismo venga determinada por la intensidad de la modificación más que por la materia afectada¹⁸, pues su objeto son solo las modificaciones sustanciales.

¹⁷ Pese a ello, salvo con alguna diferencia (mejoras voluntarias de seguridad social ya admitido su inaplicación por la STS de 27 de enero de 2003 (RJ 2003, 3626)) ambas listas de condiciones coinciden, lo que lleva a pensar que el legislador parte de la identidad de materias reguladas en contratos de trabajo, acuerdos o pactos colectivos y en convenios colectivos estatutarios. Sin embargo, ello no es siempre así. Por ello la redacción de la letra f) del nuevo artículo 82.3, al igual que el art. 41.1 f) se refiere a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley lo que no tiene sentido en una norma sobre inaplicación de condiciones previstas en el convenio aplicable y si en el de una decisión de modificación de las funciones del trabajador que quedan determinadas por el encuadramiento profesional acordado en el momento de contratar.

¹⁸ Así se advierte en alguna sentencia del TS como la de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105), según la cual las condiciones del listado tendrán *ex lege* la consideración sustancial referida. Sin embargo, esta presunción se rompe en dos direcciones diferentes: de una parte, dado que se trata de una lista «ejemplificativa y no exhaustiva» cabe concebir modificaciones sustanciales de condiciones diferentes; de otro lado, es unánime criterio el de que la aplicación del art. 41 ET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación, lo que permite que las condiciones listadas sean objeto de modificaciones no sustanciales. Esta doble posibilidad de ruptura de la presunción permite concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que “ni están todas las que son ni son todas las que están”.

El art. 41 ET otorga a un contratante un poder unilateral de modificar las condiciones y la misma prestación de trabajo de la contraparte justificando exclusivamente en el interés empresarial. De un lado, las modificaciones accidentales o no sustanciales se integran en la esfera del poder de dirección empresarial. De otro lado, las modificaciones adoptadas por esta vía no pueden alterar el objeto contractual de forma que se desvirtúe la voluntad de las partes, siendo precisa una novación modificativa y, por tanto, el acuerdo de ambas partes. No es posible, por ejemplo, que por la vía del art. 41 ET se produzca la imposición empresarial del trabajo a distancia, el nuevo art. 13.2 ET exige el acuerdo entre empresario y trabajador¹⁹.

En este contexto, hemos de situar la inclusión expresa de la “cuantía salarial”, entre las materias modificables, pues esta posibilidad de modificar la cuantía salarial (respetando los máximos convencionales) resulta expresiva de la posibilidad de rebaja unilateral de las cuantías salariales establecidas contractualmente por acuerdo o pacto colectivo o por convenio colectivo extraestatutario. Téngase en cuenta, como inmediatamente se verá, que con la reforma se ha ampliado, el espacio de las modificaciones de carácter individual, lo que puede permitir al empresario que en el ejercicio unilateral de su poder de variación imponga una reducción salarial, que no alcance los umbrales de trabajadores afectados, que exige seguir el procedimiento de consultas y negociación del art. 40.2 ET. Sobre esta cuestión es preciso realizar algunas observaciones

La posibilidad de rebajas salariales por la vía del art. 41 ET ciertamente ha sido admitida por el Tribunal Supremo, pero en relación con cuantías fijadas pro convenios colectivos y, por tanto, mediante la vía del acuerdo colectivo. Se trata de supuestos de hechos en los que las decisiones judiciales han avalado la posibilidad de la utilización del art. 41 ET para modificar los aspectos salariales previstos en el convenio colectivo, es decir, se ha avalado tal posibilidad a la hora de valorar los acuerdos de empresa que, en el seno del art. 41 ET, modificaban la norma convencional aplicable. El debate judicial y doctrinal se ha planteado pues en el ámbito de la modificación de condiciones pactadas en convenios estatutarios y que exigen por tanto el acuerdo colectivo. Un debate

¹⁹ El TS, en su sentencia de 11 de abril de 2005 (RJ 2005, 4060), ha entendido que no es posible imponerlo por la vía del art. 41 ET. Las razones para alcanzar esta conclusión son variadas y tributarias de las que sirvieron en su día para rechazar la unilateralidad en la constitución del TTP. Si, de un lado, se hace hincapié en que «este cambio excede del ámbito de las modificaciones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial»,

por lo demás ya superado por la nueva regulación del art. 82.3 ET que unifica el régimen del descuelgue salarial y de otras condiciones pactadas en convenio, por lo que la inclusión de la cuantía salarial en el listado del art. 82.3 ET tiene sentido.

Sin embargo, su inclusión también en el listado del nuevo art. 41.1 ET tiene la virtualidad de situar en el ámbito del poder unilateral del empresario, sin límites cuantitativos ni temporales y, como se verá, ni prácticamente causales una eventual reducción de la cuantía salarial, que no es una condición de trabajo sino en puridad la causa del contrato de trabajo.

4.2. Poder empresarial de modificación formalmente causal

Tras la reforma del art. 41.1 ET introducida por el RDL 3/2012 se ha modificado la definición legal de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, al igual que sucede con los traslados, al considerar tales “las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”.

De nuevo, se unifica así el tratamiento legal de las causas en los artículos 40 ET y 41ET, pues la reforma de 2010 quebró la identidad en la justificación finalista de las causas empresariales, entre ambos preceptos, pues sólo el art. 41 introdujo la referencia a la modificación para prevenir una evolución negativa de la empresa. Esta admisión de la medida modificativa “preventiva” representó además una importante ampliación de la justificación que podría ser alegada sobre una redacción ya considerada bastante flexible a estos efectos²⁰.

Con la reforma de 2010 sobre la regulación del fundamento causal del poder empresarial de modificar las condiciones de trabajo, en primer lugar, se produjo una ampliación de la justificación de las medidas propuestas, que no solamente se basa ya en mejorar la situación (actual) de la empresa sino en «prevenir una evolución negativa» de la misma o mejorar sus «perspectivas». En segundo lugar, aunque ciertamente existía diferencia en las causas de las distintas medidas empresariales previstas por el art. 41 LET y el art. 51 LET (y por tanto los arts. 52 c) ET y 47 ET), la equiparación es total en todos esos artículos respecto de la finalidad de la medida, finalidad en función de la cual se valora su razonabilidad y justificación.

Efectivamente, aunque tras la reforma de 2010 persistía una diferencia de redacción entre el art. 41.1 ET y el art. 51.1 ET (y por tanto para los supuestos de los arts. 52.c) ET y 47 ET), donde se habla también, en un planteamiento de

²⁰ Ampliamente sobre esta u otras novedades introducidas en la redacción del art. 41 ET por la Ley 35/2010, cfr., Molero Marañón, *Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica*, en AAVV, *La Reforma del Mercado de Trabajo de 2010*, Madrid, 2011.

futuro, de existencia de pérdidas actuales «o previstas», pero se añadía «que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo», la regulación de la justificación de la medida empresarial sí que se unificaba en gran medida en aquella reforma de 2010, por lo que se refiere a su finalidad, y se unificaba además sobre la redacción anterior de los arts. 40 ET y 41 ET, no sobre la redacción anterior de los arts. 51 ET y 52 ET.

En este ámbito es preciso recordar que tradicionalmente el tratamiento legislativo del elemento causal en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo ha guardado cierto paralelismo con otras medidas de gestión de la empleo como suspensiones y despidos. Las causas que han justificado las medidas previstas por los arts. 40, 41, 47, 51 y 52 c) LET habían remitido a un abanico de circunstancias sobrevenidas, que justificarían, en interés de la empresa, la activación gradualista de los mecanismos de gestión del empleo puestos a disposición del empresario para hacer frente a sus necesidades de reorganización de los efectivos de la empresa.

Ahora bien, el análisis de la jurisprudencia y de la doctrina judicial ha puesto de relieve que el canon de control de estas causas en las medidas del art. 41 ET era menos intenso que el exigido en los arts. 51.1 y 52.c) ET, llevando incluso a reconocer, se afirma, una conexión bastante inmediata entre la facultad empresarial de introducir modificaciones sustanciales y la libertad de empresa, sin contrapeso alguno²¹.

Pues bien, tras la reforma de 2012, la definición de las causas de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (y de los traslados) se formula en términos muy genéricos, desligada del concepto de circunstancia sobrevenida o cambio económico, técnico, organizativo o de producción, y desprovista de toda justificación finalista. De esta forma, la definición de las causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (y de los traslados) se distancia de la definición de estas mismas causas para fundamentar otras medidas de flexibilidad interna y externa.

El cambio de redacción en relación con la concurrencia de las probadas razones justificativas de la modificación contractual es cualitativamente importante por un doble orden de datos.

En primer lugar, porque se desconecta radicalmente la modificación de condiciones de trabajo de la existencia de circunstancias sobrevenidas de cambios (técnicos, organizativos o de producción o en la situación económica de la empresa) que si siguen exigiéndose en el ámbito de las decisiones de regulación de empleo y en los descuelgues del convenio colectivo. La Ley consi-

²¹ Cfr., a modo de ejemplo la STS de 17 de mayo de 2005. Cfr., Goerlich Peset, El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Aranzadi Social*, 13/2007.

dera probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. En la nueva fórmula legal no existe referencia alguna a cambios o causas sobrevenidas que estén en el origen de las medidas modificatorias propuestas, y, mucho menos, que éstas sean necesarias o meramente convenientes para dar respuesta a tales cambios. Que la medida este relacionada con la competitividad productividad u organización técnica del trabajo en la empresa no parece que pueda tener otra interpretación que la misma se proponga en interés de la empresa o por causas relativas a la esfera empresarial, lo que es el presupuesto objetivo de la norma.

En segundo lugar, con esta nueva definición de las causas de la modificación contractual desaparece la exigencia de justificación finalista de la medida, y consiguientemente desaparece la exigencia de la finalidad de la medida en función de la cual se valore judicialmente su procedencia o improcedencia.

Ello afecta al control judicial de la causa de la modificación (y del traslado) pues determina fundamentalmente que el eventual control judicial sobre la medida propuesta por el empresario queda realmente desprovisto de un parámetro legal de justificación. Como puede comprobarse a la luz del análisis de las resoluciones judiciales, el control judicial de la causa de la modificación contractual alcanza a comprobar la realidad de las circunstancias sobrevenidas y a la valoración de la adecuación o proporcionalidad de la reordenación de recursos y de la relación causa-efecto con respecto a la modificación de las condiciones de trabajo²².

Pues bien, tras la nueva redacción de los arts. 40 ET y 41ET la desaparición de la exigencia finalista de la medida propuesta por el empresario va a implicar la revisión de la doctrina judicial sobre la necesaria proporcionalidad entre la medida adoptada y el objetivo. El control judicial habrá de ser menos estricto aún, pues será más fácil fundamentar las razones que justifican el ejercicio por el empleador de un poder de modificación que jurídicamente sigue siendo extraordinario y causal.

Lo anterior prácticamente deja sin objeto el control judicial sobre la procedencia o no de la medida, en base a la concurrencia de la causa y su justifi-

²² Aunque, como ha sido señalado, la doctrina judicial ha interpretado con enorme amplitud la exigencia de las causas, reduciendo al mínimo su función limitadora de la introducción de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo y se permite, a efectos prácticos, que se produzca una “descausalización”, quedando fuera del art. 41 el supuesto en el que resulta ostensible la inocuidad de la medida. Ahora bien, el precepto subraya el carácter probado de las causas esgrimidas; lo que se traduce en que no sólo deben ser reales y actuales, sino que también el empresario ha de estar en condiciones de acreditar su existencia. Cfr., San Martín Mazzuconi, La modificación sustancial de condiciones de trabajo Aranzadi Doctrinal núm. 3/2009; Goerlich Peset, El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Aranzadi Social, 13/2007.

cación, por lo que previsiblemente el control judicial será más importante en los supuestos de eventual nulidad de la modificación, es decir, en aquellos supuestos en los que se alegue que la decisión ha sido adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Ahora bien, esta “descausalización” del poder de modificación del empresario no sólo tendrá efectos sobre el significado y alcance del control judicial de las causas, además la nueva redacción de las causas justificativas de la modificación contractual, también tendrá efectos sobre el contenido sustancial de las consultas y el desarrollo del procedimiento negociador, pues no en vano la causa de la modificación es el eje material del procedimiento del art. 41 ET. En este sentido puede señalarse, por ejemplo, que el empleador no puede limitarse a explicitar las medias sino que el deber de negociar de buena fe incluye información y justificación de las medidas propuestas, lo que se hará por la justificación de las causas y de la adecuación de las medidas propuestas. De otra parte, los representantes de los trabajadores podrán justificar la pasividad negociadora si entienden que no concurren las causas.

En definitiva y de conformidad con todo lo anterior puede afirmarse que el nuevo art 41 LET sitúa “materialmente” la decisión de modificación sustancial del contrato en el ámbito del poder directivo ordinario. Y este es un cambio normativo relevante pues la alternativa a las modificaciones acordada (en cuyo caso la causalidad de la medida no se exige) no es la modificación unilateral pero causal sino la decisión libre del empresario. De esta forma, resultaría afectada la propia argumentación en la que se fundamenta la derogación por el *ius variandi* empresarial de la fuerza vinculante de los acuerdos y pactos colectivos, e incluso de los efectos de los contratos, su carácter causal y extraordinario.

Por lo que respecta a las relaciones entre el poder empresarial y la negociación colectiva ya se había formulado algún tipo de objeción constitucional ante una regulación legal que permite proceder sin más a una modificación unilateral de un pacto o acuerdo colectivo, aunque goce de la fuerza vinculante garantizada constitucionalmente. Además se había destacado que la ley ordinaria permite tal derogación unilateral de la fuerza vinculante de un producto de la negociación colectiva con mucha amplitud dada la laxitud de las causas justificativas de la modificación entendiéndose que existen razones fundadas para defender la existencia de una inmediata contradicción en este punto entre la

ley ordinaria y la Constitución²³. Téngase en cuenta que la fuerza vinculante según el TC no sólo es predicable de los convenios colectivos estatutarios sino de otros productos derivados de la negociación colectiva como los acuerdos colectivos²⁴.

Pues bien, frente a esta opinión podría aducirse, de partida, que la garantía constitucional de fuerza vinculante al igual que el propio derecho a la negociación colectiva garantizado constitucionalmente y cualquier otro derecho no es ilimitado, caben limitaciones, si bien las mismas han de superar un juicio de proporcionalidad. Y más concretamente podría argumentarse en favor de admitir la constitucionalidad de tal desconocimiento o derogación de la fuerza vinculante de los convenios, la existencia de una serie de limitaciones a las facultades empresariales de adaptación de las condiciones de trabajo predispuestas legalmente, como son causalidad necesaria, procedimiento de negociación, con vistas a alcanzar un acuerdo, deber de negociar de buena fe, posibilidad de acudir a los procedimientos extrajudiciales de solución de las discrepancias.

De esta forma, el control de constitucionalidad de la limitación de la fuerza vinculante garantizada constitucionalmente que presupone una decisión empresarial que modifica lo pactado en un acuerdo colectivo ha de someterse a un juicio de proporcionalidad, donde se desarrolla una ponderación de los distintos derechos y valores (constitucionales o con relevancia constitucional) en liza. Y es en este juicio donde la evolución del marco normativo del *ius variandi* empresarial en una línea de progresiva liberalización y unilateralidad implica el debilitamiento de aquellos argumentos a favor de la constitucionalidad del mismo. En esa necesaria ponderación entre el derecho constitucional a la negociación colectiva y la garantía de fuerza vinculante de sus resultados y una decisión empresarial limitativa, el juicio de proporcionalidad y por tanto de constitucionalidad de la medida empresarial resulta cada vez más difícil de articular, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, por los términos tan amplios con que se configura tal poder unilateral de modificación contractual. El art. 41.2 ET establece ahora que

²³ Cfr., Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 163.

²⁴ Cfr., SSTC 105/1992 [RTC 1992, 105] , 208/1993 [RTC 1993, 208] , 107/2000 [RTC 2000, 107] , 225/2001 [RTC 2001, 225] y 238/2005 [RTC 2005, 238]. E estas sentencia el TC ha afirmado con carácter general que el empresario unilateralmente o en concierto con los trabajadores individualmente considerados podrá incidir, por supuesto, en la disciplina de las relaciones laborales, pero no podrá hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva del sindicato, lo que incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante.

Conviene, sin embargo, precisar el alcance de esta doctrina constitucional puesto que se refiere a supuestos muy limitados de modificaciones sustanciales, precisamente aquellas en las que viene afectado de manera directa el convenio colectivo pues el título de la intervención del TC resulta ser la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva.

las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por tanto, también se incluyen los acuerdos empresariales de inaplicación del convenio estatutario lo que implica que por esta vía del art. 41 pueda incluso derogarse un convenio colectivo estatutario. En este art. 41.2 ET debería haber introducido alguna limitación o salvedad en relación con los acuerdos colectivos del art. 82.3 ET.

En segundo lugar, porque como acabamos de destacar la descausalización de la decisión empresarial de modificación, también afecta al propio sentido y alcance de la fase de consultas. Y en tercer lugar, porque el ámbito o espacio de las modificaciones sin fase de consultas se extiende ahora, en muchas ocasiones, a modificaciones de condiciones pactadas colectivamente (si no se alcanzan los umbrales de efectivos predispuestos por el art. 41.2 ET), como se analizará en el epígrafe siguiente.

En definitiva, de conformidad con la doctrina constitucional, son cada vez mas fuertes los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de una regulación legal que admite decisiones empresariales que modifiquen lo pactado en un acuerdo colectivo y por tanto afecten a su fuerza vinculante, pues cada vez son más laxos, materialmente irrelevantes podría decirse, los límites legales de tal poder unilateral de modificación.

Además, la relevancia de esta liberalización del *ius variandi* empresarial realizada por la reforma del art. 41.1 ET no sólo puede apreciarse en el ámbito de las relaciones entre poder empresarial y negociación colectiva, sino también en el terreno estricto del régimen jurídico del contrato de trabajo. En este terreno hemos de partir de recordar que uno de los datos que singulariza la figura del artículo 41ET frente a la novación modificativa civil es el de la causalización de tal novación, y que constituye uno de los contrapesos a la posibilidad abierta por el citado precepto de modificar unilateralmente las condiciones pactadas. Este rasgo definitorio diferencia este poder de modificación unilateral otorgado al empresario del poder de dirección ordinario regulado por el art. 20 LET. Sin embargo, con la reforma de 2012 las fronteras entre el poder de dirección ordinario y el de modificación unilateral de las condiciones de trabajo se hacen más difusas.

4.3. La nueva distinción entre modificaciones individuales y colectivas

El art. 41.2 ET establece ahora que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. A continuación afirma que se considera de carácter colectivo la

modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, al 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o, finalmente, a treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Por último concluye que se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

Con la nueva regulación se ha cambiado el criterio legal de distinción entre las modificaciones de carácter colectivo y las modificaciones de carácter individual o plural sobre la base única de criterios numéricos relativos a los trabajadores afectados, como sucedía ya con los traslados. En la regulación anterior, era determinante, a estos efectos, el origen, la fuente donde se estableciera la condición a modificar y no el número de trabajadores afectados por la modificación, salvo en los casos de funciones y de horarios en cuyas modificaciones jugaban acumulativamente los criterios numéricos y de la fuente de la condición.

En el preámbulo del RDL 3/2012 se califica tal cambio de simplificación y el mismo parecería, en una primera aproximación, dotar de mayor claridad y facilidad aplicativa al precepto. Sin embargo, son precisas varias observaciones.

De partida, hemos de tener en cuenta dos datos. En primer lugar, que la calificación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual o de carácter colectivo determina la participación o de los representantes de los trabajadores en la adopción de estas medidas, pues sólo las colectivas conllevan la necesidad de apertura de una fase de consultas para alcanzar un acuerdo.

En segundo lugar, que la distinción entre modificación de condiciones de carácter individuales colectivas estaba fundamentada en el origen o la fuente de la condición que se pretende modificar (salvo para las funcionales y de horarios) pues no puede ser indiferente para el derecho que se trate de la modificación de una decisión unilateral, de un acuerdo individual, de un acuerdo colectivo, o de un convenio colectivo, dada su diversa naturaleza y eficacia jurídica²⁵. Por ello si la condición esta fijada en el convenio colectivo estatutario se aplica el procedimiento de participación más estricto que exige en todo

²⁵ La participación de los representantes legales de los trabajadores y la promoción del acuerdo en relación con las modificaciones colectivas se conecta también con la cuestión de modificar condiciones contractuales fruto de un acuerdo individual o colectivo, A diferencia de los despidos o traslados donde la intervención de los representantes se justifica en la mayor transcendencia o repercusión social de la medida

caso el acuerdo²⁶.

Todo esto se ignora por el RDL 3/2012 que, según su preámbulo, “simplifica la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas” cuando, en realidad, lo que hace es llamar modificación individual a modificaciones de condiciones fijadas en acuerdos colectivos que pueden afectar además a todos los trabajadores de la empresa, si esta tiene menos de 10 trabajadores. La reforma implica efectivamente la ampliación del espacio de las modificaciones individuales pues se permiten modificaciones sustanciales de condiciones salariales y de trabajo con efectos plurales o colectivos menores, cuando el número de afectados no llegue al nivel exigido para la apertura del período de consultas. En definitiva, resulta admisible que el empresario modifique las condiciones de trabajo pactadas colectivamente sin ni siquiera consultar a los representantes legales de los trabajadores firmantes del pacto.

Es posible, como ya se indicó, la reducción de salarios pactados que no alcance los umbrales que exige seguir el procedimiento de consulta por el ejercicio unilateral del poder de variación empresarial. De esta forma, se consolida pues la reducción salarial como simple factor de incremento de la competitividad empresarial sin que ello tenga como finalidad el mantenimiento del empleo, a diferencia de como se configurara el descuelgue salarial por la reforma de 2010²⁷.

4.4. Reducción de plazos en los procedimientos para acordar la modificación

En las modificaciones individuales se reduce a la mitad el plazo de preaviso al trabajador que pasa de 30 a 15 días.

En las modificaciones colectivas el empresario iniciará un período de consultas que tienen una duración máxima de 15 días (tras las cuales ya no existiría deber de negociar) y llegado el término, en el plazo de 7 días la medida será efectiva. La reducción ha sido significativa, pues se ha reducido de 30 a

²⁶ Ello justifica que si la fuente de la condición que se modifica es el convenio colectivo se aplique el procedimiento del art. 41 ET tanto si es una modificación sustancial como accesoria o accidental. En efecto, como ha sido destacado por la doctrina, el único caso en el que no cabe dudar de la necesidad de aplicar el art. 41 ET a una modificación de condiciones de trabajo es aquel en el que se trata de alterar horario, régimen de turnos, sistema de trabajo y rendimiento o sistema de remuneración, siempre que estén pactados en convenio colectivo estatutario. En estos supuestos no cabe entender que sólo los cambios sustanciales deban llevarse a cabo por la vía del art. 41 ET, sino todos ellos, con independencia de su magnitud (STS UD 7 febrero 2005 [RJ 2005, 4791]). Cfr. Ampliamente sobre el tema San Martín MazzuconI, La modificación sustancial de condiciones de trabajo Aranzadi Doctrinal num. 3/2009.

²⁷ Cfr. Sobre la regulación de la Ley 35/2010 relativa a las cláusulas de inaplicación salarial, cfr., Cruz Villalón, La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, en AA.VV. La Reforma del Mercado de Trabajo y la Ley 35/2010, La Ley, 2011, p. 146.

7 días el plazo efectividad modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectiva sin acuerdo con los representantes de los trabajadores.

4.5 Denuncia extintiva del contrato por perjuicio genérico y específico, los cambios en los artículos 41.3 ET y 50.1 a) ET

Por lo que se refiere a las garantías de los trabajadores frente a la modificación de su contrato, la norma laboral predispone de un instrumento jurídico común en supuestos de modificación contractual, como es el derecho a la rescisión indemnizada del contrato de trabajo. Así el art. 41.3 ET dispone que en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Además, son causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato ex art. 50.1 a) ET, las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador

Las novedades en esta regulación han sido la ampliación de las modificaciones que permiten la resolución indemnizada ex art. 41.3, la desaparición en este precepto de la referencia al art. 50 ET, la desaparición del perjuicio sobre la formación profesional del trabajador como perjuicio específico para la resolución indemnizada ex art. 50.1 a) y la configuración de una sola causa para esta acción resolutoria, que será, la modificación sustancial en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. Veamos ahora tales cambios.

En primer lugar, con el nuevo art. 41.3 ET se extiende esta denuncia extintiva a la modificación no sólo de condiciones de jornada, horarios y régimen de trabajo a turnos sino también al sistema de remuneración, la cuantía salarial y los cambios funcionales, lo que resulta lógico pues parece necesario extender esta facultad extintiva o resolutoria con derecho a indemnización a los supuestos de alteración de la cuantía salarial.

En segundo lugar, tras la reforma desaparece en el art. 41.3 ET la mención al art. 50 ET, aunque no parece que ello tenga ninguna relevancia sobre la existencia de ambas vías para la resolución indemnizada del contrato en el supuesto de modificación de las condiciones o del salario inicialmente pactado.

En tercer lugar, se suprime la referencia a la “formación profesional” en el nuevo art. 50.1 a) del ET, respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo como causa de resolución unilateral del contrato por voluntad del

trabajador, exigiendo ahora que las modificaciones sustanciales se lleven a cabo “sin respetar lo previsto en el Art. 41 de esta ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”, reduciéndose así el alcance de la causa resolutoria.

En principio, la supresión de que el perjuicio para la formación profesional del trabajador constituya *ope legis* un perjuicio específico que motiva la facultad resolutoria con derecho a indemnización contrasta con la regulación de promoción del derecho a la formación profesional que inspira la reforma. Concretamente, el nuevo art. 23.1 d) ET reconoce el derecho del trabajador a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo²⁸. Sin embargo, si la modificación redundan en perjuicio de su formación profesional la garantía de resolución contractual del trabajador se rebaja. Por tanto, el perjuicio sobre la formación profesional sólo podrá constituir un supuesto o caso del perjuicio genérico que fundamenta la facultad resolutoria del art. 41.3 ET.

Tras la reforma, la facultad de resolución del contrato por perjuicio específico regulada por el art. 50.1 a) ET sólo opera en un supuesto muy reducido, este es, las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. Algunas dudas suscita este precepto, al hacer coincidir la ilegalidad de la medida como causa de impugnación y de la acción resolutoria.²⁹

La aplicación de esta causa de resolución indemnizada requiere un control judicial previo sobre la procedencia o improcedencia de la medida, pero también sobre su nulidad, y que en caso de concurrir tendrá que ser declarada por el juez por ser una cuestión de orden público. Ciertos incumplimientos del art. 41 ET determinan en efecto la nulidad de la modificación, pues cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el art. 41.2, ET la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurren causas

²⁸ La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

²⁹ En relación con la anterior regulación se había aclarado que al igual que lo que sucede en el caso de la extinción contractual por perjuicio genérico, las medidas modificativas frente a las que el trabajador reacciona solicitando la extinción de su contrato por perjuicio específico sólo podrán ser aquellas que no hayan sido previamente impugnadas y que, por tanto, se presumen justificadas, y aquellas otras que como resultado de su impugnación obtuvieron un pronunciamiento judicial que así las declara. La reposición del trabajador en sus condiciones de trabajo originales, que se deriva de la apreciación judicial de nulidad o no justificación de la medida modificativa, determina la desaparición del perjuicio, eliminándose de tal modo la posibilidad de su alegación para fundamentar la extinción contractual en virtud del art. 50.1.a) ET. 34.Cfr., San Martín Mazzuconi, La modificación sustancial de condiciones de trabajo Aranzadi Doctrinal núm. 3/2009.

nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto (art. 41.3 ET). Además y en este mismo sentido hemos de tener presente que el menoscabo de la dignidad del trabajador suele apreciarse por los órganos judiciales en aquellos casos en los que el trabajador ha sido objeto de un trato discriminatorio o humillante. Y la sanción prevista será la nulidad cuando una modificación de condiciones de trabajo o un traslado del trabajador tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador,

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La valoración de los cambios normativos introducidos en movilidad funcional y geográfica y para favorecer la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin perjuicio de las consideraciones que merezca cada regulación, debe tener una visión de conjunto de todos los elementos de la flexibilidad, pues sus conexiones internas deben considerarse a la hora de realizar cualquier evaluación del alcance de la reforma sobre el marco normativo de la flexibilidad interna. En definitiva, el debilitamiento de los límites causales al poder del empresario también se vería favorecido, en su caso, por el debilitamiento de la autonomía colectiva como instrumento de ordenación de las relaciones laborales.

En relación con la movilidad funcional el cambio principal viene determinado porque en la clasificación profesional habrá de prescindirse definitivamente del concepto de la categoría profesional, pues se impone un sistema de clasificación por medio de grupos profesionales, estableciéndose el plazo de un año para que los convenios colectivos en vigor adapten su sistema de clasificación a los grupos profesionales. Aunque ciertamente, los convenios colectivos en la adopción de un sistema clasificatorio por grupos podrán determinar el mayor o menor número de los mismos y una mayor o menor determinación de las funciones correspondientes a cada uno de ellos, no puede dejar de señalarse que se produce un reforzamiento de la imperatividad de la norma, que no se dirige a garantizar los derechos del trabajador, sino a tutelar el interés de la empresa.

En relación con la movilidad geográfica, tras la reforma de 2012, las causas que justifican el traslado del trabajador son más genéricas, desapareciendo las exigencias finalistas de la medida, en fin, su adecuación y proporcionalidad. Esta liberalización de la decisión de traslado del trabajador tendrá consecuencias sobre el contenido y alcance del control judicial sobre la procedencia del

mismo, y en el caso de los traslados colectivos, sobre el contenido de las consultas y de la obligación de negociar de buena fe durante el período de consultas, con vistas a la consecución de un acuerdo. Sólo desde una perspectiva estrictamente formal se podrá tal vez seguir hablando del traslado como una decisión causal del empresario.

En relación con los traslados colectivos se produce la supresión de la competencia de la autoridad laboral para ordenar la ampliación del plazo de incorporación del trabajador trasladado, prevista en el anterior art. 40.2 del ET, una competencia que vendría a reforzar la posición contractual de los representantes y en todo caso a garantizar, en caso de falta de acuerdo, la integración de los trabajadores. Debe tenerse presente en las decisiones de traslado la importancia de los derechos de los trabajadores afectados y que las negociaciones con los representantes han de estar dirigidas, fundamentalmente, a acordar las condiciones de incorporación de los trabajadores, no sólo de naturaleza económica, sino también las medidas cualitativas dirigidas a asegurar la integración del trabajador.

Por lo que refiere a la reforma de la regulación sobre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en primer lugar, se ha ampliado incluyendo la cuantía salarial en el listado del nuevo art. 41.1 ET, lo que tiene la virtualidad de situar en el ámbito del poder unilateral del empresario, sin límites cuantitativos ni temporales, ni prácticamente causales, una eventual reducción de la cuantía salarial, que no es una condición de trabajo sino en puridad la causa del contrato de trabajo.

En segundo lugar, se ha producido un cambio de redacción en relación con la concurrencia de las probadas razones justificativas de la modificación contractual, que es cualitativamente importante por un doble orden de datos. Primero, porque se desconecta radicalmente la modificación de condiciones de trabajo (y el traslado) de la existencia de circunstancias sobrevenidas, de cambios técnicos, organizativos o de producción o en la situación económica de la empresa. La Ley considera probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Que la medida este relacionada con la competitividad productividad u organización técnica del trabajo en la empresa no parece que pueda tener otra interpretación que la misma se proponga por causas relativas a la esfera empresarial, o en interés de la empresa, lo que es el presupuesto objetivo de la norma. Segundo, en esta nueva definición de las causas de la modificación contractual desaparece la exigencia de justificación finalista de la medida, y consiguientemente desaparece la exigencia de la adecuación y proporcionalidad de la misma en función de la cual se valore judicialmente su procedencia o improcedencia. Ello afecta al control judicial de la causa de la modificación (y del traslado), que queda realmente desprovisto de un parámetro legal de justificación y también tendrá

efectos sobre el contenido sustancial de las consultas y el desarrollo del procedimiento negociador, pues no en vano la causa de la modificación es el eje material del procedimiento del art. 41 ET.

En tercer lugar, la nueva distinción entre modificación de condiciones de carácter individual y colectivas ignora que no puede ser indiferente para el derecho que se trate de la modificación de una decisión unilateral, de un acuerdo individual, de un acuerdo colectivo, o de un convenio colectivo, dada su diversa naturaleza y eficacia jurídica. (Por ello si la condición esta fijada en el convenio colectivo estatutario se aplica el procedimiento de participación más estricto que exige en todo caso el acuerdo).

El nuevo art. 41.2 llama modificación individual a modificaciones de condiciones fijadas en acuerdos colectivos que pueden afectar además a todos los trabajadores de la empresa, si esta tiene menos de 10 trabajadores. El nuevo art. 41 permite la reducción de salarios pactados que no alcance los umbrales que exige seguir el procedimiento de consulta por el ejercicio unilateral del poder de variación empresarial, sin límite alguno. De esta forma, se consolida pues la reducción salarial como simple factor de incremento de la competitividad empresarial, sin que ello tenga como finalidad el mantenimiento del empleo, a diferencia de como se configurara el descuelgue salarial por la reforma de 2010.

El nuevo art 41 LET sitúa “materialmente” la decisión de modificación sustancial del contrato en el ámbito del poder directivo ordinario. De esta forma, resultaría afectada la propia argumentación en la que se fundamenta la derogación por el *ius variandi* empresarial de la fuerza vinculante de los acuerdos y pactos colectivos, e incluso de los efectos del contrato de trabajo, su carácter causal y extraordinario.

En definitiva, atendiendo a la actual regulación, de conformidad con la doctrina constitucional, son cada vez mas fuertes los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de una regulación legal que admite decisiones empresariales que modifiquen lo pactado en un acuerdo colectivo, y por tanto afecten a su fuerza vinculante, pues cada vez son más laxos, materialmente irrelevantes podría decirse, los límites legales de tal poder unilateral de modificación.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS EMPRESARIALES

EVA GARRIDO PÉREZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Suspensión del contrato, reducción de jornada, reforma de 2012

La reforma laboral de 2012 en materia de suspensión del contrato y reducción de jornada contiene como novedad mas evidente la supresión de la autorización administrativa en la procedimentalización de los expedientes temporales de regulación de empleo, aparentemente justificada en la característica contemplación de tales expedientes como mecanismos alternativos a los despidos colectivos. Pero la reforma pretende no solo agilizar su procedimiento sino también afianzar las medidas de suspensión del contrato y de reducción de jornada, y para ello recubre la nueva ordenación de ciertos elementos que alteran la fisonomía jurídica de las instituciones que se contemplan en la misma, hasta el punto de pretender ubicarlas sustantiva y procesalmente en el entorno de las medidas de flexibilidad interna, e independizándolas pues de su tradicional referente que ha sido la regulación relativa a los despidos colectivos. El análisis que se presenta individualiza pues esos nuevos elementos de ordenación, sus efectos más directos en la naturaleza jurídica de la suspensión del contrato y la reducción de jornada, y las consecuencias prácticas e integradoras derivadas del nuevo régimen jurídico que proyecta la norma reformadora.

ABSTRACT

Keywords: Cease of contract, working hour's reduction, 2012 reform

If we look at the legal reform of 2012 and we consider the cease of contracts and working hour's reduction, we see a unique element: the removal of the "administrative authorization" (the authorization granted by the Spanish Ministry of Labor and Social Security in redundancy procedure) in the process of temporarily Collective Redundancy Procedure (ERE) instead of applying Collective Dismissals Procedure. It's true that the reform wants to make such process more agile: it seeks to grant flexibility to cease of contracts and reduction of working hours and it reorganizes –indirectly– certain elements that change the institutions' judicial structure that are studied in the law. And thus in this way, it will separate those actions considered as internal flexibility from those considered as collective dismissals. The current analysis is presented individually considering all those new elements like cease of contracts and reduction of working hours or some practical consequences granted by the new judicial regime under the current norm's reform.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA FINALIDAD PRETENDIDA CON LA INSTITUCIÓN SUSPENSIVA POR MOTIVOS EMPRESARIALES
3. LAS CAUSAS MOTIVADORAS DEL EXPEDIENTE SUSPENSIVO
4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DEL ART. 47
 - 4.1. Iniciativa
 - 4.2. Periodo de consultas
 - 4.3. Mecanismos públicos intervinientes
 - 4.4. Impugnación judicial
5. MEDIDAS DE APOYO A LA SUSPENSIÓN DE CONTRATO Y LA REDUCCIÓN DE JORNADA

1. INTRODUCCIÓN

El art. 47 del ET ha sufrido, con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, su segunda modificación significativa (la primera fue por obra del RDL 10/2010 y con algún añadido por Ley 35/2010) desde su redactado original con el primer ET de 1980. Y no es causalidad que las dos modificaciones se hayan producido en un intervalo de casi dos años, ambas en plena efervescencia de una situación económica de extrema gravedad, pero mediando un cambio político e ideológico de profundo impacto ya en la ordenación de las relaciones laborales.

El cambio operado en el art. 47 por la reforma de 2010 no varió en lo sustancial la morfología de la suspensión de contratos por causas empresariales, ligada indiscutiblemente a la de los despidos colectivos, y sí que significó la novedosa entrada en el ámbito ordenador de tal precepto de las reducciones de jornada por las mismas causas. Por el contrario, la reforma provocada por el RDL 3/2012 en este precepto sí que ha afectado a esa morfología, atacando la misma línea de flotación de la suspensión por causas empresariales ordenada en el apartado 1 del art. 47, para dejar incólumes la reducción de jornada (apartado 2) y la suspensión por fuerza mayor (apartado 3).

Por ello, aun cuando el contenido que ahora presenta el art. 47 no ha sido uno de los temas estrella de la reforma operada por el RDL 3/2012, ni en su exposición pública ni en las críticas recibidas, tampoco ha pasado desapercibida su nueva redacción en tanto que conectada con la reforma efectuada en sede de despidos colectivos, para identificar como novedad más destacable la supresión de la autorización administrativa. Su alcance, conjuntamente con otros apuntes expresos o implícitos extraídos del redactado que se da al art. 47, no se resiste a la crítica. De hecho, los nuevos términos con los que se abre el precepto (“El empresario podrá suspender...”), aunque signifiquen una mera variación formal de los anteriores, son en realidad un reflejo mas que evidente del *leitmotiv* de la reforma efectuada en este artículo que se une a la de otros para facilitar la puesta en práctica de las decisiones del empresario, reduciendo

al mínimo la intervención administrativa y las de los propios representantes de los trabajadores, y con ello obviamente ampliando el ejercicio de los poderes empresariales en la empresa.

Indudablemente, la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 trata de recubrir la intencionalidad reformativa bajo términos mas suaves o menos impactantes que los que se acaba de expresar, al decir que la reforma “pretende afianzar este mecanismo alternativo a los despidos, dándole agilidad mediante la supresión del requisito de la autorización administrativa y estableciendo una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos”. O lo que es lo mismo, se trata de facilitar el recurso a la institución suspensiva (o de reducción de jornada) por causas empresariales, supuestamente en aras a consolidarla como mecanismo alternativo a los despidos colectivos, pero que indudablemente no garantiza su preferencia frente a tales despidos, en la medida en que tanto el art. 47 como el art.51 van a gozar de la misma “agilidad” procedimental.

Así pues, como pretendido mecanismo alternativo, la institución ordenada en el art. 47 reproduce la misma imagen que ahora ofrece aquella otra de los despidos colectivos, y cumple consiguientemente la misma finalidad pretendida con la reforma: agilizar el proceso desde el momento que se adopta la decisión de reducción de jornada o de suspensión para llegar a aquel otro de efectividad de la misma. Pero al igual que sucede para los despidos colectivos, las instituciones previstas en el art. 47 pierden también el referente normativo necesario en su procedimentalización que ha sido hasta ahora el RD 801/2011, de 10 de junio, estableciendo el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo. La alteración que sufre el art. 47, pero especialmente el art.51, fuerza al RDL a recoger la necesidad de un nuevo “reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en este RDL, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para su efectividad...” (Disposición Final 15ª, apartado 2º). Cuestiones éstas que no necesariamente deben reflejar un cambio en su ordenación actual por el hecho clave de la eliminación de la autorización administrativa, siendo además unas cuestiones que quedarían en la más absoluta indefinición para los supuestos de expedientes de suspensión de contrato y de reducción de jornada de no contar con algún referente integrador. El incumplimiento del plazo habilitado por el propio RDL 3/2012 para la promulgación de ese nuevo reglamento, se ha querido mitigar con la Orden EDD/487/2012, de 8 de marzo, declarando la vigencia transitoria de determinados artículos del reglamento aun vigente (RD 801/2011), precisamente para ordenar la procedimentalización de los expedientes de regulación de empleo que se iniciaran a partir de la entrada en vigor del propio RDL

3/2012. Considerando pues que determinados aspectos del procedimiento que se regulan en el actual reglamento no quedan afectados en lo sustancial por esa eliminación de la autorización administrativa, la Orden dispone la aplicación transitoria (hasta la aprobación del nuevo reglamento) de ciertas disposiciones del RD 801/2001 que refieren básicamente a la documentación, legitimación y desarrollo del periodo de consultas en despidos colectivos, así como también sus arts.21 y 22 que ordenan el régimen jurídico y el procedimiento para la suspensión y reducción de jornada del art. 47, excepto los incisos que se oponen frontalmente al nuevo redactado del art. 47.1 (la autorización administrativa, la remisión al art.51, y la referencia a la duración del periodo de consultas de 8 días para empresas de menos de cincuenta trabajadores).

Así pues, esta disposición de vigencia transitoria de los procedimientos de regulación de empleo nada aporta de forma directa a la ordenación del régimen y procedimiento de las suspensiones de contrato y reducción de jornada, mas allá de lo que ya indica la propia expresividad del nuevo art. 47, aunque sí puede servir para aportar mayor seguridad jurídica a la ordenación y procedimentalización de los despidos colectivos que ahora se inicien, y de este modo posibilita recurrir al art.51, y esas disposiciones de desarrollo declaradas aun vigentes, para extraer aquellos datos que pudieran ser exportables al procedimiento mas “agilizado” dispuesto para decisiones empresariales de suspensión de contrato y reducción de jornada.

Pero junto a esa aproximación analítica al art. 47, sustentada en el tradicional paralelismo estructural / procedimental con los despidos por causas empresariales, no puede dejar de plantearse, siquiera de forma inicial y genérica, otro posible punto de observación del precepto, cual es su posible cercanía funcional con otras medidas de flexibilidad interna.

De hecho, la reforma del art. 47 se inserta junto a la de otros preceptos y la formulación de medidas que van dirigidas todas ellas a favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción del empleo, que es precisamente el nombre dado al Capítulo III del RDL 3/2012 para recoger la reforma en los artículos del ET ordenadores de la clasificación profesional, la movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y junto a ellas, al margen de la reforma en el art. 47, también se incluyen las variaciones en determinados artículos en sede de negociación colectiva para ordenar los descuelgues del contenido de un convenio colectivo.

Esta ubicación del art. 47 en ese peculiar entorno reformador y sistemático del RDL 3/2012, permite siquiera preguntarse acerca de su mayor cercanía jurídica con los despidos colectivos o con las medidas de flexibilidad interna, y es ésta una cuestión que tiene su efecto práctico en sede de determinación de las causas que justifican una suspensión o una reducción de jornada. La rup-

tura de la dependencia procedimental con los despidos colectivos que parece derivarse, siquiera formalmente, del nuevo redactado del art. 47, permite cuestionar si arrastra también la independencia causal con el art.51 para observar, en su lugar, la determinación de las causas que es propia de las medidas de flexibilidad interna.

En consecuencia, resulta obligado en el análisis que sigue partir de la precisa naturaleza jurídica de la institución de la suspensión de contrato y la reducción de jornada por motivos empresariales, desde el momento en que su ubicación sistemática en el RDL aparentemente las hace aparecer como medidas de flexibilidad interna, y no solo como medidas alternativas a los despidos, lo que a su vez permitirá concretar su referente causal. Sobre esta premisa, el análisis ya podrá detenerse en ese elemento del procedimiento que aparece como la especial novedad de la reforma operada en el art. 47. Precisamente por ello, porque es la institución suspensiva ordenada en el apartado 1º de este precepto, la única que ha sufrido el ataque reformador, se limitará el análisis que sigue a la misma, eludiendo deliberadamente entrar en el concreto estudio de las reducciones de jornada por causas empresariales o la suspensión por fuerza mayor que han quedado inalteradas en la ya conocida ordenación.

2. LA FINALIDAD PRETENDIDA CON LA INSTITUCIÓN SUSPENSIVA POR MOTIVOS EMPRESARIALES

Como se indicaba con anterioridad, la suspensión del contrato por causas empresariales ya se configuró en sus inicios como una modalidad suspensiva cercana funcional y estructuralmente a los despidos por los mismos motivos, actuando como mecanismo alternativo a aquellos. Tal concepción era firmemente protegida y confirmada por la norma estatutaria en su primera e inicial versión, vinculando causal y procedimentalmente los arts. 47 y 51. Por un lado, las mismas circunstancias de origen empresarial (económicas, técnicas, organizativas o productivas), podrían justificar la adopción de una medida temporal o una definitiva, en consonancia con la naturaleza coyuntural o estructural de tales circunstancias. Así se desprendía de la exigibilidad normativa de que la medida temporal de suspensión habría de resultar necesaria para la superación de una situación coyuntural de la actividad de la empresa. Por el contrario, ante situaciones coyunturales o de mayor incidencia temporal, parecía justificado el recurso a medidas extintivas. Esta correspondencia causal entre los art. 47 y 51 se mantiene tras la reforma de 2010 al dejar inalterados los términos de cobertura.

Por otro lado, la vinculación procedimental se confirmaba por la expresa remisión del art. 47 al procedimiento previsto en el art.51 y en normas de desa-

rrollo, con las únicas peculiaridades de la no exigibilidad de la indemnización, la reducción del período de consultas a la mitad de su duración y la reducción también de la documentación justificativa a la estrictamente necesaria. La reforma del RDL 10/2010 y la Ley 35/2010, solo aporta a estas peculiaridades procedimentales la recogida formal y expresa de un dato ya deducido implícitamente de la conexión estructural entre los arts. 47 y 51: la aplicación del procedimiento previsto para los despidos colectivos aun cuando la suspensión por motivos empresariales carecía de una dual naturaleza individual o colectiva.

A salvo pues estas peculiaridades, la naturaleza de la suspensión por causas empresariales resultaba claramente dependiente de los despidos colectivos, tanto por la definición de causas justificativas como por el procedimiento, y en definitiva por su finalidad que era la de ser una medida alternativa a los despidos colectivos, esto es, una opción empresarial mas favorable a los intereses de los trabajadores que aquella, aun sustentándose en las mismas causas.

Concretamente, la dependencia procedimental podría entenderse, bajo la redacción anterior, en la idoneidad de mantener para la suspensión igual garantía que la prevista para los despidos colectivos, esto es, la intervención administrativa decisoria en supuestos de no acuerdo tras el correspondiente trámite de consultas. Un proceder que diferenciaba pues la institución suspensiva por causas empresariales de aquella otra que opera por mayores márgenes de flexibilidad desde el punto de vista del agente decisor: la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Mas aún, el reformador de 2010 provocó una mayor fisura procedimental entre esta institución prevista en el art.41 y la suspensiva/extintiva por causas empresariales, al reordenar la modificación sustancial de condiciones de trabajo bajo mayores márgenes de flexibilidad, comenzando por una definición y concreción de las causas empresariales justificativas más abiertas y genéricas que las que se mantenían para los despidos y, por extensión, para las medidas de suspensión contractual, aun siendo las mismas causas en apariencia. El paso de la Ley 35/2010 ofreció pues un panorama en el que indiscutiblemente se flexibilizaba el proceder de medidas de flexibilidad interna, mientras que aun se mantenían ciertas formas procedimentales de control y limitación de medidas de distinta naturaleza como era la suspensión y extinción por causas empresariales.

Y ahora es el paso devastador del RDL 3/2012 el que deja tras de sí otro paisaje normativo donde unas y otras instituciones reciben nueva fisonomía, no necesariamente clarificadora en todos sus detalles.

En ese nuevo paisaje, el art. 47 aparece algo más separado, desde el punto de vista estructural, del art.51, y un poco más cerca del campo propio de las medidas de flexibilidad interna al que pertenecen la institución prevista en el art.41 o incluso la del art.40.

Por un lado, ese cierto alejamiento estructural del art. 47 respecto del art. 51 deriva, paradójicamente, del tradicional paralelismo existente entre ambos preceptos. Al reproducir para la institución suspensiva igual supresión efectuada en sede de despidos colectivos (la autorización de la autoridad laboral), se provoca esa independencia estructural de la suspensión del contrato, lo que se confirma además por el redactado de la norma en dos detalles concretos. El primero, al suprimir la anterior remisión al procedimiento previsto en el art. 51. El segundo, en lógica correspondencia con esa supresión, al ordenar ya de forma concreta un expediente para la suspensión que, aun coincidiendo con algunos elementos ordenados en el art. 51, como se verá a continuación, termina por configurar un procedimiento ad hoc o específico para la suspensión del contrato, lo que en definitiva permite afirmar su conceptualización como una institución procedimentalmente autónoma, al menos en un planteamiento formal.

Por otro lado, la suspensión del contrato por causas empresariales permite al empresario prescindir del cumplimiento de ciertas prestaciones laborales de forma temporal, por motivos de conveniencia o de oportunidad, lo que sin duda en una decisión que responde a la finalidad de reordenación de las prestaciones laborales que es propia de la denominada flexibilidad interna. Una finalidad que sin duda se hace más evidente en una medida de reducción de jornada sustentada en unas causas empresariales por cuanto va a expresar un claro ajuste de las prestaciones laborales afectadas y en consecuencia una evidente reordenación de las mismas.

De hecho, la norma reformadora no parece ajena a esta cuestión, hasta el punto de que la modificación operada en el art. 47.1, así como la disposición referida a medidas de apoyo a la suspensión del contratos y a la reducción de jornada (art. 15 el RDL 3/2012), se insertan en el capítulo dedicado a medidas de flexibilidad interna.

Pero aun cuando la medida suspensiva podría contener elementos comunes con aquellas otras que igualmente buscan una reordenación y ajuste de las prestaciones laborales en la organización empresarial y dentro de márgenes de clara flexibilidad operativa, morfológicamente mantiene claras conexiones con las medidas extintivas. La suspensión contractual, como tal, reúne la misma seña de identidad clave que la extinción, el cese de las prestaciones contractuales básicas, apareciendo el elemento de la temporalidad como la razón de ser de su especificidad frente a aquélla.

Así pues, la suspensión de la relación laboral por causas empresariales (y en la misma medida la reducción de jornada por idénticos motivos) recibe ahora ya, de forma clara y evidente, tras la reforma del RDL 3/2012, nuevos elementos que le dotan de una naturaleza específica como medida de flexibilidad interna que actúa como alternativa a otras medidas más drásticas y definitivas como es el despido.

Esta nueva morfología de la institución prevista en el art. 47, que la ubica en un esquema de afectación incisiva en la relación laboral entre las modificaciones de condiciones laborales y la extinción de contrato, esta ubicación en tierra fronteriza, provoca entre otros efectos la incertidumbre en la integración de algún elemento de ordenación no clarificado por la norma, y mas concretamente si tal integración habría de efectuarse conforme a las reglas operativas de una u otra zona colindante. Es precisamente lo que acontece en sede de determinación de las causas justificativas para la practicabilidad de la suspensión de contrato y la reducción de jornada ordenadas en el art. 47.1.

3. LAS CAUSAS MOTIVADORAS DEL EXPEDIENTE SUSPENSIVO

La indicación de las causas justificativas para la operatividad del art. 47 no ha variado tras el pase del RDL 3/2012 y sigue manteniéndose idéntico redactado que alude a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Bajo la distinta configuración causal que dejó la Ley 35/2010 entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los despidos colectivos, no se planteó que la concreción de las causas justificativas de la suspensión prevista en el art. 47 dejara de depender de la que regía para el art.51. O en otros términos, la reforma del 2010 no había proporcionado dato alguno que permitiera siquiera cuestionar que la motivación causal de las suspensiones hubiera también que flexibilizarse en la línea que imperaba en el art.41.

De hecho, la referencia que contenía el anterior redactado del art. 47.1, conforme al cual la temporalidad de la medida suspensiva se correspondía o sustentaba en la coyunturalidad de la situación empresarial alegada, permitía apoyar la consideración de que las causas para operar las suspensiones y las extinciones por motivos de orden empresarial eran idénticas, con la misma determinación, concreción e interpretación, con la única salvedad de la naturaleza estructural o coyuntural de la causa justificativa. No obstante, resultaba ineludible destacar la dificultad de discernir la naturaleza estrictamente coyuntural de una circunstancia empresarial que se alega para justificar la operatividad del art. 47, y de hecho también los tribunales advertían esta dificultad, procediendo a señalar en mas de una ocasión que no necesariamente la medida suspensiva había de exigir una causa coyuntural o de devenir igualmente temporal. En consecuencia, siendo la misma causa, con igual determinación y concreción, lo que podría cuestionarse es su derivación justificativa hacia la suspensión o hacia la extinción.

La situación es distinta con la reforma operada por el RDL 3/2012 dado que esta vez sí que aporta implícitamente un dato novedoso que rompe este paralelismo causal entre el art. 47 y el art.51, y en consecuencia permite siquiera

plantear si éste último precepto sigue siendo o no el obligado referente para concretar las causas motivadoras de un expediente suspensivo.

En definitiva, si bajo la anterior redacción, la dependencia procedimental de los despidos colectivos sustentaba la afirmación generalizada de la extrapolación a la suspensión del art. 47 de las causas que rigen para el art.51, tanto en su alcance como en su interpretación jurisprudencial, la supuesta ruptura de esa dependencia que parece deducirse del actual redactado de la institución suspensiva, permitiría cuanto menos plantear la naturaleza e identificación de aquellas causas que la justificarían, toda vez que el legislador de nuevo omite cualquier referencia a ello en el redactado del art. 47.

Más aun, la ubicación de la reforma de este precepto dentro del capítulo dedicado por el RDL 3/2012 a las medidas de flexibilidad interna, conjuntamente con los cambios operados en el art.40 y especialmente en el art.41, podría sugerir la idea de situar la suspensión en el mismo diseño causal presente en ambos preceptos. En tal sentido, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo se sustentan sobre unas causas justificativas que, de nuevo, coinciden en términos, aunque con variación de los expresados bajo la antecedente redacción.

En concreto, la identificación de sus causas justificativas se expresan en unos términos que, no solo son más reducidos y simplificados, sino además, o precisamente por ello, lo suficientemente imprecisos como para aportar mayores dosis de flexibilidad a la operatividad de ambas instituciones, cual es el objetivo principal pretendido en la reforma de tales preceptos. Ya no se requiere ni la alegación ni la justificación de que las medidas propuestas contribuyeran a mejorar la situación de la empresa por una adecuada organización de los recursos que favoreciera la posición competitiva de la empresa o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Ahora, en la expresividad normativa, las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas que sustentarían la operatividad de una movilidad geográfica o una modificación sustancial de condiciones de trabajo, son sencillamente aquellas “relacionadas con la competitividad, productividad, u organización técnica o del trabajo en la empresa”. El legislador renuncia deliberada y notoriamente a cualquier detalle identificativo o explicativo de las causas que pudiera conducir, en la práctica, a limitar las opciones modificativas del empresario. Se sacrifica así el necesario margen de seguridad jurídica en la delimitación del alcance material de las causas, en aras a propiciar aquel otro margen de mayor flexibilidad en la operatividad de las instituciones modificativas de condiciones laborales.

Pero con esta opción lo que ha hecho en realidad el texto de la reforma es descausalizar medidas como la movilidad geográfica o la modificación de condiciones de trabajo. Se utilizan unos términos que delimitan las causas pero no las concretan, quedando en un mero apunte formal vacío de contenido: señalar

que todo lo relacionado con la competitividad, la productividad o la organización técnica del trabajo en la empresa, no dice nada o lo dice todo.

Siendo ésta una de las lecturas proyectadas de la reforma en los arts. 40 y 41, es posible también reproducir igual finalidad para el art. 47: favorecer, agilizar y, en suma, flexibilizar la operatividad de una ordenación de prestaciones laborales de tal naturaleza.

No obstante, entre unas y otras referencias causales, entre las más amplias y genéricas que permiten la flexible practicabilidad de la institución modificativa del art.41, y aquellas otras algo mas detalladas encaminadas a requerir la demostración de una circunstancia de notoria entidad o gravedad como para justificar las extinciones contractuales del art.51, el expediente de suspensión de contratos por causas empresariales ha de sustentarse en una definición de las mismas que se corresponda con la entidad y alcance de sus efectos.

Esto es, la flexibilidad predicada de instituciones como las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo solo provoca efectos en el interior de la organización empresarial, afectando al modo en que se prestan las obligaciones contractuales y se cumplen las condiciones de trabajo inicialmente pactadas, pero sin proyección o incidencia exterior.

Por el contrario, la suspensión del contrato por causas empresariales tiene un claro efecto más allá de la empresa como ordenadora de relaciones laborales, una respuesta pública de cobertura durante la temporal paralización de las prestaciones recíprocas (o por la parte de la jornada reducida, en su caso). Lo que exige no solo el control formal efectuado por las entidades competentes que intervienen en el discurrir del expediente, sino también y especialmente el control sustancial que recae sobre la entidad, la trascendencia y gravedad de la causa alegada como justificativa. Por tal motivo, por la trascendencia de la medida, hasta el punto de que en ocasiones se convierte en una mera antesala que precede a una posterior extinción, y por la afectación de la misma, requiriendo una respuesta pública de carácter protector y compensatoria, se exige un especial rigor en la probanza de la causa justificativa y mas exactamente en la relación de adecuación entre la causa alegada y la medida adoptada, desde el punto de vista de la entidad, que no estrictamente desde su temporalidad. En definitiva, y a salvo lo que se dispusiera en ese futuro nuevo reglamento de ordenación de los expedientes de regulación de empleo, las menciones causales contenidas en el art. 47.1 deben ser integradas bajo los mismos términos con los que se delinean las causas justificativas en el art.51.

4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DEL ART. 47

Como se indicaba, el nuevo redactado del art. 47.1 parece cortar amarras procedimentales con el art.51 al eliminar la anterior remisión expresa a éste y al detallar, como aparente medida sustitutoria, el procedimiento a seguir para operar una suspensión de contrato por motivos empresariales (aplicable igualmente para reducción de jornada por las mismas causas). Pero en esta operación que parece querer así afianzar y dotar de cierta autonomía al instituto suspensivo, la norma ha dejado algunas cuestiones, ciertas lagunas en el iter procedimental necesitadas de integración y para lo que de nuevo será forzado volver la mirada a los “vecinos” sistemáticos y funcionales de la suspensión: los arts. 41 y 51.

Posiblemente la intencionalidad del reformador del art. 47.1 haya sido la de expresar tan solo los elementos esenciales del procedimiento a seguir, pero ello debería haberse acompañado de una indicación a modo de cierre que apuntara el referente normativo que sirviera para la integración de los aspectos no contemplados. A la fecha se desconoce el contenido de ese futuro reglamento sobre expedientes de regulación empleo y las posibles referencias al expediente suspensivo (o de reducción de jornada) y a la especificación de su discurrir procedimental que pudiera incluir. Es por ello que en estos momentos los únicos puntos de referencia a tales efectos lo constituyen esos artículos 41 y 51.

En todo caso, es precisamente la definición normativa de los elementos esenciales del procedimiento a seguir para la operatividad de los expedientes suspensivos (o de reducción de jornada) la que terminará por confirmar la realidad del apunte justificativo de la reforma tal y como consta en la exposición de motivos del RDL 3/2012, que como se recordará aludía a la agilidad del procedimiento, por cuanto ésta solo y exclusivamente se opera por la supresión del mecanismo autorizatorio y en última instancia por la clara conducción del procedimiento que la norma permite exhibir al empresario. Aun con todo, es una nueva ordenación procedimental que, tal como se indica en la Disposición Transitoria 10ª del RDL 3/2012, no se aplicará a aquellos expedientes de suspensión o de reducción de jornada que estuvieran ya tramitándose a la entrada en vigor de la norma reformadora.

4.1. Iniciativa

La variación de los términos con los que se abre el art. 47 es claramente indicativa del reforzamiento del papel del empresario que se deriva del conjunto de la reforma operada en este precepto. Hasta ahora, “el contrato podrá ser suspendido a iniciativa del empresario ...”, y la reforma no altera esta capacidad, pero la refuerza claramente con esa sutil técnica gramatical,

pasando el sujeto al primer término de la afirmación (“El empresario podrá suspender...”). El precepto parece no conceder opción alguna a una iniciativa en la apertura del expediente suspensivo por causas empresariales que no provenga directamente del mismo empleador, y de nuevo excluyendo que pudieran iniciarlo los representantes de los trabajadores. Ya bajo el redactado anterior que presentaban tanto el art. 47 como el art.51 se discutía la posible proyección hacia los expedientes suspensivos de la previsión contenida en el art.51.9 que permitía a los representantes de los trabajadores incoar el expediente ante la inactividad del empresario cuando ésta pudiera ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación. Si ésta era la finalidad en sede de despidos colectivos, la de contrarrestar una inactividad empresarial ante situaciones de dificultad en la empresa, con mayor motivo resultaba exigible en los procedimientos suspensivos en evitación de que una situación coyuntural pudiera devenir en estructural de no adoptarse ciertas medidas a iniciativa del empleador. Sin embargo, con la desaparición en el art.51, por obra de la reforma, de la legitimación de los representantes para iniciar el expediente en esas concretas circunstancias, y a salvo de que ese futuro reglamento de ordenación de los expedientes extintivos contemplara tal previsión, parece reafirmarse cierta intencionalidad de la norma reformadora de dejar la operatividad de la institución suspensiva en las exclusivas manos de la empresa.

Depende pues de la iniciativa del empresario el iniciar el procedimiento mediante la comunicación a la autoridad laboral de forma simultánea a la apertura del periodo de consultas, pero la norma omite toda referencia a si al escrito de comunicación se debe adjuntar o no determinada documentación. Y tal omisión podría entenderse como un simple efecto de una supuesta economía redactora del art. 47 y que no responde a una intencionalidad deliberada de simplificar el procedimiento hasta el punto de no requerir ninguna documentación justificativa. Mas aun, la supresión de la autorización administrativa también en los expedientes del art. 47 no hace irrelevante para la autoridad laboral determinada documentación generada por y para operar la suspensión de contratos (o reducción de jornada) por motivos empresariales. Por el contrario, la autoridad laboral requiere estar en posesión de ciertas informaciones y datos relacionados con el expediente suspensivo o de reducción que le sirvan de base no solo para enjuiciar la corrección del posible acuerdo al que pudieran llegar las partes, a efectos de una posible impugnación judicial, sino también para plantear en su caso una impugnación contra dicho acuerdo a instancia de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

Estas facultades de la autoridad laboral, que en el art.51 justifican que en este precepto se exija que en el escrito de comunicación se consignen determinados extremos, fuerzan también a proyectar la misma exigencia para el procedimiento previsto en el art. 47, y en consecuencia requerir que en el escrito

de iniciativa el empresario acompañe, tomando como referencia lo señalado en el art.51.2, la información sobre las causas alegadas, número y clasificación profesional de empleados y afectados por la medida, criterios utilizados para la designación de estos últimos, y periodo previsto de duración de la medida suspensiva o de reducción de jornada.

Más aun, es una información que, como después se verá, se hace ineludible para que, una vez remitida por la autoridad laboral, la Inspección de Trabajo pueda emitir el informe que se le solicita y para que la entidad gestora de las prestaciones por desempleo en su caso pueda solicitar la impugnación del acuerdo de suspensión (o de reducción) por presunto fraude en la obtención de las prestaciones por desempleo.

Y por último también es una información que debe ser transmitida a los representantes de los trabajadores al momento de proceder a la apertura del periodo de consultas. El hecho de que el redactado del art. 47.1 no lo recoja así expresamente, a diferencia de la previsión contenida en el art.51, no significa eludir esa obligación que deriva por lo demás de la propia funcionalidad del periodo de consultas: la efectividad de esta fase consultiva depende ineludiblemente de que los representantes estén en posesión de la necesaria información o documentación.

4.2. Periodo de consultas

El art. 47 incardina la apertura del periodo de consultas en el mismo momento del inicio del expediente, al momento de su comunicación a la autoridad laboral. Pero al margen de reiterar la duración de tal periodo (15 días como máximo) pocos son los detalles que se apuntan en el precepto en torno a la operatividad de tales consultas.

Por un lado, no se indican quiénes habrían de ser los representantes legitimados para intervenir en defensa del interés de los trabajadores, limitándose el precepto a remitirse al art.41 para los supuestos de ausencia de “representación legal”.

Extraña que el precepto no haya hecho mención de los sujetos que intervendrán como interlocutores con la empresa en un expediente suspensivo (o de reducción de jornada), cuando sin embargo no es un apunte que haya faltado ni en el artículo 51, ni en esas otras medidas de flexibilidad interna donde se desarrollan periodos de consultas (artículos 40 y 41), mas aun cuando es un apunte que se reitera en idénticos términos en todos estos preceptos. De ahí que se sugiera un mero afán de economía o de simplificación redactora como única explicación para la falta de mención en el art. 47 de quienes sean los representantes del personal que han de intervenir en el periodo de consultas. En definitiva, si la norma identifica a determinados sujetos para participar en

los procesos consultivos de los artículos 40, 41 y 51, no hay razón alguna para no considerar que también en los expedientes del art. 47 corresponda la intervención a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Junto a los sujetos, también falta en el redactado del nuevo art. 47.1 la mención al objeto o la finalidad del periodo de consultas, cuando sin embargo es una referencia que de nuevo se contiene en el art.51.2, así como en los art. 40.2 y 41.4, si bien esta vez con algún elemento diferencial en el redactado que presenta uno y otros.

En las medidas de flexibilidad interna de los artículos 40 y 41 se indica que las consultas versarán “sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre la medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”. Finalidad que se reitera para las consultas previstas en el art.51.2, a la que tan solo se le añade un inciso final para especificar que las posibilidades de atenuar las consecuencias de la decisión empresarial se derivan del “recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.

La cuestión de si el objeto de las consultas en el art. 47 se define por lo señalado para las típicas medidas de flexibilidad interna o por el apunte mas ampliado del art.51, se resuelve una vez mas acudiendo a éste último en su papel de referente integrador e interpretativo del art. 47, pero además por la lógica subyacente a una medida de suspensión de los contratos, por cuanto los trabajadores afectados se sitúan temporalmente en el mercado de trabajo como desempleados (y parcialmente los afectados por una medida de reducción de jornada), y por ello deben mantenerse abiertas las opciones de reinserción y de mejora en los niveles formativos, de lo que es plenamente consciente por lo demás el legislador al recoger en el apartado final del art. 47 la posibilidad de acciones formativas vinculadas a la formación profesional de los trabajadores afectados con la finalidad de aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad, lo que sin duda podría haberse planteado y en su caso acordado en el seno de las consultas, en línea así con lo dispuesto por el art.51.

Por otro lado, es cierto que la funcionalidad del periodo de consultas se ve condicionado por los términos del procedimiento mismo en que tal periodo se inserta. Obviamente, el cumplimiento de estos fines que en concreto se reservan al periodo de consultas va en estrecha relación con el papel que el propio periodo tiene en el completo expediente suspensivo. Al respecto, cuando la fase consultiva era precedente a una autorización administrativa, aquélla quedaba revestida de un papel preeminente, reforzándose su funcionalidad en la medida en que la consecución de un acuerdo agilizaba el procedimiento en

su etapa final ante la autoridad laboral. La supresión del mecanismo autorizador que opera el RDL 3/2012 fuerza a cuestionar cuál sea el papel que fuera a cumplir el periodo de consultas en el mismo discurrir procedimental de una decisión de suspensión del contrato o de reducción de jornada.

En tal sentido, admitir que el art.51 siga siendo el referente causal del art. 47, y no que su lugar lo ocupe la extremadamente flexible indicación de causas contenida en el art.41, permite otorgar a la intervención de los representantes de los trabajadores un cierto papel en el desarrollo del expediente. Es cierto que no tendrá la misma importancia funcional que ostenta cuando el periodo de consultas podría finalizar con un acuerdo de mayor interés para la empresa que la decisión que adoptara en su caso la autoridad administrativa. Pero tampoco se llegará al extremo de considerar la intervención de los representantes como un mero trámite formal en el expediente suspensivo o de reducción de jornada, al modo desnaturalizado con el que se va a contemplar el período de consultas a partir de la reforma en los procedimientos del art.40 o del art.41. Si la finalidad inicial de tal periodo, bajo el redactado anterior de tales preceptos, era la de plantear las causas motivadoras de la decisión, extraer la posibilidad de reducir o atenuar sus efectos, y la de adoptar en su caso las medidas necesarias para paliar sus consecuencias, tal finalidad se topa ahora con una ordenación que se despreocupa del alegato empresarial que pretenda justificar la medida, o mas bien despreocupa a la empresa de tal exigencia, y con ello de la consiguiente irrelevancia de un mecanismo de control, acreditación de la causa y de preservación del interés de los trabajadores como es el periodo de consultas, que corre así el riesgo de traducirse en un mero trámite formal de limitadas y reducidas consecuencias para el empresario en el supuesto incluso de incumplimiento del mismo.

Ciertamente, y tal como se ha apuntado ya por voces críticas, la eliminación en el art. 51 de la red de seguridad que en definitiva constituía la autorización administrativa, implica a su vez un ataque a la línea frontal de la función de los representantes de los trabajadores en sede de despidos colectivos, y por extensión también en los expedientes de suspensión o reducción de jornada del art. 47. Pero en realidad el efecto de tal supresión se produce en la capacidad del periodo de consultas como fuente generadora de un acuerdo, puesto que la presión por llegar a un acuerdo se desplaza desde el empresario a los representantes de los trabajadores. Si la práctica solía ofrecer ejemplos de un mayor interés del empresario en lograr un acuerdo con los representantes, antes que dejar en manos de la autoridad administrativa la libre decisión de autorizar o no el expediente, la nueva ordenación que suprime tal autorización favorecerá sin duda que los representantes busquen intensamente el acuerdo para evitar la libre puesta en práctica de la medida por parte del empresario.

En consecuencia, el periodo de consultas sigue teniendo tal finalidad de

llegar en su caso a un acuerdo, aun cuando éste pudiera quedar a partir de ahora más condicionado a la exclusiva voluntad del empresario que a la conjunta con los representantes del personal. Y también seguirá manteniendo su funcionalidad de ser el marco donde los representantes sean informados de las causas alegadas por el empresario, donde éste deba justificarlas documentalmente, donde se debata el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados y criterios de designación de los mismos, donde se planteen posibles medidas alternativas o de reducción del alcance y efectos de la inicial decisión empresarial, y en suma donde se considere el interés de los trabajadores a la hora de poner en práctica una medida suspensiva o de reducción de jornada.

De ahí que, aun cuando el art. 47.1 no lo refiera, indiscutiblemente tal periodo de consultas debe conducirse por los principios de la buena fe, como es propio y así es requerido por la norma allí donde se desarrollan procesos negociadores (artículos 89.1, 40.2, 41.4 o 51.2). Y también como principio básico de funcionamiento, resulta de indudable proyección al art. 47 que el periodo de consultas se conduzca con vistas a la obtención de un acuerdo.

A pesar de ello, y aun cuando sería de esperar que el acuerdo fuera propiciado y apoyado por la norma, aportando elementos de legitimación y conclusión, de nuevo el redactado del art. 47 es más que elusivo. Ni menciona los requerimientos de votos o apoyos entre los representantes del personal intervinientes en las consultas, ni la posibilidad alternativa de acudir a mecanismos de mediación o arbitraje, que sí se especifican para los periodos consultivos de las medidas ordenadas en los artículos 40 y 41, aunque no en el redactado del art. 51 para los despidos colectivos. En este caso, la ausencia ordenadora sobre tales extremos en el precepto que sirve de referente causal y procedimental al art. 47, podría integrarse con la aplicación analógica de lo previsto en los artículos 40 y 41 para idénticos procesos consultivos y en consecuencia reclamar también para los procedimientos de suspensión del contrato y de reducción de jornada del art. 47 el requerimiento de que el acuerdo al que en su caso se llegue sea apoyado por la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos. E igualmente también habría de ser proyectable sobre los expedientes del art. 47 la posibilidad de que las partes, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, acudan a los procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de la empresa. En todo caso es de esperar que el futuro reglamento sobre expedientes de regulación de empleo se pronuncie sobre tales extremos de esencial importancia para los expedientes temporales del art. 47 por meras razones de operatividad práctica y por supuesto de seguridad jurídica.

4.3. Mecanismos públicos intervinientes

Una vez suprimida la autorización administrativa de los expedientes de regulación de empleo (tanto definitivos como temporales), la función de la autoridad laboral competente se circunscribe, por un lado, a la de controlar la corrección del acuerdo para, en caso de considerar la posible existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, proceder a impugnar el acuerdo ante la jurisdicción competente; y por otro lado, a actuar también de sujeto legitimado para la impugnación judicial del acuerdo a petición de la entidad gestora competente por supuesta actuación fraudulenta para la obtención de las prestaciones por desempleo. Unas actuaciones que ya se contemplaban bajo el redactado anterior del art.51, que el nuevo precepto mantiene aun con alguna modificación formal que en nada afecta a su descripción sustancial, y que el art. 47 atrae ya expresamente al procedimiento de una medida suspensiva o de reducción de jornada. Aquello que no recoge este precepto es una específica mención en el art.51 que concede a la autoridad laboral un nuevo papel en el seguimiento del iter procedimental: “la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento”. Pareciera que al suprimir la autorización administrativa, el reformador quisiera que la autoridad laboral mantuviera un papel de sujeto coadyuvante, a modo de agente mediador que colabore con las partes en el proceso consultivo / negociador, aportando incluso sugerencias o propuestas de actuación y funcionamiento, y todo ello con el fin pretendido de alcanzar un acuerdo como mejor expresión de la efectividad del periodo de consultas. De ser así, y dado que el art. 47 ofrece igual marco de funcionalidad de una fase consultiva y de ausencia de la autorización administrativa, resultaría proyectable también en un expediente de suspensión de contratos y de reducción de jornada igual actuación de la autoridad laboral.

En todo caso, se trata de una intervención sobre la fase de consultas que se actúa al margen y con independencia de aquella otra que compete a la Inspección de Trabajo y que se circunscribe a controlar su corrección como trámite procedimental. Es decir, si la autoridad laboral puede llegar a asumir un papel dinamizador de las consultas y propiciar la consecución de un acuerdo, a la Inspección de Trabajo le corresponde vigilar el cumplimiento de los requerimientos y condiciones necesarias para que el periodo de consultas pueda efectivamente desarrollarse en los términos normativamente previstos, lo que implica atender al efectivo inicio de la fase consultiva, a la presencia de los sujetos legitimados como interlocutores, a la disposición de la información y documentación que fuera obligada para debatir todos los extremos del expediente, a la inexistencia de prácticas o comportamientos violentos, intimidatorios o coactivos en el seno de las consultas, y en definitiva a la constatación

de un correcto y adecuado desarrollo del periodo de consultas. Extremos estos que en suma han de quedar reflejados, en los términos con los en cada caso se expresen, en el informe preceptivo que le ha de solicitar la autoridad laboral para que, una vez evacuado tras la finalización del periodo de consultas, quede incorporado al procedimiento. Un informe que por tanto puede contener los suficientes datos valorativos y de enjuiciamiento acerca del desarrollo de un concreto periodo de consultas para que en su caso la autoridad laboral proceda a impugnar el acuerdo que hubiera resultado de tales consultas por presunto dolo, coacción o abuso de derecho en la consecución del acuerdo. Y ello con independencia de que la Inspección de Trabajo actué conforme al ámbito de sus competencias propias en el supuesto de que constate el incumplimiento de un requerimiento normativo en la apertura y desarrollo del periodo de consultas, levantando en su caso la correspondiente acta de infracción.

La tercera de las entidades públicas intervinientes en el procedimiento de suspensión de contratos por causas empresariales es el Servicio Público de Empleo Estatal, como entidad gestora de las prestaciones por desempleo, o aquella que fuera competente en la correspondiente Comunidad Autónoma. Y su papel quedará reforzado aun más a partir de la reforma desde el momento en que habría de recaer sobre dicha entidad gestora cierto control administrativo de la existencia o no de causa alegada para la suspensión del contrato, puesto que la apreciación de una falta de acreditación causal permitiría derivar la inexistencia de una circunstancia justificativa que sustente una situación legal de desempleo, y con ello la posible consecuencia de la obtención indebida de prestaciones de desempleo como supuesta única finalidad perseguida con el expediente suspensivo, y no solo o exclusivamente con el acuerdo, que es lo que de forma expresa indica el art. 47.1, reproduciendo prácticamente los términos previstos en el art.51.6 in fine. En este punto, limitar el informe de la entidad gestora a una supuesta finalidad defraudadora en el acuerdo al que en su caso se alcanzara en fase de consultas, dejaría aparentemente fuera de control todas aquellas situaciones, que ahora podrían resultar mas que frecuentes, en las que no se llega a un acuerdo colectivo y sí se constan por el contrario pactos de connivencia empresario / trabajador para obtener fraudulentamente beneficios recíprocos. De ahí pues la necesidad de que la información que pudiera dar la entidad gestora acerca de una posible actuación fraudulenta tenga por objeto cada particular expediente suspensivo, con independencia de que se obtenga o no un acuerdo.

Por otro lado, no es necesario esperar en su caso a una intervención activa de la entidad gestora en tal sentido para que se inicien los efectos contractuales de la medida suspensiva (o de reducción de jornada), puesto que el art. 47.1 sitúa tal momento en la fecha en que la entidad gestora es informada por la autoridad laboral de la decisión adoptada por el empresario, una vez que éste

se la transmite a la autoridad laboral al finalizar el periodo de consultas. Sin embargo este diseño presenta graves fisuras. Por un lado, si se trata de evitar fines fraudulentos a través del expediente suspensivo (o de reducción de jornada), la ejecutividad de la medida empresarial, surgiendo pues los efectos contractuales de la suspensión o reducción, debería situarse a partir de que la entidad gestora constatará la no existencia de datos o elementos que sustentaran tales fines. No esperar dicha actuación de la entidad gestora se inserta así en esa intencionalidad de la norma reformadora de agilizar y en suma flexibilizar el procedimiento, evitando dilaciones en la practicabilidad de las decisiones empresariales. Y por otro lado, la norma no precisa si hay o no un acuerdo tras la finalización de ese periodo de consultas que inicia la secuencia de comunicaciones de la decisión empresarial hasta llegar a la entidad gestora para iniciar así los efectos contractuales, si bien, por la misma razón de aportar datos de agilidad, el precepto parte de la no consecución de un acuerdo puesto que es la misma decisión empresarial la que podría contemplar una fecha para el inicio de los efectos contractuales posterior a la de la comunicación a la entidad gestora. De adoptarse un acuerdo sería en él donde en su caso se determinaría la fecha de inicio de los efectos contractuales, teniendo en cuenta que precisamente ese acuerdo podría ser el impugnado a instancia de la entidad gestora por supuesta finalidad defraudadora en la obtención de las prestaciones por desempleo.

4.4. Impugnación judicial

En esta sede, el nuevo apartado 1 del art. 47 aparentemente se limita a atraer al texto del precepto aquello que con anterioridad se proyectaba implícitamente en los expedientes suspensivos a través de la remisión expresa al procedimiento del art. 51 y sus normas de desarrollo

Es así cómo ahora aparece de forma expresa la posibilidad de impugnar judicialmente un acuerdo de suspensión (o reducción de jornada) por existencia de dolo, coacción, o abuso de derecho en su conclusión. Y aunque no se especifique expresamente en el art. 47.1, es una impugnación que se insta por la autoridad laboral, no solo porque así se menciona de forma expresa en el art.51.6 y al que acudir en su papel de referente integrador, sino también y especialmente porque el art.148 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social incluye, dentro del procedimiento de oficio, los supuestos en que la autoridad laboral competente apreciara “fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47”.

Asimismo, y en mimetismo con el art.51, también se atrae al texto del art. 47 la impugnación judicial contra el acuerdo instada por la autoridad laboral,

pero a petición de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo ante la presunta existencia de una motivación fraudulenta en la consecución de tal acuerdo.

Junto a ello, atendiendo a la viabilidad de una impugnación judicial por los trabajadores afectados, la norma reformada obviamente no incorpora ninguna alteración a la ordenación anterior ya conocida y atraída del referente que es el art.51. Pero una vez más, la modificación en la morfología del expediente temporal del art. 47, tanto en el aspecto causal como en el procedimental, puede aportar nuevos y distintos elementos condicionantes al ejercicio de la impugnación judicial.

Así, inicialmente, el control sobre la adecuación y corrección de la decisión empresarial de suspender contratos de trabajo (o de reducción de jornada) que efectuaba la autoridad laboral, ante la supresión del mecanismo autorizatorio, pareciera desplazarse hacia la autoridad judicial, lo que también podría apuntar hacia un incremento a partir de la reforma en las demandas de los trabajadores afectados por expedientes temporales. Cuestión distinta es la efectividad y la funcionalidad de la intervención judicial que sin duda debe valorarse conforme a los márgenes que la norma deja para tal intervención, y aquí de nuevo ello va a depender del referente causal exigible para la operatividad del art. 47.

Concretamente, ante una indefinida conceptualización de la causa justificativa por la que opta intencionadamente la norma a la hora de poner en práctica determinadas decisiones empresariales, difícilmente puede confiarse en una labor judicial interpretativa. Mas aun, ante términos tan genéricos e indefinidos como los que delimitan la causa justificativa en los arts. 40 y 41, expresando una deliberada intención del reformador de no efectuar concreción alguna de aquélla, en última instancia se está impidiendo que las sedes judiciales puedan actuar una función limitadora del ámbito causal. De ahí ya alguna crítica vertida acerca de que la reforma en aquellos preceptos desincentiva toda acción judicial que cuestione la justificación de la medida. De hecho, si ante la impugnación judicial de una medida, por ejemplo, de movilidad geográfica se debe declarar la justificación o no de la misma, difícilmente podrá discutirse la viabilidad de cualquier argumento empresarial de oportunidad o conveniencia, pues siempre tendrá relación, por mínima que sea, con esa competitividad, productividad u organización técnica de la empresa, de modo que en definitiva la misión judicial puede quedar circunscrita a desarrollar un mero control formal o procedimental de la medida practicada.

Por el contrario, el recurso al art.51 y a su delimitación causal como referente aplicativo e integrador en sede de expedientes suspensivos, permite al menos aportar algún elemento funcional al previsible escaso margen de actuación judicial en el enjuiciamiento de la causalidad de una medida de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de jornada. Ciertamente, y con el nuevo redactado del art.51.1 la empresa no necesita probar la razonabilidad

de la medida en atención a las circunstancias concurrentes alegadas para justificarla, ni ante los representantes en periodo de consultas ni ante la autoridad judicial en caso de impugnación. Y tampoco en consecuencia se le exigirá tal prueba al empresario que pretenda poner en práctica una medida de suspensión de contratos de trabajo, dada la proyección causal del art. 47 sobre el art.51 que se viene defendiendo. Sin embargo, sí tendrá que probar la concurrencia de las causas ajustándose a la delimitación material que de las mismas efectúa, siquiera mínimamente, el art. 51.

En todo caso, el trabajador tiene abierta la posibilidad jurídica de impugnar judicialmente una medida suspensiva o de reducción de jornada adoptada por el empresario, medie o no un acuerdo con los representantes del personal, lo que se articulará a través de la modalidad prevista en los artículos 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, después de que el RDL 3/2012 haya incorporado precisamente “la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor” a las circunstancias que ya legitimaban el acceso a esa especial modalidad procesal (la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo).

Sigue insistiendo pues la reforma en situar la institución suspensiva (y de reducción de jornada) por causas empresariales en el entorno de medidas de flexibilidad interna, desmarcando esta vez procesalmente aquéllas de los despidos colectivos, y dirigiendo pues las reclamaciones que planteen los trabajadores afectados contra una medida suspensiva (o de reducción de jornada) por la tramitación procesal ya ordenada y conocida de la movilidad geográfica del art.40 y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art.41), incluyendo pues los efectos previstos para las declaraciones judiciales del carácter justificado o injustificado de la medida adoptada por la empresa, lo que sin duda provocará más de una discordancia operativa. En coherencia con esta nueva ubicación de las suspensiones y reducciones de jornada del art. 47 en el tradicional diseño procesal de las medidas previstas de los art.40 y 41, se incorporan también aquellas circunstancias entre las excepciones a la conciliación y mediación previas que se expresan en el art.64.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Aquello que finalmente constituye la verdadera novedad del art. 47.1 en sede de impugnación judicial de medidas de suspensión (o de reducción de jornada) es la previsión de una reclamación contra la decisión empresarial en vía de conflicto colectivo. Y lo particularmente significativo no es que se plantee sin perjuicio de la acción individual o que la reclamación colectiva paralice la tramitación de las individuales ya iniciadas, exigencias que ya vienen dispuestas en la correspondiente ordenación procesal (ahora, afectando a medidas suspensivas y de reducción de jornada, en el art.138.4 de Ley de la Jurisdicción Social), sino que se hace depender la apertura de un procedimiento de con-

flicto colectivo contra la decisión empresarial de la afectación de ésta última, medida en el número de trabajadores afectados, y recurriendo para ello al umbral numérico dispuesto en el art.51 para identificar la naturaleza colectiva de una medida extintiva. Careciendo las medidas suspensivas (y de reducción de jornada) del art. 47 de una naturaleza individual o plural, confirmada por la expresa declaración contenida en el precepto sobre la aplicación del procedimiento previsto cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, pareciera obligado identificar el interés general o colectivo que sustentaría la tramitación de una demanda por el particular proceso de conflictos colectivos. Y ello resultaba mas exigido aun desde que la Ley reguladora de la Jurisdicción Social precisara, dentro del ámbito de aplicación de este proceso (art.53), las demandas contra decisiones empresariales de carácter colectivo, y como tales se incluían expresamente las ordenadas en los artículos 40.2 y art.41.2, esto es, las decisiones de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, unas y otras de carácter colectivo en tanto delimitadas por la superación del mismo umbral definidor que aparece en el art.51. En consecuencia, la nueva ley de la jurisdicción social optó por el procedimiento fácil de cuantificar ese “grupo genérico de trabajadores” cuyos intereses generales quedan afectados por normas, convenios, prácticas o decisiones empresariales, recurriendo a ese umbral numérico que separa medidas colectivas de aquellas otras de carácter individual y plural, y de este modo delimitar ese interés colectivo que conforma el objeto del proceso de conflictos colectivos. El mismo factor delimitador y definidor al que en consecuencia se somete el interés colectivo afectado por una medida de suspensión y reducción de jornada por motivos empresariales que fundamentaría una demanda por la vía de los conflictos colectivos, por cuanto el RDL 3/2012, en ese afán por conectar sustantiva y procesalmente las suspensiones y reducciones de jornada por motivos empresariales con las medidas de flexibilidad interna contempladas en los arts. 40 y 41, modifica el art.153 de la ley reguladora de la jurisdicción social para incluir en el ámbito de aplicación del proceso de conflictos colectivos, las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 cuando afecten a un número de trabajadores igual o superior al umbral previsto en el art.51.1 ET, y en coherencia con ello también incorpora en el propio art. 47.1 esa mención al umbral como factor legitimador para interponer una demanda de conflicto colectivo contra las medidas suspensivas o de reducción de jornada adoptadas conforme a lo dispuesto en dicho precepto. Con ello, el efecto final no es otro que el de provocar una dualización del régimen de la institución suspensiva (o de reducción de jornada) con efectos en la viabilidad o no de una demanda colectiva, lo que tiene especial incidencia en la nueva morfología procedimental de tal institución donde el empresario tiene amplios y flexibles márgenes de operatividad.

5. MEDIDAS DE APOYO A LA SUSPENSIÓN DE CONTRATO Y LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Junto a la reposición del derecho a la prestación por desempleo para los afectados inicialmente por un expediente aprobado de suspensión o reducción de jornada pero que con posterioridad se les extinga los contratos también por causas empresariales, y cuya nueva ordenación en el art.16 del RDL 3/2012 es objeto del correspondiente análisis detallado en otro estudio de esta obra, la otra medida que ha venido desde el 1 de enero de 2010 acompañando a los expedientes de suspensión o reducción de jornada ha sido la concesión de bonificaciones en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes devengadas por los trabajadores afectados por esos expedientes. Esta disposición aparece con la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, ordenando en su artículo 1º los siguientes extremos:

- Cuantía de la bonificación consistente en el 50% de las cuotas empresariales.
- Duración de la bonificación coincidente con la situación de desempleo, sin exceder de 240 días por trabajador.
- Obligación del empresario beneficiario de mantener en el empleo al menos durante un año a los trabajadores que volvieron a sus puestos de trabajo tras finalizar el periodo de suspensión o reducción autorizada, debiendo reintegrar las bonificaciones aplicadas en caso de incumplimiento de dicha obligación.
- Estas bonificaciones son compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, incluidas las reguladas en el programa de fomento del empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo (sin que la suma toda por bonificación pudiera superar obviamente el 100 de la cuota empresarial), aplicándose en consecuencia los requisitos, exclusiones y régimen de reintegro previstos en dicha Ley. Del mismo modo, las empresas que finalmente procedieran a la extinción (declarada improcedente o por despido colectivo) de los contratos que habían sido bonificados, quedarán excluidos durante un año de las bonificaciones establecidas en ese programa de fomento del empleo.
- La aplicación de las bonificaciones previstas en ese art.1 de la Ley tenía el plazo temporal que en el mismo precepto se disponía. Inicialmente para las solicitudes de expedientes presentadas hasta 31 de diciembre de 2010.

El paso del RDL 10/2010 trajo un añadido a esta ordenación (el apartado 2.bis del art.1) para posibilitar un incremento de la cuantía de la bonificación,

pasando del 50 al 80%, cuando en los expedientes concluidos con acuerdo se incluyeran medidas paliativas de sus efectos, como acciones formativas durante el periodo de suspensión o reducción de jornada para aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el manteamiento del empleo en la empresa. Por su parte, la Ley 35/2010 aumenta el periodo aplicativo de las bonificaciones hasta el 31 de diciembre de 2011, y mantiene en su integridad el resto del artículo, incluido ese apartado 2.bis, como clara medida incentivadora de los expedientes suspensivos (y de reducción de jornada) frente a los extintivos, y sobre todo de la consecución de acuerdos en aquellos Sin embargo, finalmente esta medida ha resultado tener una vida más que efímera.

Resulta mas que extraño, desde el punto de vista metodológico y sistemático, que el RDL 3/2012 haya recogido entre sus disposiciones la práctica integridad de un precepto que ya se encuentra inserto en otra norma, y lo mas insólito aun es que al hacerlo no haya procedido en su caso a derogar ese precepto en tal norma. En concreto, el art.15 del RDL 3/2012, bajo el título “medidas de apoyo a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada”, reproduce casi prácticamente el art.1 de la Ley 27/2009, puesto que solo presenta dos peculiaridades. La primera, fijando un nuevo periodo aplicativo de las bonificaciones (para las solicitudes de expedientes solicitadas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013), con lo que de hecho se produce la derogación implícita del art.1 de la Ley 27/2009 por agotamiento de su periodo aplicativo (que finalizaba el 31 de diciembre de 2011). Y la segunda, de especial relevancia, optando deliberadamente por no recoger esa previsión del incremento de la bonificación hasta el 80% en los supuestos en que el acuerdo adopte medidas de mejora de la empleabilidad de los trabajadores afectados y/o de mantenimiento del empleo en la empresa.

Podrían ser motivos meramente económicos, de reducción del gasto público, los que podrían aducirse para explicar la falta de acogida en la norma reformadora de esta medida económica de apoyo a determinados expedientes suspensivos o de reducción de jornada. Pero el efecto final es, en todo caso, un incierto grado de desincentivación de la adopción de acuerdos en tales expedientes, y concretamente de los que incluyan medidas de tanta relevancia y funcionalidad para la empleabilidad de los trabajadores afectados. El mismo artículo 47, en su apartado final, alude precisamente a promover el desarrollo de acciones formativas con tal naturaleza y finalidad, y si se trata de promoción que duda cabe que ayudaría un incentivo económico a través de las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Agra Viforcós, Beatriz: “Expediente de suspensión colectiva de relaciones laborales”, AA.VV. *Expedientes de regulación de empleo*, Thomson-Civitas, 2009.

- Blanes Mompó, Santiago: “La suspensión de los contratos de trabajo por razones económicas”. AA.VV., *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson-Aranzadi, 2009.

- Cavas Martínez, Faustino: “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”. *Revista de Trabajo* nº 22, 2009.

- Cruz Villalón, Jesús: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas”. AA.VV., *El régimen del despido tras la reforma laboral*. Ed. Ibidem, Madrid 1995.

- Falguera Baró, Miquel: “El Real Decreto Ley 3/2012: más ideología que empleo”. *Jurisdicción Social* nº 117, extraord., febrero 2012.

<http://www.juecesdemocracia.es/revistas/revistajurisdiccionsocial.asp>

- Rivas Vallejo, Pilar: “La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales”. Ed. Bomarzo, Albacete 2007.

- Solà Monells, Xavier: “La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales”. Ed. La Ley, Madrid 2002.

LA REFORMA LABORAL DE 2012 Y SU IMPACTO EN LOS DESPIDOS INDIVIDUALES Y OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO:

Palabras clave: Reforma laboral, extinción del contrato de trabajo, despido, indemnización por despido.

Una de las cuestiones esenciales en la reciente reforma laboral introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, ha sido la relativa a la extinción del contrato de trabajo. Las reformas han afectado al despido colectivo, que ha sufrido una drástica reforma, pero también al despido disciplinario y al objetivo. En cuanto al despido disciplinario, se ha procedido a una drástica reducción del coste, de manera que se ha reducido a sólo 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo de duración inferior al año y con un tope de sólo 24 meses. Además, se ha procedido a la práctica supresión de los salarios de tramitación, que ya solo van a abonarse en situaciones realmente residuales. Junto a esta reducción de costes directo e indirectos, también resalta la aparente supresión del despido “exprés”, figura que está perfectamente viva en nuestro ordenamiento.

Junto con la regulación del despido disciplinario, el objetivo ha resultado también ampliamente afectado por la reforma: junto a las modificaciones que afectan a esta modalidad de despido (fundamentalmente en relación con ciertas causas, existe todo un conjunto de alteraciones indirectas, o modificaciones que afectan a otras modalidades de despido.

Por último, hemos analizado también algunos supuestos de extinción individual que no se encuadran dentro del despido disciplinario o del despido objetivo.

ABSTRACT:

Key Words: Reform of labor legislation, termination of contract of employment, dismissal, dismissal compensations.

One of the key issues in the recent labour reforms introduced by Real Decreto-Ley 3/2012, has been on the termination of the contract. The reforms have affected the collective dismissal but also affects individual dismissal (disciplinary and objetivo). About disciplinary dismissal, it have proceeded to a drastic reduction in the cost, so that is down to only 33 days' salary per year of service prorated for months the time periods shorter than a year up to a limit of only 24 months, and the practice of wage suppression processing, which will be paid only in situations really waste. The objetivo dismissal has been also widely affected by the reform: with changes that directly affect this type of discharge (primarily in relation to certain grounds for dismissal as excessive morbidity and firing workers lack of adaptation to new techniques introduced by the company). There is a whole set of indirect alterations, over all, the new configuration of economic cause in the collective dismissal.

Finally, we also analyzed some cases of individual species do not fall within the disciplinary dismissal or objetivo dismissal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO UNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA REFORMA DE 2012
2. REFORMAS AL DESPIDO DISCIPLINARIO: LA REDUCCIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO
 - 2.1. Líneas generales de la reforma y su significado
 - 2.2. Nuevas reglas sobre la cuantificación de la indemnización por despido disciplinario imprecendente: la reducción de su cuantía
 - 2.3 Crítica a la reducción del coste del despido imprecendente
 - 2.4. Los salarios de tramitación como indemnización residual: la involución del Derecho del Trabajo
 - 2.5. Salarios de tramitación y despido exprés: ¿supresión o mutación?
 - 2.6. Supresión de los salarios de tramitación y desprotección de los trabajadores temporales o de pocos años de servicio en la empresa
 - 2.7. De nuevo sobre la naturaleza de los salarios de tramitación. Otras novedades en la regulación procesal de los salarios de tramitación
3. REFORMAS AL DESPIDO OBJETIVO
 - 3.1. Perspectiva general
 - 3.2. El despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo
 - 3.3. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador
 - 3.4. Otras alteraciones a la regulación del despido objetivo
4. REFORMAS DE MECANISMOS EXTINTIVOS INDIVIDUALES QUE NO SON DESPIDOS
 - 4.1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y el período de prueba
 - 4.2. La extinción del contrato a instancias del trabajador en caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la rescisión contractual ex art. 41.3 ET y la resolución a instancias del trabajador ex art. 50.1 a) ET

1. INTRODUCCIÓN: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO UNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES EN LA REFORMA DE 2012.

Las reformas introducidas por el RD-Ley 3/2012 han afectado a ámbitos tremendamente diferenciados dentro del ordenamiento jurídico laboral, pero consideramos que es absolutamente innegable que las modificaciones a la regulación del despido ocupan un lugar preferente en dicha reforma; es con toda seguridad el corazón de la misma, su núcleo esencial.

Sobre esta cuestión debemos subrayar cómo el legislador se ha planteado, a la hora de introducir una amplia reforma del ordenamiento jurídico laboral, que uno de los aspectos esenciales que debían cambiar dentro del Derecho del Trabajo es la extinción del contrato. Ciertamente, de un estudio de las reformas que se han introducido, se podría afirmar que excepto en situaciones excepcionales, no se ha modificado la estructura fundamental de la extinción del contrato de trabajo, pudiendo afirmarse que, en cuanto a las líneas generales o fundamentales, tras la reforma la normativa actual es homologable estructuralmente a la nueva regulación. La excepción más importante a lo que acabamos

de afirmar es, como no, el despido colectivo, pues la reforma ha supuesto un cambio radical, no de concepto, pero sí en el papel que asumen los sujetos y más concretamente la Autoridad laboral, que no tiene ya el papel de conceder autorización administrativa para despedir por esta vía.

Sin embargo, aún cuando los cambios no afecten aparentemente a las estructuras fundamentales, lo cierto es que el conjunto de elementos que han sido alterados provoca un cambio muy relevante en la orientación de la normativa reguladora de la extinción del contrato de trabajo. La nueva regulación supone sobre todo facilitar la extinción de los contratos de trabajo al empresario: reducciones en los costes de los despidos, lo cual es especialmente grave en materia de despido disciplinario, pero también, aun cuando no sea una novedad, por la asunción de una buena parte de los costes extintivos por parte de los poderes públicos ex nueva redacción del art. 33.8 ET, supresión de la autorización administrativa, simplificación y generalización de las causas de despido objetivo y de despido colectivo, mantenimiento de la facilidad extintiva como mecanismo de fomento del empleo indefinido, ampliación de la duración de ciertos contratos temporales, etc.

Lo anterior supone, desde un punto de vista de los fines tradicionales del Derecho del Trabajo, un profundo desequilibrio contractual entre trabajador y empresario. Desequilibrio que favorece las posiciones empresariales. Desde este punto de vista, la regulación sobre extinción del contrato de trabajo, la verdadera Sala de Máquinas del Derecho del Trabajo, se ha visto afectada de manera directa, por un golpe dirigido al corazón, que implica una profunda mutación de los objetivos perseguidos por la regulación laboral con esta materia. En este sentido tradicionalmente hemos venido explicando que las reglas sobre extinción del contrato de trabajo, obedecía a una lógica en la que debía protegerse al trabajador como contratante débil, frente al empresario, que al estar dotado de una superior capacidad económica podía acudir a la extinción con enorme libertad. Desde este punto de vista el *leit motiv* de la regulación es el de favorecer la estabilidad en el empleo: causalidad del despido, regulación de indemnizaciones económicas ante la falta de causa o ante los despidos por causas no vinculadas a los incumplimientos del trabajador, mecanismos por los que se convierte el contrato temporal en indefinido, sin que pueda darse por extinguido por el agotación de su vigencia, límites a la posibilidad de pactar condiciones resolutorias del contrato, etc.

Esta situación queda absolutamente cuestionada con la regulación vigente en nuestro país: a todos los efectos la facilitación de la extinción contractual al empresario supone incrementar exponencialmente su poder en la empresa, dado que ahora tiene más posibilidades de dar por extinguido el contrato, una mayor su capacidad de agredir la vida del contrato, aún cuando no carezca de causa alguna para provocar la extinción. Lógicamente ello supone también un incremento de la subordinación, pues el hecho de que se reconozca más poder

al empresario, especialmente a la hora de extinguir el contrato, genera un mayor desequilibrio contractual¹.

De una regulación que tenía como objetivo la protección del trabajador y de estabilidad en el empleo, se está pasando a una regulación en que el objetivo pasa a ser el contrario: facilitar la extinción. En buena medida ello es consecuencia de la existencia de un auténtico nuevo principio general del Derecho que está cuestionando la interpretación clásica del ordenamiento laboral: el ordenamiento jurídico laboral debe garantizar el beneficio empresarial, para, a partir de ahí y siempre y cuando el empresario lo considere conveniente para sus intereses, crear empleo. Todo ello genera un nuevo Derecho del Trabajo, el de la hiperflexibilidad laboral, que no solo lo aleja de la visión tradicional de nuestra disciplina, sino también incluso de planteamientos como la flexiseguridad (entendida en sentido estricto), pues el resultado es un derecho absolutamente flexible en el que no existen verdaderos elementos de seguridad en el empleo.

2. REFORMAS AL DESPIDO DISCIPLINARIO: LA REDUCCIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO

2.1 Líneas generales de la reforma y su significado

Uno de los temas estrella de la reforma laboral ha sido, sin lugar a dudas, la nueva redacción del art. 56 ET, que implica una importante reducción de los costes extintivos que el despido improcedente tiene para el empresario. Creo que si hay una medida estrella en la reforma, es justamente esta. La reforma será conocida por ser la que redujo la protección frente al despido improcedente o carente de causa.

Siguiendo lo establecido en la nueva redacción del art. 56 ET, declarada la improcedencia del despido, el empresario tiene el derecho de optar entre la readmisión del trabajador con el abono de los salarios de tramitación, o bien el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año, con el máximo de 24 mensualidades. En este caso el despido producirá efectos extintivos originarios, es decir, en la fecha del cese efectivo del trabajo.

Se mantiene el plazo de opción del empresario en los cinco días, así como la regla de que transcurrido dicho plazo no se efectúa opción expresa, se entiende que opta por la readmisión del trabajador.

Para el caso del despido de los representantes de personal (miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales), la opción le pertenecerá al representante. Este deberá ejercerla en el mismo plazo de cinco

¹ Baylos Grau, A. y Perez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, páginas 169-170..

días y si no la efectúa en dicho plazo se entenderá que lo hace por la readmisión. En todo caso, con independencia de optar por readmisión o la indemnización, tiene derecho a los salarios de tramitación.

El legislador ha suprimido la posibilidad del despido exprés regulado bajo la redacción anterior en el art. 56.2 ET. Ahora bien, hay que señalar que ello no supone alivio alguno para los trabajadores, pues tal como hemos señalado antes, la reforma supone la supresión radical de los salarios de tramitación, excepto para el supuesto de la readmisión de los trabajadores y en el caso de despidos improcedentes de representantes de los trabajadores. Más aun, tal como vamos a comprobar, en realidad se ha suprimido la regulación del despido exprés, pero no la figura en sí misma, por lo que en realidad hoy día es más fácil este tipo de despido y se genera una mayor inseguridad jurídica para los trabajadores con esta nueva regulación.

Con esta regulación es evidente que el legislador ha optado por una drástica reducción del coste del despido improcedente: se ha reducido en doce días la indemnización por despido improcedente, que pasa de 45 a 33 días de salario por año de servicio en la empresa; es decir, se han reducido los costes de la indemnización básica en más de una cuarta parte respecto de la regulación anterior; además, dicha reducción de la cuantía se incrementa por el hecho de que el tope establecido por el legislador también es reducido de manera drástica, pasando de 42 mensualidades a sólo 24; es decir, se ha reducido casi a la mitad, en un 43% el tope de la indemnización máxima².

A lo anterior hay que sumar la práctica supresión de los salarios de tramitación. Si ya la reducción de los costes indemnizatorios es una cuestión especialmente importante, el hecho de que prácticamente se hayan suprimido los salarios de tramitación supone una importante limitación a los costes indirectos de extinción. Según la actual regulación, tan sólo se abonan los salarios de tramitación cuando se produce la readmisión del trabajador, ya sea en los casos de despidos improcedentes cuando se opta por la misma, o en despidos nulos (en estos casos se abonan como consecuencia de que el contrato no se ha extinguido) y en el caso de despido de representantes de los trabajadores, con independencia de que opte por la readmisión o por la indemnización.

Ciertamente los salarios de tramitación estaban ya tremendamente degradados a consecuencia de la regulación sobre el despido exprés que se es-

² Simplemente a título de ejemplo ello va a suponer que un trabajador con antigüedad de dos años, pase a percibir 66 días de indemnización frente a los 90 anteriores. A los cinco años de antigüedad, va a percibir 165 días de indemnización frente a los 225 anteriores. A los diez años percibirá 330 días de salario como indemnización frente a los 450, cifras que se duplicarán a los 20 años (660 días frente a los 900 anteriores). Además, mientras que con la regulación anterior el tope de la indemnización estaba aproximadamente en los 28 años de servicio, con la regulación ahora vigente va a estar en los 22 años de servicio.

tablecía en la anterior redacción del art. 56.2 ET, que permitía dejar de abonar estos salarios de tramitación cuando el empresario reconocía la improcedencia del despido. Las consecuencias de la supresión de los salarios de tramitación no son sólo económicas, en el sentido de que la cuantía indemnizatoria final será más reducida, sino también hay importantes consecuencias jurídicas, pues la práctica desaparición de los salarios de tramitación hace innecesaria la regulación sobre el despido exprés. La regulación sobre el despido exprés ya no es necesaria pues no hay ya, en la práctica, salarios de tramitación a favor de los trabajadores.

A tenor de estos dos elementos, reducción de la indemnización básica y práctica liquidación de los salarios de tramitación, hemos de señalar que en la actualidad el despido disciplinario improcedente, es decir, aquel despido sin justa causa, ilegal, fraudulento, abusivo o contrario al ordenamiento jurídico (llamemos a las cosas por su nombre y no escondamos la realidad tras una terminología jurídica), es mucho más barato que en la regulación precedente. Incluso puede llegar a ser extremadamente barato en el caso de despido de trabajadores sin antigüedad o con contrato temporal.

2.2 Nuevas reglas sobre la cuantificación de la indemnización por despido disciplinario improcedente: la reducción de su cuantía

La principal novedad que aporta la nueva regulación del despido disciplinario improcedente es la reducción de la indemnización: de 45 días por año de servicio se pasa a sólo 33 días por año de servicio. Probablemente esta reforma pasará a la historia del Derecho del Trabajo como aquella que supuso un abaratamiento de las indemnizaciones de despido; abaratamiento que en la práctica se convierte en el icono que define a esta reforma laboral. No obstante, también debemos señalar que desde un punto de vista de técnica jurídica esta regulación es la que contiene menos problemas jurídicos, pues se mantiene la estructura básica: fijar una cuantía básica de cálculo en base al salario diario del trabajador en el momento del despido, y a partir de ahí aplicarle un elemento multiplicador determinado en función de los años de servicio del trabajador. Obtenida la cuantía se aplica un tope máximo calculado en base a un número determinado de meses de salario.

La diferencia entre la nueva y la anterior regulación estriba nada más (y nada menos desde el punto de vista del resultado final de la cuantía indemnizatoria) que en el hecho de que al determinar la cuantía básica de cálculo se reduce el número de días de indemnización que configuran dicha cuantía: con la regulación anterior debía cogerse el salario de cuarenta y cinco días, tras lo cual se multiplicaba por el número de años de servicio. El resultado de la ope-

ración debía compararse con el tope 42 mensualidades de salario, de modo que si la cuantía lo superaba, sólo se abonaba dicho tope. Con la regulación actual, debe calcularse el valor de 33 días de salario (cuantía básica de cálculo), que se multiplicará por el número de años de servicio en la empresa. Realizado el cálculo, compararemos la cantidad con el tope máximo que ahora es de sólo 24 mensualidades.

Hay que plantear cuál puede ser el efecto de esta nueva regulación: lógicamente que se van a reducir los costes de extinción por despido improcedente. Ahora bien, hay que ir un poco más allá y ver la consecuencia que puede proyectar una regla de este tipo. Desde mi punto de vista, la indemnización por despido existente en nuestro ordenamiento desde 1980 implica un sistema tasado (lo cual beneficia al empresario que, a priori, antes de despedir, ya conoce lo que le costaría un determinado despido improcedente), pensado para proteger a trabajadores estables que tengan una cierta (amplia) antigüedad en la empresa, pues a más años de servicio, más indemnización. Ciertamente la reducción afecta a todos los trabajadores en la misma proporción, pero lo relevante es que en la práctica la reducción de la indemnización afecta más a los trabajadores con un elevado número de años de servicio que a los trabajadores temporales o de poca antigüedad en la empresa; o dicho de otra manera, los trabajadores con antigüedad van a perder más que los trabajadores con pocos años de servicio. Es decir, el resultado de la reforma es que se facilita el despido de los trabajadores que tengan adquirido un importante número de años de servicio. A este respecto merece la pena señalar que de los dos elementos que utiliza el legislador para provocar una indemnización más baja, puede llegar a tener más trascendencia el relativo al tope máximo, pues tal como hemos señalado *supra*, pasar de 45 a 33 días significa perder poco más de la cuarta parte de la indemnización; sin embargo, la reducción del tope máximo significa que éste se baja casi en un 50%; por lo tanto, es evidente que el trabajador con más antigüedad está hoy día en una situación de mayor inseguridad en el empleo.

El procedimiento para el cálculo de la indemnización es, por lo tanto, el mismo con esas dos diferencias que hemos mencionado: que se reduce la cuantía básica de cálculo, pues ahora deja de calcularse sobre los 45 y pasa a sólo 33 días de salario. Por otra parte, se reduce el tope máximo de 42 mensualidades a sólo 24 mensualidades. En conclusión, la estructura es idéntica y en la fórmula de cálculo se han alterado los factores para que el resultado final de la indemnización sea más reducida.

Los problemas interpretativos, pues, son hoy día comunes a la regulación anterior³. Por ejemplo, a la hora de determinar la cuantía básica de cálculo,

³ Vid. estos problemas en Gorelli Hernández, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, CARL, Sevilla 2010, páginas 309 y ss.

los 33 días de salario, sólo debemos tomar aquellas cuantías económicas de naturaleza salarial (y como es lógico aquí los problemas pueden ser múltiples, si bien no tienen que ver con la institución de despido, sino con la regulación conceptual del salario); refiriéndolas al salario del momento del despido (el último percibido por el trabajador), en su cuantía bruta. También aquí existen múltiples problemas interpretativos (reducciones de jornada de trabajo previas al despido que repercuten sobre la cuantía del salario, percepciones salariales de vencimiento periódico superior al mes, incrementos particulares que perciba el concreto trabajador por encima de lo pactado en convenio, etc, retribuciones de carácter absolutamente irregular en su cuantía aún cuando se perciban mensualmente –los incentivos, las stock options–, reducciones más o menos fraudulentas producidas antes del despido). De otro lado, la determinación del elemento multiplicador, los años de servicio, también existen problemas interpretativos de relevancia: diferencia entre años de servicio y antigüedad del trabajador, momento inicial y final en el cálculo de los años de servicio, problemática derivada de los períodos de suspensión, excedencia o descansos, el fenómeno del encadenamiento de los contratos, etc.

Probablemente el principal problema interpretativo de esta regulación lo vamos a encontrar en la regulación de carácter transitorio en relación al cálculo de la cuantía de la indemnización por despido. Recordemos a este respecto que la Disp. Trans. 5ª del RD-Ley 3/2012 ha establecido un conjunto de reglas relativas al cálculo, tomando como punto de partida el hecho de que en el ordenamiento jurídico laboral la nueva normativa tiene eficacia retroactiva, si bien “*in mitius*” (o retroactividad débil); es decir, que la nueva regulación se aplica tanto a las relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a la reforma, como a las nacidas con anterioridad a la reforma, si bien a estas últimas tan sólo desde su entrada en vigor, sin que sus efectos se retrotraigan hacia atrás en el tiempo.

Teniendo en cuenta dicho principio, la Disp. Trans. 5ª señala en su apartado primero que la indemnización por despido de trabajadores contratados con posterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012. Por lo tanto, los trabajadores que sean objeto de nuevos contratos recibirán una indemnización por despido de 33 días por año de servicio.

En cuanto a los trabajadores que ya tenían un contrato de trabajo antes de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, la Disp. Trans. 5ª.2 establece que las indemnizaciones se van a determinar en base a dos períodos de cálculo diferentes: el período de servicio que va desde la contratación del trabajador hasta la fecha de entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 (12 de febrero de 2012), utilizará como base de cálculo los 45 días de salario por año de servicio en ese período; mientras que el período de contrato posterior a la entrada en vigor del RD-Ley se calculará sobre la base de 33 días de salario por año de servicio en dicho período. Sumadas las dos cuantías se obtendrá la indemnización por despido.

Aparentemente la regla anterior supone que el legislador va a respetar los derechos de los trabajadores contratados con anterioridad a la reforma, de manera que sus períodos de contrato anteriores no sufrirán merma alguna en materia de indemnización por despido. La reducción de la cuantía indemnizatoria les afectará a partir de la entrada en vigor de la reforma. Esto supone, además, que en puridad la reforma no comienza a afectarnos de manera inmediata, sino que sus efectos van a manifestarse realmente a medio plazo, cuando haya transcurrido un plazo suficientemente largo para constatar una reducción cuantitativa de las indemnizaciones por despido por afectar a nuevos trabajadores, o bien a trabajadores contratados con anterioridad a la reforma que hayan trabajado un número de años suficientemente relevante tras la reforma como para ver mermada sustancialmente su indemnización.

No obstante lo anterior, esa apariencia de que la reforma ha intentado ser exquisitamente neutra con la situación de los trabajadores que ya tenían contrato a la entrada en vigor de la misma, no es cierta; y el efecto limitativo de las indemnizaciones va a comenzar a sentirse mucho antes: en el cálculo de la indemnización no sólo hay que tener presente la cuantía básica del número de días de salario, y el elemento multiplicador de los años de servicio; hay otro elemento trascendental, me refiero al tope máximo de la indemnización. Pues bien, respecto de esta cuestión señala la misma Dips. Trans. 5^a.2 in fine que el importe indemnizatorio no puede ser superior a 720 días de salario (cuantía equivalente a las 24 mensualidades que se establece con carácter general como límite con la nueva regulación⁴), salvo que al calcular la indemnización por el período anterior a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, ya resulte una indemnización “X” superior a los 720 días de tope. En este caso el tope pasa a ser la cuantía de la indemnización “X” calculada para el primer período. Todo ello, por supuesto, sin que el importe final pueda ser superior a las 42 mensualidades que se establecía como tope máximo en la regulación anterior. Pues bien, calculada la indemnización en estos términos, ello supone que superado en el primer período de cálculo de la indemnización el tope de los 720 días, no se recibirá un solo céntimo de euro de indemnización por el segundo período (desde el 12 de febrero de 2012 en adelante). O dicho de otra manera: los trabajadores con contrato anterior a 1990⁵ no van a recibir más que una indemnización calculada sobre 45 días por año de servicio, computándose esos años de servicio sólo hasta el 12 de febrero de 2012. A partir de ahí, sus años de servicio no se utilizarán como elemento multiplicador

⁴ Aparentemente hubiese sido más fácil haber establecido las 24 mensualidades como tope; pero probablemente el legislador ha intentado disimular el verdadero tope, evitando su mención expresa, de ahí que se pase de meses a días.

⁵ Señalamos este momento de 1990, pues el tope de los 720 días se supera con un poco menos de 22 años de servicio en la empresa: si a el 12 de febrero de 2012 le restamos 22 años de servicio, el resultado es justo ese momento de 1990.

de la indemnización por despido improcedente, ni este segundo período tendrá relevancia sobre la indemnización a percibir por el trabajador.

Para terminar con el análisis de las nuevas reglas sobre cuantificación de la indemnización una última advertencia relativa al establecimiento de una nueva regulación sobre cálculo de la indemnización por despido cuestiona algo de lo se ha venido sosteniendo a lo largo de las últimas reformas en materia de despido, y más concretamente a partir de la Ley 35/2010. Recordemos que esta última regulación planteaba la posibilidad de regular un fondo de capitalización en caso de despido. Uno de los argumentos esenciales que se ha venido utilizando para defender el fondo de capitalización como instrumento indemnizatorio, es el hecho de que al crearse dicho fondo deja de tener relevancia para el trabajador la conservación de los derechos adquiridos en materia indemnizatoria (al basarse la indemnización en los años de servicio para el concreto empresario). Un sistema de estas características facilitaría, por tanto, la movilidad de los trabajadores, pues no perderían derecho alguno. Pues bien, la reducción de los 45 a 33 días como base de cálculo y el hecho de que exista un cálculo de la indemnización en base a dos períodos diferentes en el caso de trabajadores con contrato previo a la reforma (período anterior y posterior a la entrada en vigor de la reforma) supone en la práctica incentivar a los trabajadores a que permanezcan en su empresa para no perder los derechos a una indemnización calculada (en parte) sobre 45 días. Si cambian de empresa y son despedidos en el futuro, su indemnización sólo se calculará sobre 33 días.

2.3 Crítica a la reducción del coste del despido improcedente

La reducción de los costes de extinción, de una manera tan drástica, obedece a un posicionamiento de la patronal, que ha venido defendiendo la necesidad de reducir los costes económicos como mecanismo para facilitar la creación de empleo y superar la dualidad del mercado de trabajo, aproximándonos, de paso a la regulación de algunos países europeos⁶. Este guión que está escrito desde hace ya bastante tiempo es el que sigue el RD-Ley 3/2012 para justificar esta reducción⁷.

⁶ Vid. sobre la cuestión Gorelli Hernández, J.: *El coste económico* (...), op. cit., páginas 231 y ss.

⁷ Tal como señala la Exposición de Motivos, “Las medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo se refieren también a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos. Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos. La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación”.

En la práctica todo este argumento no es sino otra más de las manifestaciones por las que se culpabiliza al Derecho del Trabajo de todos los posibles males de la empresa y del mal funcionamiento de la economía; todo lo cual redundaría en el hecho de que los empresarios se resistan a la contratación y repercute sobre el anómalo funcionamiento del mercado de trabajo. En consecuencia, para crear empleo, lo más adecuado, es el despido barato. Para romper esa dualidad del mercado de trabajo no hay que volver a una causalidad del contrato de trabajo temporal, sino acercar los costes del despido a los de la extinción del contrato temporal (por la vía de reducir los costes del primero)⁸. Se pretende resaltar así que España es uno de los países en los que el coste del despido es más elevado de toda Europa, lo que incide no sólo sobre el paro, sino sobre la competitividad de la economía española⁹. Es innegable que estos planteamientos también han hecho mella en la doctrina laboral española, pues no faltan autores que los han asumido y han defendido que nuestro ordenamiento en este punto es excesivamente rígido¹⁰.

En todo caso, esta no es mi opinión, no creo que el despido improcedente barato sea un instrumento favorable a la creación de empleo, ni creo que sea esencial en el favorecimiento de la superación de la dualidad del mercado de trabajo, de la misma manera que tampoco estimo que nuestra ya suprimida regulación sobre el despido sea tremendamente más cara respecto de otros países europeos.

De entrada, en cuanto al hecho de que nuestro ordenamiento consagre un despido mucho más caro que en el resto de Europa, hay que señalar que otros estudios económicos lo desmienten¹¹. Pero sobre todo, cuando se afirma que

⁸ Tal como manifestaba Eguidazu, F., Presidente del Comité de Política Económica del Círculo de Empresarios, en ABC de 13 de julio de 2005, “El distinto grado de protección derivado de esas diferencias en el coste del despido introduce una fuerte rigidez que, a su vez, se manifiesta en uno de los rasgos distintivos del mercado de trabajo español: la elevada tasa de temporalidad, muy superior a las de nuestro entorno (...). La inclinación que las empresas españolas han mostrado hacia el contrato temporal no se debe al mero capricho, ni a aviesas intenciones, sino que es el resultado lógico de una normativa que establece para los contratos indefinidos unas condiciones de terminación excesivamente rígidas y costosas”.

⁹ Así el informe “Doing Business in 2006” del Banco Mundial, afirma que España es el cuarto país donde el coste del despido es más alto, tras Alemania, Grecia y Portugal, informe que resalta que tras Grecia y Francia, España es el país con una mayor rigidez en el empleo. El más reciente “Doing Business 2009”, señala que España ocuparía el puesto 160 de 181 economías nacionales en el ranking de flexibilidad, sería por lo tanto un indicador de alta rigidez.

¹⁰ Gil y Gil, J.L.: “La indemnización por despido improcedente”, en AA.VV., coordinados por José Luis Gil y José Manuel del Valle, *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Editorial Cinca, Madrid 2009, páginas 411 a 413. En similares términos Gil y Gil, J.L. y Sagardoy de Simon, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid 2007, página 85.

¹¹ Bentolila, M.: “Costes de despido: una panorámica”, *Revista de Economía Pública* n° 5 (1989), página 70.

el despido es caro en nuestro país, se hace desde un concreto dato: los 45 días de indemnización. Ahora bien, se obvia otro dato que es esencial: que la cuantía básica para el cálculo está formada por la propia cuantía de salario, que evidentemente es muy diferente entre los distintos países de la UE. Todo ello al margen de que no se tienen en cuenta otros posibles costes de la extinción que no estén fijados por la regulación legal, sino por la negociación colectiva; costes que no son frecuentes en nuestro país, pero sí en otros estados europeos y que suponen un importante incremento al coste del despido. En definitiva, parece que esta manera de enfocar la cuestión (hay que asimilar el ordenamiento español al de otros países europeos), no es precisamente muy acertado¹².

Por otra parte, En cuanto a que un despido barato implique la creación de empleo, hay que señalar que aún cuando este es un argumento recurrente, jamás se ha podido aportar una prueba suficiente sobre la certeza de tal afirmación¹³. De otro lado, hay que puntualizar que existen estudios alternativos que ponen de manifiesto cómo los costes por despido no tienen un gran efecto sobre la decisión de contratar, dependiendo de otras variables o elementos; de manera que altos costes de despido no implican necesariamente que se reduzca el nivel de empleo¹⁴. Más aún, la prueba de fuego de esta afirmación la vamos a tener durante este mismo año 2012, pues según todas las opiniones, a pesar de la profunda reforma, lo que va a acontecer es justamente una profunda pérdida de empleo. Recordemos que justamente con la normativa derogada es cuando nuestro país ha alcanzado las mejores cifras de empleo¹⁵, lo cual es tremendamente paradójico para los que reclaman la reducción de los costes de despido como mecanismo de creación de empleo. De otro lado, teniendo en cuenta que en el mejor de los casos un despido barato puede crear empleo en fase de economía expansiva, mientras que en economía recesiva lo que realmente va a hacer es destruir ese mismo empleo; al final, el resultado es que el efecto de creación queda neutralizado a medio plazo. Debemos admitir, por tanto, que el coste de despido es una variable que no tiene tanta incidencia sobre el empleo como algunos preconizan¹⁶.

¹² Llobera, M.: “Algunos apuntes sobre la «flexiseguridad» desde la perspectiva comunitaria: el imperativo de la competitividad y el empleo en las reformas del despido en España y en Europa”, en AA.VV. dirigidos por Francisco Pérez Amorós, *La extinción del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete 2006, página 516.

¹³ En este sentido Ramos Quintana, M.I.: “Debates en torno al despido en España y amortización objetiva y colectiva de puestos de trabajo”, *Revista de Derecho Social* n° 47, páginas 22 y 23. De igual manera Gallino, L.: *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2008, páginas 45 y ss.

¹⁴ Malo Ocaña, M.A.: “Las indemnizaciones por despido un problema de negociación”, ACARL, Madrid 1998, página 17.

¹⁵ Por ejemplo, en 2007 estábamos en el 9% de desempleo, vid. el Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo (EPA-19), en www.mtin.es/estadisticas/bel/EPA/epa19_top_HTML.htm.

¹⁶ Así lo han reconocido los propios estudios económicos, como Jimeno, J.F. y Toharia, L.: “El despido y sus costes: ¿qué reformas?”, *Economistas* n° 55 (1992), página 252.

Por último, en cuanto a los efectos del coste del despido sobre la contratación temporal, hemos de tener en cuenta que el proceso de reducción de los costes de despido no es precisamente algo novedoso en nuestro país: prácticamente cada una de las reformas laborales que se han producido desde 1980 en adelante en nuestro país ha tenido como repercusión, de una u otra manera, una reducción de los costes de extinción. Sin embargo, si comparamos ese proceso de reducción de costes con la contratación temporal, encontramos que nunca ha llegado a afectar de una manera mínimamente importante a la contratación temporal; desde luego, la contratación temporal no ha bajado del 90% del total de los contratos registrados, salvo en momentos puntuales. Por lo tanto, la experiencia anterior no evidencia que una reducción del coste del despido implique la limitación de la contratación temporal y el incremento de la contratación indefinida¹⁷. Si queremos plantear el análisis de la contratación temporal desde el punto de vista de su vinculación con los costes de despido, hemos de concluir que en realidad la responsabilidad del mantenimiento de una tasa de temporalidad tan alta es consecuencia directa, no del elevado coste del despido, sino del reducido coste de la contratación temporal. No se trata de formular una tautología, sino de evidenciar donde está el problema: desde mi punto de vista, por mucho que se abarate el despido, siempre será más apetecible para el empresario la contratación temporal; y ello por una sencilla razón de carácter estrictamente económica: el contrato temporal es más barato. Si el empresario puede obtener el mismo servicio con dos costes diferentes, siempre elegirá el de menor coste. Consecuentemente una reducción de los costes de despido, aún cuando sea drástica, no va a suponer el fin de la dualidad, pues el contrato temporal sigue siendo mucho más barato. Lo que debe plantearse el legislador no es abaratar el despido, sino encarecer el contrato temporal y desde mi punto de vista es mucho más eficaz el incremento de las cotizaciones de este tipo de contrato, que establecer una tasa por su utilización en forma de indemnización por finalización de contrato. Todo ello nos lleva a entender que resulta realmente paradójico que se reduzca la cuantía de la extinción por despido, cuando nada tiene que ver con la dualidad del mercado de trabajo, y que además, se utilice como justificación esa misma dualidad. Más aún, si realmente resultase que el coste del despido es responsable de la dualidad del mercado, caería por su propio peso la crítica de que el despido es caro en España: dado que hay una tercera parte de la población ocupada con contrato temporal, a la que no se aplica el despido como solución extintiva, es evidente que los efectos económicos del despido tienen un ámbito muy limitado de actuación.

¹⁷ Sobre la cuestión puede verse Gorelli Hernandez, J.: *El coste (...)*, op. cit., página 241 y ss.

2.4. Los salarios de tramitación como indemnización residual: la involución del Derecho del Trabajo

Junto con la reducción de la indemnización básica de despido, nos vamos a encontrar que el RD-Ley 3/2012 establece otro mecanismo que está dirigido a reducir los costes de la extinción: la práctica supresión de los salarios de tramitación. Concretamente el procedimiento utilizado por el legislador consiste en mantener el abono de los salarios de tramitación sólo en tres situaciones, que en realidad son residuales, suprimiendo el principal supuesto en que el empresario estaba obligado a su abono. Más concretamente, se ha suprimido el deber de abonar los salarios de tramitación en caso de despidos improcedentes con opción por la indemnización.

Bajo la regulación actual existen tres situaciones en las que se cobran salarios de tramitación: en primer lugar, cuando declarado el despido improcedente, el empresario opta por la readmisión (art. 56.2 ET). En segundo cuando se trata de un despido improcedente de los representantes de los trabajadores, sea representación legal o delegado sindical (art. 56.4 ET), y ello con independencia de cuál sea la opción del representante de los trabajadores (readmisión o indemnización). Por último, cuando estamos ante un despido nulo, el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación como consecuencia del mantenimiento de la relación laboral. En el resto de situaciones los salarios de tramitación han desaparecido tal como hemos señalado.

De entrada hay un primer efecto que tiene esta regulación y que debemos mencionar pues es relevante: con esta supresión se está abaratando la extinción y encareciendo (comparativamente) la readmisión; o dicho de otra manera, se incentiva legalmente la extinción del contrato frente a la readmisión de los trabajadores. Teniendo en cuenta que nuestro país era ya el que ostentaba el índice más bajo de readmisión de trabajadores en el mundo civilizado, es evidente lo inapropiado de esta regulación¹⁸.

Los salarios de tramitación son una institución de rancio abolengo en nuestro ordenamiento, pues la primera vez que se estableció una regulación sobre los mismos fue a través del art. 17.6 del Real Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926, de la Organización Corporativa¹⁹; precepto que establecía la obligación del patrono consistente en abonar al trabajador “el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubiesen mediado entre el despido y la readmisión, o, en su caso, entre el despido y el día que el obrero se

¹⁸ Vid. al respecto Gomez Abelleira, F.J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2009, páginas 26 y 26, citando datos del informe OCDE “Employment Outlook, 2004”, en www.oecd.org.

¹⁹ Vid. Gorelli Hernández, J.: *El coste (...)*, página 60.

hubiere colocado nuevamente”, abono que debía realizarlo con independencia de que se readmitiese o no al trabajador²⁰.

El profesor Duran López señaló tiempo atrás que la regulación sobre el despido ha venido describiendo desde sus orígenes hasta hoy una parábola imperfecta: desde la regulación establecida por la codificación inspirada en el Código napoleónico, la parábola ha ido ascendiendo con normas jurídicas que han ido introduciendo mecanismos de tutela del trabajador, alcanzando su punto máximo de ascenso con la Ley de Relaciones Laborales de 1976; a partir de ahí, la parábola comienza a descender, disminuyendo los estándares de tutela de los trabajadores, descenso que no se ha frenado con el Estatuto de los Trabajadores²¹. Pues bien, desde mi punto de vista, en materia de salarios de tramitación esta parábola es más que evidente, estando hoy día mucho más atrás que con la regulación originaria de 1926. Ello hace que nos preguntemos si en este punto estamos realmente ante una evolución del Derecho del Trabajo, o ante una involución del Derecho del Trabajo.

Cuestión importante, y no resuelta expresamente por el RD-Ley 3/2012, es la relativa a la regulación transitoria en materia de salarios de tramitación. A diferencia de la reducción de la indemnización por despido improcedente, el legislador no ha previsto expresamente la transición entre la regulación anterior y la desaparición de los salarios de tramitación. Es claro que en los despidos improcedentes producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, si el empresario opta por el abono de la indemnización, no tendrá que pagar además los salarios de tramitación. El problema reside en los despidos producidos con anterioridad a la reforma y no resueltos judicialmente a la entrada en vigor de esta. Desde mi punto de vista hay que aplicar la regulación vigente en el momento en que se produjo el despido, con independencia de la fecha de presentación de la demanda, y por supuesto, con independencia de la fecha en que se dicte sentencia.

2.5 Salarios de tramitación y despido exprés: ¿supresión o mutación?

Ciertamente bajo la anterior regulación del art. 56.2 ET ya se había introducido en nuestro ordenamiento un mecanismo para liquidar los salarios de tramitación, consistente en el depósito de la indemnización con reconocimiento de la improcedencia y que vulgarmente se denominó despido exprés. Tal como

²⁰ En todo caso hay que aclarar que se trata de la redacción de dicho art. 17 dada por el Real Decreto de 22 de julio de 1928, que modificaba al Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926 en relación a los Comités paritarios, especialmente en cuanto a su competencia en los despidos (Gaceta de 5 de agosto).

²¹ Duran Lopez, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos (En torno a los artículos 52 y 53)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100 (2000), páginas 1090 a 1092.

ya hemos señalado esta regulación ha desaparecido del ordenamiento laboral, pues es absolutamente innecesaria con la radical supresión de los salarios de tramitación. Este mecanismo suponía un importante ahorro para el empresario, una reducción de la litigiosidad, pero también implica importantes peligros desde la perspectiva jurídica, pues suponía un despido sin control judicial. A tenor de la exposición de motivos, esta modalidad extintiva es absolutamente deleznable, merecedora del repudio absoluto, afirmando que incluso esta regulación suponía limitar las posibilidades de impugnación judicial, motivos por los que debe ser suprimido, de hecho se reclama su supresión como un gran éxito de la reforma laboral de 2012²².

Ahora bien, el hecho de que la regulación contenida en la anterior redacción del art. 56.2 ET haya sido suprimida, no implica, ni mucho menos, la desaparición del despido exprés. Lo que ocurre es que despojado esta figura de sus elementos formales (el reconocimiento expreso de la improcedencia, el depósito judicial de la indemnización), el despido exprés permanece agazapado, oculto; pero la potencialidad del mismo incluso se ha acrecentado.

En realidad, lo esencial de lo que hemos venido denominando como despido exprés era que el ordenamiento favorecía que no se demandase por la vía de desincentivar la demanda limitando el acceso a los salarios de tramitación. El hecho del reconocimiento por escrito y el depósito de la indemnización no son sino elementos realmente accesorios en esta figura. Esa limitación de los salarios de tramitación hacía que el trabajador nada tuviese que ganar en el proceso laboral, lo que facilitaba que el trabajador aceptase la indemnización y el empresario podía imponer el despido sin control.

Pues bien, si el elemento esencial de este mecanismo consiste en limitar la posibilidad de la demanda judicial por la vía de no generar salarios de tramitación, es evidente que la reforma supone justamente eso: en la inmensa mayoría de los casos de despido sin causa, se opta por la indemnización (la experiencia lo demuestra); y a partir de la reforma de 2012 se establece, no como posibilidad, sino como mandato legal, que no se abonan salarios de tramitación en este caso. Esto supone que en la mayoría de los casos de despido, el trabajador no tendrá aliciente alguno para demandar al empresario; más aún, va a percibir que el empresario le está haciendo un favor si le reconoce la improcedencia y le abona la indemnización; pues no va a tener gastos derivados de un litigio.

²² Afirma la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 que “El «despido exprés» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un, mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales”.

En puridad, con la nueva regulación se estaría incentivando comportamientos similares a los que ya estábamos acostumbrados con el despido exprés: ante un despido en el que el empresario conoce que carece de causa suficiente, dado que ya no hay salarios de tramitación (si se opta por la indemnización), el empresario ofrecerá en conciliación (o directamente en el momento del despido) la indemnización legal, con el aliciente de que no tenga que sufrir costes procesales. En estos casos, el trabajador no tiene nada que ganar con el proceso de despido, y si tiene la posibilidad de suprimir los costes del litigio. Todo ello, insistimos, sin control judicial. ¿Sigue existiendo o no el despido exprés?

Merece la pena destacar que en esta nueva versión del despido exprés estamos ante una situación mucho más favorable al empresario, pues ni tan siquiera se tiene que aplicar el conjunto de cautelas reguladas en la anterior redacción del art. 56.2 ET: no hay que reconocer expresamente la improcedencia del despido, bastando con ofrecerla al trabajador; no es necesario depositar la indemnización, sino abonarla cuando el trabajador acepte la propuesta. Además, los trabajadores no van a tener la ventaja que ofrecía el art. 105.3 LRJS, pues ha sido derogado expresamente por la Disp. Derogatoria del RD-Ley 3/2012. Dicho art. 105.3 sólo ha tenido una vigencia de dos meses entre la entrada en vigor de la LRJS y el RD-Ley 3/2012, y daba solución a una cuestión que había venido planteando como especialmente problemática: si una vez reconocida la improcedencia por el empresario, si pese a ello el trabajador demandaba, el empresario podía defender la procedencia del despido ante el juez de lo social. Existía un buen número de autores que habían considerado el carácter constitutivo del reconocimiento empresarial, de modo que éste no podía ir en el juicio en contra del reconocimiento de la improcedencia²³. Pues bien, la LRJS optó expresamente por esta solución, al regular en el mencionado precepto que si el empresario reconocía la improcedencia del despido en base al art. 56.2, dicho reconocimiento vinculaba al empresario, de manera que no podía defender posteriormente la procedencia del despido. Esta regla desaparece del ordenamiento; por lo que ante la falta de formalidad que ahora va a tener la mutación del despido exprés, será muy difícil llegar a la misma conclusión.

²³ En similar dirección Blasco Pellicer, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 21; de igual modo Baylos Grau, A. y Perez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid 2009, páginas 169 y 170; Esteve Segarra, A.: *Los salarios de tramitación*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona 2009, página 143; Lujan Alcaraz, J. y Rios Mestre, J.M.: “Despido y salarios de tramitación”, en AA.VV., dirigidos por Antonio Vicente Sempere Navarro, *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2004, página 615; Perez-Beneyto Abad, J.J.: “Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en AA.VV., dirigidos por Juan Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid 2004, página 267; Saiz De Marco, I.: “Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado”, *Actualidad Laboral* nº 12 de 2003, página 233; Gorelli Hernandez, J.: “El coste económico (...)”, op. cit., páginas 370 y ss.

Pero más aún, al haberse suprimido los salarios de tramitación en estos casos, puede ocurrir perfectamente que los empresarios que despidan decidan reducir la cuantía legal de las indemnizaciones por despido: siempre que la reducción sea inferior al coste del litigio por despido, el trabajador puede tener un aliciente en aceptar dicho ofrecimiento, aunque la cuantía indemnizatoria esté por debajo de lo legalmente establecido. Si a todo esto le unimos el colapso que hoy tienen los juzgados de lo social, el panorama de despidos pactados por debajo del coste legal es más que posible. Desde esta perspectiva se comprueba perfectamente cuál era el sentido y objetivo del abono de los salarios de tramitación en la improcedencia con opción por la indemnización: permitir que un trabajador, pueda defender sus derechos judicialmente en caso de despido. Esta posibilidad es, hoy día, cada vez más remota.

Debemos reconocer que la supresión de los salarios de tramitación es una práctica que implica limitar el libre acceso del trabajador al derecho a la tutela judicial, pues se desincentiva la presentación de la demanda²⁴. Ello cuestiona la causalidad del despido²⁵, pues en la práctica implica una evidente falta de control judicial sobre los supuestos de despido. Ciertamente con la regulación previa a la reforma se pretendía resolver los efectos nocivos de la pérdida de los salarios de tramitación en caso de despido exprés por la vía de estimar que en estos supuestos estábamos ante una situación legal de desempleo que generaba derecho a la prestación por desempleo²⁶. No obstante, ya he tenido ocasión de señalar en algún trabajo anterior, que la posibilidad de acceder a la prestación por desempleo cuando el trabajador es despedido sin derecho a salarios de tramitación, no implica necesariamente una tutela similar a la que tendría derecho el trabajador en caso de poder cobrar los salarios de tramitación²⁷: el hecho de encontrarse en situación legal de desempleo no garantiza el cobro de la prestación, pues además el trabajador debe haber cubierto el período mínimo de carencia. Esto supone que si el trabajador no ha cotizado lo suficiente, no sólo no tiene derecho a los salarios de tramitación por despido ilícito, sino que además tampoco tiene derecho a la prestación por desempleo²⁸. Además,

²⁴ Sobre la cuestión, Molero Maraño, M.L.: “Salarios de tramitación y régimen de despido”, *Aranzadi Social* Tomo V de 2003, Página 630.

²⁵ Vid. respecto de la regulación anterior, Lahera Forteza, J.: “Los efectos de la reforma del despido”, en AA.VV., dirigidos por P. Gente Castrillo y F. Valdés Dal-Re, *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo*, Editorial Cinca, Madrid 2003, página 181.

²⁶ En este sentido afirma la Exposición de Motivos del propio RD-Ley 3/2012, que “el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva”.

²⁷ Gorelli Hernández, J.: *El coste económico (...)*, op. cit., página 304.

²⁸ En este sentido Carril Vazquez, X.M.: “La regulación legal de los salarios de tramitación”, *Actualidad Laboral* nº 33 de 2002, página 748.

de acceder a la prestación por desempleo, se va a cobrar un porcentaje (70 o 60%) calculado sobre una base reguladora, lo que genera una prestación cuya cuantía es inferior a la del salario, por lo que la protección ofrecida por esta vía es menor²⁹. De otro lado, el hecho de tener que acceder a la prestación por desempleo cuando podría estar cobrando salarios de tramitación supone que se está obligando al trabajador al consumo de la prestación por desempleo³⁰.

2.6. Supresión de los salarios de tramitación y desprotección de los trabajadores temporales o de pocos años de servicio en la empresa

Pero si la reducción de los salarios de tramitación (su práctica desaparición salvo los supuestos residuales) ya es un golpe bastante fuerte a los intereses de los trabajadores en general, su repercusión sobre los trabajadores temporales o con escasa antigüedad es todavía mayor y más relevante. Hemos de recordar que la regulación sobre indemnizaciones en el despido está pensada para relaciones laborales estables y de amplia duración, pues la antigüedad o años de servicio es el elemento multiplicador de la base económica que permite elevar la cuantía de la indemnización. Ahora bien, este sistema indemnizatorio genera una profunda desprotección a los trabajadores inestables o que tengan pocos años de servicio, pues las cuantías indemnizatorias van a ser tremendamente reducidas, aún cuando no haya la más mínima causa de extinción o dicha causa no sea más que una invención para despedir al trabajador. De esta manera es perfectamente posible, incluso no es más que una consecuencia lógica del sistema indemnizatorio, que despidiendo a dos trabajadores por idéntico motivo, uno con contrato indefinido y amplia antigüedad y otro temporal, resultando dicho motivo falso o siendo insuficiente para configurar una justa causa; sin embargo, pese a esa igualdad de partida, los dos trabajadores van a recibir indemnizaciones que son totalmente diferentes.

Hay que subrayar que calcular una indemnización sobre una circunstancia como los años de servicio cuando el trabajador es temporal, no es más que una profunda burla al principio de causalidad del despido. Lo lógico es que las indemnizaciones a favor de los trabajadores con contrato temporal sean muy reducidas, meramente simbólicas o casi inexistentes. La única vía de tutela económica en estos casos eran los salarios de tramitación. Hoy día estos salarios han desaparecido si se opta por la indemnización. Teniendo en cuenta que

²⁹ Garate Castro, J.: “La reforma del régimen jurídico del despido; en particular de los salarios de tramitación”, *Aranzadi Social* Tomo V de 2002, página 825.

³⁰ Garcia-Perrote Escartin, I. y Mercader Uguina, J.R.: “Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002”, en AA.VV., dirigidos por Ignacio Garcia-Perrote Escartín, *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid 2002, página 84.

se ha reducido la indemnización básica en su cuantía, si esta indemnización utiliza un elemento multiplicador como los años de servicio y si se suprimen los salarios de tramitación, la causalidad prácticamente deja de existir en estos supuestos. A tenor de esta regulación, la situación de desprotección de estos colectivos de trabajadores es notoria. Consecuentemente creo que es imprescindible retomar el modelo del despido improcedente de estos trabajadores y empezar a plantear alternativas jurídicas que faciliten una mayor protección a los mismos a los efectos de despido: no olvidemos que la tasa de temporalidad está incluso por encima del 30%, y el porcentaje de contratos de trabajo registrados que tienen naturaleza temporal supera desde hace años el 90% anual. Es decir, tenemos una tercera parte de los trabajadores infraprotegidos a los efectos de la regulación de despido; ya lo estaban antes de la reforma, pero la actual regulación implica incrementar esa desprotección.

2.7. De nuevo sobre la naturaleza de los salarios de tramitación. Otras novedades en la regulación procesal de los salarios de tramitación

Por otra parte, teniendo en cuenta la actual redacción del art. 56 ET, creo que es necesario hacer una alusión al tema de la naturaleza de los salarios de tramitación³¹. Como es conocido la jurisprudencia laboral ha venido defendiendo la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación³². Ahora bien, creo que en buena medida ello era justamente debido a que la mayor parte de los casos en los que se abonaban los salarios de tramitación era en los despidos en los que ante la demanda del trabajador, se declaraba la improcedencia con opción por la indemnización. En estos casos, dado que el despido disciplinario producía efectos extintivos originarios, podía defenderse con razón que los salarios de tramitación eran una indemnización (otra cosa es, estimo, en el resto de supuestos). Al haber desaparecido este supuesto podemos plantearnos perfectamente el tema de la naturaleza de los salarios de tramitación.

Sobre esta cuestión recordemos un elemento que introduce la propia reforma y que hemos mencionado supra: el art. 56.1 *in fine* ET afirma con rotundidad que el abono de la indemnización “determinará la extinción del contrato”, produciendo el despido efectos extintivos originarios. Es decir, el legislador ha regulado de manera expresa la eficacia extintiva originaria, sólo en caso de despido improcedente con opción por la indemnización. Esto supone que la improcedencia con opción por la readmisión, supone, o bien la reconstrucción

³¹ Sobre esta cuestión vid. lo señalado por Gorelli Hernández, J.: *El coste económico (...)*, op. cit., páginas 344 y ss.

³² Vid. SS.TS de 13 de mayo de 1991, RJ 1991\397; 14 de julio de 1998, RJ 1998\8544; 28 de abril de 1999, RJ 1999\4668; 10 de julio de 2000, RJ 2000\7175; 26 de octubre de 2002, RJ 2003\2804; 20 febrero de 2006\5489.

de la relación laboral de manera que se subsana el acto extintivo y no produce efecto jurídico alguno; o bien se admite que el despido improcedente con readmisión no produce efectos extintivos. Tanto se defiende una solución o la otra, estamos ante un sólido argumento para defender la naturaleza salarial de los salarios de tramitación. A la misma solución puede llegarse en caso de despidos nulos, incluso en estos casos con mucha más claridad.

En contra de esta conclusión podría argumentarse que en los despidos improcedentes con opción por readmisión, sigue aplicándose la regla de reducción de los salarios de tramitación si el trabajador encuentra otro empleo, regla que sigue permitiendo defender la naturaleza indemnizatoria: si se puede deducir es por el hecho de que los salarios de tramitación son una indemnización por los daños que sufre el trabajador (la pérdida del salario); si estos daños no existen, pues ha encontrado un nuevo empleo, no hay motivo para mantener la indemnización, permitiéndose su reducción. En todo caso, seamos partidarios de una u otra posición sobre la naturaleza de los salarios de tramitación, lo cierto es que la nueva redacción del art. 56.2 ET ofrece una nueva posibilidad para volver a plantearse esta nueva cuestión.

Desde el punto de vista de la cuantificación de los salarios de tramitación, la regla actual es idéntica a la establecida en el viejo art. 56.1 b), manteniéndose, tal como hemos visto supra, el descuento de los salarios percibidos en otro empleo al que haya accedido el trabajador entre el despido y la sentencia. Se mantiene también la posibilidad de pago por el Estado de los salarios de tramitación cuando la sentencia se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda (art. 57.1 ET y arts. 116 y ss LRJS).

Para terminar, hay que hacer referencia a la incidencia de la regulación procesal sobre la cuantía de los salarios de tramitación. De entrada, se ha procedido a alterar lo previsto en el art. 110.1 LRJS. El RD-Ley 3/2010 adapta la normativa procesal a la nueva regulación sustantiva sobre salarios de tramitación, lo que supone una serie de alteraciones de dicho art. 110.1. Pues bien, de esa regulación interesa destacar lo previsto en su letra b). Este precepto señala que en aquellos casos en los que conste no ser posible la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia, y a solicitud del demandante, tener hecha la opción por la indemnización en la propia sentencia. En estos casos, se declarará “extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia”. Pues bien, la redacción originaria de la LRJS en este punto implicaba también que la sentencia condenase al abono de los salarios de tramitación calculados hasta la sentencia. En principio no hay problemas por la eliminación de este último elemento de la sentencia, pues los salarios de tramitación han sido suprimidos de la improcedencia con opción por la indemni-

zación. El problema viene en los despidos improcedentes de representantes de los trabajadores, pues en este caso si existe el derecho a salarios de tramitación: estaríamos ante un supuesto en el que siendo imposible la readmisión, solo cabe la indemnización y a tenor del cambio en la redacción del art. 110.1 LRJS el representante estaría perdiendo el derecho a los salarios de tramitación.

Y ya para terminar con esta cuestión de los salarios de tramitación, recordemos que se ha modificado lo dispuesto en la letra b) del art. 111.1 b) LRJS, adaptando el precepto a la nueva realidad consistente en que en caso de opción empresarial por la indemnización, no se abonan salarios de tramitación, incluso si la sentencia es recurrida: dado que en los casos de improcedencia con opción por readmisión no hay ya salarios de tramitación, lógicamente estos tampoco se abonan en caso de recurso contra la sentencia. De igual manera, en materia de ejecución de sentencia, se establece una adaptación del art. 281.2 b) LRJS, que a tenor de la nueva regulación se remite a las percepciones económicas del art. 56.1 y 2 ET. En ambos casos no se producen realmente alteraciones esenciales, sino que se trata simplemente de adaptar las reglas procesales a los cambios del ordenamiento de carácter sustantivo.

3. REFORMAS AL DESPIDO OBJETIVO

3.1. Perspectiva general

Otro de los ámbitos extintivos donde se han producido modificaciones de relevancia es el despido objetivo. Este instrumento de extinción presenta en su configuración un doble aspecto que lo convierte en un verdadero híbrido: de un lado existe un conjunto de causas, las originarias o individuales, que tienen en común entre sí estar basadas en circunstancias imputables al trabajador, pero no a su voluntad (es decir, que no son incumplimientos contractuales del trabajador): ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, excesiva morbilidad del trabajador o absentismo. En todas ellas el elemento común que las liga no solo es su carácter estrictamente individual, sino el hecho de que en todas estas causas el mantenimiento del contrato de trabajo supone una excesiva onerosidad para el empresario. Como vamos a ver al menos dos de estas causas han resultado afectadas por la reforma introducida por el RD-Ley 3/2012: la falta de adaptación del trabajador y la excesiva onerosidad.

Pero junto a las causas originarias del despido objetivo, nos vamos a encontrar las causas de carácter colectivo o imputables a la propia empresa: económicas, técnicas, organizativas o productivas. Formalmente la regulación del despido objetivo en esta materia no ha sufrido alteración alguna. No obstante,

la delimitación de estas causas está íntimamente relacionadas con el art. 51 ET, con el despido colectivo; no en vano el art. 52 letra c) ET (que regula estas causas en el despido objetivo y que no ha sido modificado) se remite directamente al art. 51.1 ET. Pues bien, es aquí donde debemos resaltar que se ha producido el cambio más importante en cuanto a las causas de despido objetivo, sobre todo en relación al despido por causas económicas: su nueva configuración supone una enorme simplificación para el empresario, facilitando la extinción al configurarse la causa económica como una simple disminución del nivel de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos, aún cuando sigan existiendo beneficios empresariales y estos puedan ser cuantiosos. En todo caso, para el análisis de esta cuestión hemos de remitirnos al estudio correspondiente al despido colectivo en este mismo número monográfico de la revista. Ahora sólo debemos destacar que aún cuando formalmente no se ha producido reforma en el despido objetivo en este punto, es justamente aquí donde se ha producido una reforma de enormes consecuencias. No en vano la mayor parte de los despidos objetivos se realizan a través de esta causa y la mayor parte de los despidos por causas empresariales se reconducen al despido objetivo y no al colectivo. Probablemente el despido objetivo “plural” o por causas colectivas se convierta en la modalidad de despido más utilizada en un futuro inmediato en nuestro país.

Por otra parte, aún cuando formalmente los preceptos del despido objetivo hayan sido alterados sólo en el ámbito de ciertas causas, su regulación se encuentra vinculada o conectada con otras normas que si han sido profundamente modificadas por la reforma: los efectos del despido improcedente (art. 56 ET), o la asunción por parte del Fondo de Garantía Salarial de una parte de la indemnización (art. 33.8 ET). En el caso de los efectos del despido improcedente remitimos el análisis al despido disciplinario, pero si analizaremos en este epígrafe la reducción del coste del despido objetivo a través del FOGASA.

En todo caso debemos hacer una última advertencia antes de pasar al análisis de la nueva regulación: estamos realizando un comentario de la última reforma laboral que ha azotado a nuestro país, la introducida por el RD-Ley 3/2012, pero es conveniente tener un poco de memoria histórica. No sólo se trata de una reforma aislada, sino que la regulación del despido objetivo ya ha sido previamente alterada por una reciente reforma en el año 2010 (RD-Ley 10/2010 y Ley 35/2010), que ya introdujo una importante flexibilización de esta modalidad de despido, sobre todo desde dos puntos de vista. En primer lugar, por la reducción del período de preaviso, que pasó de 30 a 15 días, rebajando así el coste económico del despido al empresario. De otro lado, se procedió a la supresión de la calificación de nulidad por incumplimientos formales en el despido objetivo. Con esta modificación se produjo una reducción del ámbito de la estabilidad real y se generaliza la improcedencia del despido y

la solución indemnizatoria propia de la estabilidad obligatoria. Desde mi punto de vista ello supuso flexibilizar la regulación sobre el despido, reduciendo el control de la existencia de causa y el coste del despido: lo que se hace es facilitar la extinción del contrato sin readmitir al trabajador para volver a despedirlo, ahorrándose los salarios que deberían abonarse al trabajador desde la readmisión hasta el nuevo despido y la ulterior sentencia en su caso. La nueva reforma viene a ahondar en la misma dirección extremando los efectos de la flexibilidad laboral en el ámbito del despido.

3.2. El despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo

En cuanto a la falta de adaptación del trabajador, se han producido una serie de alteraciones que desde cierto punto de vista introduce una mayor racionalidad en esta causa de extinción de los contratos de trabajo. Con la redacción anterior se establecía que el despido sólo podía producirse transcurridos dos meses desde que se introdujo la modificación, y se planteaba la suspensión del contrato en aquellos casos en los que la empresa ofreciese un curso de reconversión o perfeccionamiento profesional dirigido a capacitarle para la adaptación requerida. Dicha situación de suspensión (y consecuentemente el curso) tendría una duración máxima de tres meses. La existencia de ese doble plazo, de un lado los dos meses y de otro los tres meses, generaba una cierta complejidad que ahora se simplifica.

La nueva regulación establece como causa de despido la falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, si bien dichos cambios deben ser razonables, regla que ya estaba presente en la regulación anterior. Ahora bien, con carácter previo, el empresario deberá ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El curso es obligatorio, a diferencia de la regulación anterior, en la que no tenía dicha consideración, sino que era una opción posible para el empresario³³. De otro lado, al ser una actividad obligatoria para el empresario, se evidencia la posibilidad de que judicialmente sea controlable, no solo el hecho de que el trabajador reciba el curso, sino también que por su contenido, calidad y duración facilite o no una verdadera adaptación del trabajador, así como el hecho de que dicho curso sea suficiente para la finalidad perseguida que es facilitar la adaptación: a tenor de la nueva regulación no habría causa de despido no sólo si no se facilita ese curso, además, tampoco sería procedente el despido

³³ No obstante existían discusiones doctrinales entorno a la obligatoriedad de dicho curso. En este sentido vid. Bidon y Vigil de Quiñones, I.: "Falta de adaptación a las modificaciones técnicas", en AA.VV., coordinados por Juan Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid 2004, página 400.

objetivo por esta causa cuando el curso ofrecido sea insuficiente para facilitar esa adaptación.

Estimo que el hecho de hacer exigible que se desarrolle una actividad formativa supone un elemento positivo en esta regulación, y debe ser bienvenido. Ahora bien, es más criticable la construcción legal relativa a los plazos para proceder al despido (crítica que no debe ocultar que la regulación anterior era igualmente criticable). Con la regulación actual se señala que la extinción sólo puede producirse a partir del plazo de dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizo la actividad formativa dirigida a facilitar la adaptación del trabajador.

Hay que aclarar la relación entre duración del curso y plazo mínimo a partir del cual puede despedirse. Literalmente la duración del curso no condiciona el plazo mínimo a partir del cual es posible despedir, pues los dos meses pueden computarse desde la finalización de la acción formativa o desde la introducción de la modificación. Pero, al contrario, dado que puede despedirse a partir de los dos meses desde la modificación, se podría condicionar la duración de la acción formativa (no podría durar más de los dos meses, pues el empresario puede despedir desde ese momento). Es evidente que hubiese sido más adecuado computar los dos meses desde la finalización del curso, con independencia de la duración del mismo, pues éste ahora tiene ese carácter obligatorio; además, ello sería coherente con la finalidad de comprobar si el curso ha surtido efecto y el trabajador ha podido adaptarse a los cambios del puesto de trabajo.

Ahora bien, hemos de plantearnos qué ocurría en los casos en los que, dada la complejidad de la innovación tecnológica, la acción formativa dure más de dos meses. Pese a que pueda entenderse que dicho plazo afecta a la duración de la acción formativa, lo cierto es que el legislador, en la actual redacción no ha previsto expresamente una duración máxima. Desde nuestro punto de vista parecería ilógico que si el propio empresario establece un curso superior a los dos meses, se le permita la extinción sin que el mismo finalice y sin que el trabajador haya tenido posibilidad alguna de demostrar que se encuentra capacitado para dicha adaptación. Parecería que la única interpretación lógica, pese a la literalidad del precepto, sería la de admitir que el plazo de los dos meses se computan desde la finalización de la actividad formativa; salvo, lógicamente, que se permita caer en una clara contradicción entre la literalidad del precepto y la finalidad perseguida con esta causa despido, que no es sino la de prescindir de aquellos trabajadores que quedan obsoletos y son incapaces de reciclarse pese a los esfuerzos formativos de la empresa.

Para terminar una aclaración: la actual redacción sigue cayendo en el equivoco de considerar que durante el curso formativo el contrato se encuentra en situación de suspensión: no es cierto, por mucho que así lo afirme la letra b)

del art. 52 ET, el mismo precepto afirma (igual que la redacción anterior), que “el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo”. Recordemos que en base al art. 45.2 ET, la situación de suspensión implica que el trabajador cesa en el desarrollo de la prestación laboral y el empresario cesa en su obligación de remunerar el trabajo. En realidad, el legislador ha cometido un exceso en la redacción del precepto, pues en estos casos el trabajador no sufre una inactivación del contrato de trabajo: si bien no desarrolla actividad productiva de manera directa, si realiza actividades que están indirectamente vinculadas con su prestación de trabajo y el empresario recibirá un beneficio por dicha actividad (en forma de mejorar de la capacidad profesional que redundará en la competitividad y productividad de la empresa). Desde este punto de vista el trabajador puede seguir estando sujeto a horario de trabajo y estar sometido al control empresarial de manera directa.

3.3. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador

La letra d) del art. 52 ET también ha sufrido un importante cambio. En realidad, si analizamos el precepto podremos comprobar que en realidad no se ha introducido novedad alguna en el mismo, sino que el legislador se ha limitado a eliminar una frase dentro de la redacción de dicho precepto; el problema es que la frase suprimida es bastante importante para la configuración de esta causa de despido: la nueva redacción supone suprimir el requisito de que se supere un determinado porcentaje de absentismo de la plantilla del centro de trabajo. En la actualidad el empresario puede despedir al trabajador con independencia de cuál pueda ser el índice de absentismo, si es que existe absentismo en la plantilla.

Es evidente el enorme interés por parte del legislador de afrontar el problema del absentismo. Cuestión diferente es si ha exagerado en el instrumento utilizado para ello. Este planteamiento presupone que, con carácter general, los trabajadores de nuestro país son básicamente absentistas, que bordean los límites de la legalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en cuanto a la asistencia al trabajo. Sinceramente creo que este es un fenómeno que tiene bastante que ver con las malas condiciones de trabajo y la repercusión que estas puedan tener. De otro lado, no se ha explorado con seriedad otras posibles alternativas que pueden tener la misma utilidad que un despido de estas características, como la utilización de instrumentos salariales que incentiven la reducción del absentismo.

Recordemos brevemente el proceso de modificaciones: la Disp. Final 3ª del RD-Ley 10/2010 ampliaba los supuestos que no pueden tenerse en cuenta en el cómputo de las faltas de asistencia al trabajo, mencionando expresamente al riesgo durante la lactancia, que bajo la regulación anterior no estaba expre-

samente incluida. Con posterioridad la Ley 35/2010 introdujo una notable diferencia que facilitaba de una manera extraordinaria esta causa de despido: se podrá despedir por faltas de asistencia aún justificadas, cuando estas alcancen el 20% en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos, pero se reducía el índice de absentismo total de la plantilla, de modo que se eliminaba el 5% y se sustituía por el 2,5%. Esta reducción suponía, es evidente, una importante facilitación de esta causa de despido, ampliando enormemente las facultades extintivas empresariales³⁴. Pues bien, el RD-Ley 3/2012, en un ejemplo de que en muchos aspectos la reforma de 2012 ha consistido fundamentalmente en llevar aún más lejos los efectos de las reformas de 2010 y 2011, ampliando las dosis de flexibilidad laboral, procede a suprimir ese índice de absentismo y eliminarlo como requisito para poder despedir por excesiva morbilidad: ahora el despido se puede producir teniendo en cuenta simplemente la situación del trabajador que falta a su trabajo, con independencia de cuál sea la situación de la plantilla del centro de trabajo.

Ciertamente el efecto que tiene esta modificación es el de facilitar aún más la extinción de los contratos de trabajo en estos casos de faltas de asistencia al trabajo, el efecto es indudable: hoy los empresarios tienen una mayor capacidad extintiva gracias a esta modificación, lo cual sumado al resto de alteraciones de la regulación del despido (supresión de la autorización administrativa en el despido colectivo, reducción de los costes del despido improcedente disciplinario y objetivo, mantenimiento de la asunción por el FOGASA de una parte sustancial de la indemnización en caso de despidos improcedentes), evidencia que la reforma ha supuesto un incremento sustancial de la capacidad unilateral del empresario de dar por extinguido el contrato de trabajo.

La supresión de un determinado índice de absentismo total de la plantilla como requisito para utilizar esta causa de despido, implica alterar el sentido de esta causa de despido. Bajo la regulación anterior, se ofrecía al empresario la posibilidad de dar por extinguido el contrato cuando el absentismo causaba un daño real y efectivo y sobre todo relevante, a la empresa; de ahí la necesidad de superar un determinado índice de absentismo. En la actualidad, se individualiza totalmente la conducta que puede dar lugar a la extinción del contrato, de manera que se obvia el impacto que el absentismo pueda tener sobre la empresa. Con ello se impone con absoluta crudeza una realidad: la del beneficio empresarial y la exigencia legal de que el empresario lo obtenga en niveles suficientes; pues se permite la extinción de un contrato por falta de desarrollo de la prestación laboral, aún cuando existe justificación, en base a un conjunto

³⁴ Vid. Gorelli Hernandez, J.: "La política de empleo de la Unión Europea y su plasmación en la reforma laboral española de 2010", con especial atención a los mecanismos de salida del empleo, en AA.VV., *Relaciones laborales y nuevo proceso productivo. XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla 2011, página 444.

de faltas tremendamente reducidas: las jornadas hábiles en dos meses consecutivos son, normalmente, cuarenta y tres (veintidós o veintitrés al mes); y el veinte por ciento de las mismas nos da un resultado de cuatro o cinco días al mes. Eso supone que si un trabajador enferma, por ejemplo de gripe, el mes de marzo y permanece (por prescripción facultativa) de baja durante una semana, no puede enfermar el mes siguiente, pues fácilmente puede ser despedido. La alternativa ante la enfermedad común que dure menos de veinte días es evidente: la incorporación al trabajo, sacrificando el derecho a la salud e integridad física. Y nos podemos preguntar nosotros lícitamente, ¿un comportamiento de estas características genera realmente una excesiva onerosidad al empresario? Sinceramente creo que no. Y creo que no sirve como argumento señalar que pueden existir trabajadores que son auténticos profesionales del absentismo: esa situación no es la regla común, pero el art. 52 d) si es una norma de aplicación general a todos los trabajadores. Por lo tanto, la conclusión no es que el legislador permita ahora erradicar fenómenos abusivos por parte de los trabajadores, el legislador permite ahora someter a una presión insoportable a todos los trabajadores que pueden verse obligados a renunciar a su derecho a faltar al trabajo por necesitar atención sanitaria. Habrá que ver cuál es el impacto de esta regulación en materia de prevención de riesgos laborales. Por cierto, que también esta regulación puede estar íntimamente relacionada con una finalidad de ahorro económico de la Seguridad Social, por la vía de evitarse el pago de prestaciones de incapacidad temporal.

En el debe de esta reforma hay que señalar dos cuestiones que creo son importantes: el precepto sigue sin alterarse en su redacción en cuanto a que se tienen en cuenta las faltas de asistencia al trabajo “aún justificadas”. La literalidad de la norma permite que sean posibles dos interpretaciones diferentes del precepto: que se tengan en cuenta sólo las faltas justificadas (interpretación correcta), o que se computen tanto las justificadas como las injustificadas. Hubiese sido deseable una nueva redacción que aclarase que sólo entran en esta causa de despido las faltas de asistencias que cuentan con una justificación. De otro lado, se mantiene el largo listado de faltas de asistencia que no se tienen en cuenta. Se mantiene esa redacción que pretende ocultar lo que en realidad es la causa de despido en este precepto: que se van a tener en cuenta las faltas motivadas por una baja motivada por riesgos comunes (de duración inferior a los veinte días). Es como si el legislador sintiese vergüenza de lo que hace y pretende ocultar cuales son las bajas que van a tener relevancia a estos efectos. Creo que es mucho más aconsejable, por ser más claro e incluso más breve a los efectos de la redacción del precepto, especificar de manera expresa que situaciones o faltas son las que justifican este tipo de despido. Ello generaría una mayor seguridad jurídica y una mayor claridad en la redacción del precepto.

3.4. Otras alteraciones a la regulación del despido objetivo

Formalmente se ha producido otra alteración a la regulación del despido objetivo, concretamente a la regulación de la calificación y efectos del despido objetivo y concretamente al art. 53.4 ET. Dicho precepto establecía en su regulación anterior que la decisión extintiva se consideraba improcedente cuando no se acreditara la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieran cumplido los requisitos formales del despido objetivo. No establecía este precepto cuándo debía considerarse el despido como procedente. Con la nueva redacción se resuelve esta cuestión: “La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente”.

El legislador ha regulado la cuestión acercando la literalidad del precepto a lo establecido respecto de las calificaciones de procedencia e improcedencia del despido disciplinario (art. 55.4 ET); es decir, señalando que el cumplimiento de los requisitos legales (causa y forma) determina la calificación de procedencia; y en caso contrario (falta de causa o falta de forma, o ambas) estaremos ante un despido improcedente. Se trata, tal como estamos viendo de un simple ajuste formal en la redacción del precepto, que viene a resolver la falta de regulación sobre calificación de procedencia existente bajo la regulación precedente.

Ahora bien, al margen de que formalmente no se hayan introducido otras alteraciones a la regulación del despido objetivo, volvemos a reiterar que indirectamente si existen preceptos en la reforma que influyen directamente sobre el despido objetivo. De entrada, desde el punto de vista causal, recordemos que la letra c) del art. 52 ET se remite a la configuración de las causas de despido colectivo, por lo que la modificación del art. 51.1 ET afecta de manera inmediata al despido objetivo.

De otro lado, en cuenta a la calificación de procedencia del despido objetivo hemos de recordar que los efectos de la misma se establecen en el art. 53.5 ET, en conexión con el 53.1 letra b) el trabajador verá extinguido su contrato de trabajo, pero al tratarse de una causa de extinción que no es imputable a la voluntad del trabajador (no es un incumplimiento) o es una causa que afecta a la empresa, el trabajador tiene derecho a una indemnización económica de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año y con un máximo de doce mensualidades. Pues bien, respecto de esta regulación debemos tener en cuenta lo que ahora prevé el nuevo art. 33.8 ET, a tenor del cual asume el FOGASA parte de las indemnizaciones por despido objetivo.

Concretamente este último precepto establece que en los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de meneos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los arts. 51 y 52 del ET o por el art. 64 de la Ley Concursal, el FOGASA asumirá una parte de la indemnización del trabajador, concretamente 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior al año. Dicha asunción parcial de la indemnización se predica tan sólo de aquellos despidos que sean declarados procedentes, pues expresamente se establece que el FOGASA no asume este resarcimiento en las extinciones declaradas improcedentes en conciliación administrativa o judicial o mediante sentencia.

En realidad la asunción de parte de la indemnización por el FOGASA no es precisamente nueva, pues la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 ya establecía que para los contratos indefinidos celebrados a partir del 18 de junio de 2010, la extinción por despido objetivo (y colectivo y las producidas ex art. 64 Ley Concursal) supondría la misma asunción de responsabilidad por parte del FOGASA. De hecho la Disp. Derogatoria del RD-Ley 3/2012 deroga expresamente a dicha norma transitoria de la Ley 35/2010. Parece, por tanto, que estamos ante la misma solución, si bien a través de una nueva redacción del art. 33.8 ET.

Sobre la cuestión debemos recordar que lo previsto en la Disp. Trans. 3ª era, justamente eso, una norma transitoria, pues se había previsto como solución meramente transitoria para reducir los costes extintivos en caso de despido objetivo, hasta que se desarrollase y entrara en funcionamiento el Fondo de capitalización previsto por la Disp. Adic. 10ª de la Ley 35/2010. Sin embargo, con la nueva redacción del art. 33.8 ET esa transitoriedad desaparece.

Por otra parte también es cierto que en nuestro ordenamiento ya existía con anterioridad, y se trata de una norma bastante antigua, una redacción del art. 33.8 ET a tenor de la cual el FOGASA asumía parte de la indemnización en caso de despidos en pequeñas empresas.

En realidad, la nueva norma contenida en el art. 33.8 ET es mucho más una actualización de su anterior redacción³⁵, si bien asumiendo algunos elementos de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010. Desde nuestro punto de vista, esta asunción de responsabilidad, aún cuando con la nueva redacción queda bastante atenuada respecto de lo previsto por la Ley 35/2010, sigue siendo un mecanismo de reducción del coste indemnizatorio del despido, facilitando aún más la extinción a los empresarios, y ello en base a recursos económicos de titularidad pública, convirtiéndose en un sistema de bonificación de los costes indemnizatorios por parte del poder público; todo lo cual nos parece criticable³⁶.

³⁵ Recordemos que el anterior art. 33.8 ET señalaba que para las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA asumía directamente el 40% de la indemnización legal que correspondía ante extinciones por despido colectivo, objetivo pro causas del párrafo c) art. 52 y extinciones ex art. 64 Ley Concursal.

³⁶ Gorelli Hernández, J.: “La política de empleo de la Unión (...)”, op. cit., páginas 447 y ss.

Bajo la regulación anterior nos encontrábamos con la duda de cuál podía ser el margen de aplicación de lo previsto por el art. 33.8 ET (asunción por el FOGASA del 40% de la indemnización cuando se trata de pequeñas empresas) frente a lo establecido por la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 (asunción de los 8 días de la indemnización cuando se trata de contratos indefinidos), o si ambas normas eran compatibles entre sí. Concretamente la duda se planteaba respecto de los contratos indefinidos posteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2010³⁷. Pues bien, la nueva redacción del art. 33.8 ET, así como la derogación de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 suponen resolver esas dudas, pues supone eliminar la duplicidad de tales mecanismos que ahora quedan unidos en uno solo regulado en el art. 33.8 ET.

En cuanto a la nueva regulación, el FOGASA se hará cargo de una parte de la indemnización por despido, concretamente ocho días de salario por año de servicio. La cuantificación en ocho días procede de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010, pues la redacción anterior del art. 33.8 ET se refería al 40% de la indemnización. No obstante, respecto de una indemnización por despido de 20 días por año de servicio, es evidente que 8 días de la indemnización son, justamente, el 40% de la misma. No obstante cabe observar una diferencia importante: cuando la anterior redacción del art. 33.8 ET utilizaba el 40% de la indemnización, se refería a la aplicación de dicho porcentaje respecto del total de la misma; y el total de una indemnización de despido no es sólo 20 días de salario por año trabajado, además, hay períodos de tiempo de duración inferior al año que también forman parte de la indemnización, en este caso prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Esto supone que si el resarcimiento se refiere a sólo 8 días, proporcionalmente esta forma de calcular el resarcimiento ofrecería una cuantía inferior a la que podría obtenerse de aplicar el 40% respecto del total. Esta distorsión podría resolverse en base a la literalidad del nuevo art. 33.8 ET que tomando como modelo la Disp. Trans. 3ª Ley 35/2010 (en este punto la literalidad es idéntica) añade que deberá prorratearse por meses los períodos de tiempo inferiores al año. Esta regla puede tener dos significados. En primer lugar, resuelve aquellas situaciones en las que los trabajadores afectados por la extinción tengan una antigüedad en la empresa inferior al año. De otro lado, también podría interpretarse en el sentido de que además de los ocho días de indemnización el FOGASA asume también una responsabilidad proporcional (de ocho sobre veinte, es decir, del cuarenta por ciento), respecto de la cuantía indemnizatoria de aquellos períodos de contrato de trabajo de duración inferior al año.

Se trata de un supuesto de responsabilidad directa del FOGASA, y no de carácter subsidiaria como el resto de supuestos previstos por el art. 33 ET. De

³⁷ Gorelli Hernandez, J.: “La política de empleo de la Unión (...)”, op. cit., página 449.

otro lado, el beneficiario del abono de esta cantidad es el empresario, tal como expresamente señala esta nueva redacción del art. 33.8 ET (“una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salaria”). Queda absolutamente claro que el sistema utilizado por el legislador consiste en mantener la cuantía de la indemnización por despido, de modo que el trabajador perciba la cantidad legalmente regulada sin merma alguna, si bien el empresario que abona la indemnización, posteriormente puede resarcirse de parte de la misma a través del FOGASA³⁸.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta regulación se delimita en base a los siguientes elementos: empresas que pueden utilizarlo, contratos que pueden generar el derecho a la reducción y tipos extintivos que permiten esta reducción del coste del despido. En cuanto a las empresas, deben tener menos de veinticinco trabajadores. Esto supone delimitar el ámbito de aplicación sólo a las pequeñas empresas: van a ser ellas las que puedan beneficiarse de la reducción del coste del despido. Con ello se aplica la lógica de la anterior redacción del art. 33.8 ET y se evita la regulación de la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010 que establecía esta medida con carácter general. En cuanto a los contratos que pueden dar lugar a la reducción de la cuantía indemnizatoria, sólo se refiere a los contratos de carácter indefinido. En este punto la lógica que se impone es la de la Disp. Trans. 3ª que sólo se refería a este tipo de contratos, mientras que la anterior redacción del art. 33.8 ET no se circunscribía a ninguna modalidad contractual. Por último, en cuanto a las modalidades extintivas, el precepto señala que el resarcimiento de los 8 días no se aplicará a los despidos declarados como improcedentes; o lo que es igual, que se trata de un resarcimiento que sólo afecta a los despidos procedentes. Nos parece una decisión afortunada por parte del legislador, pues no parece lógico que los fondos públicos financien despidos ilícitos. Para terminar con la delimitación recordemos que la reducción sólo es aplicable cuando se utiliza el despido colectivo, el objetivo o la extinción del contrato en base al art. 64 de la Ley Concursal. En este punto el precepto se asimila a lo dispuesto por la ya derogada Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010, y se diferencia de la anterior redacción del art. 33.8 ET, pues este último además del despido colectivo y ex art. 64 Ley Concursal, se refería al despido objetivo ex art. 52 c) ET (con la nueva redacción se trata de todo tipo

³⁸ Recordemos como inicialmente el RD-Ley 10/2010 (norma antecedente de la Ley 35/2010) generó importantes críticas pues establecía que el trabajador sufría una reducción en la indemnización y debía dirigirse al FOGASA para resarcirse de esa pérdida. Si bien posteriormente la Ley 35/2010 corrigió esta cuestión y estableció el sistema consagrado por el actual art. 33.8 ET (de hecho la literalidad del precepto en este punto es idéntica a la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010), que implica el abono de toda la indemnización por el empresario, y el posterior resarcimiento a través del FOGASA.

de despido objetivo); por lo que hay una importante ampliación de la aplicación de este precepto.

Para terminar con el análisis de esta norma, hemos de reparar en el hecho de que en la nueva redacción del art. 33.8 ET se haya establecido en su segundo párrafo que el cálculo del importe que corresponde al FOGASA se realizará en función de la cuantía de las indemnizaciones, pero ajustadas a los límites cuantitativos del art. 33.2 ET. Con ello el legislador abandona lo previsto por la Disp. Trans. 3ª de la Ley 35/2010, que había previsto que en la asunción de la responsabilidad del FOGASA no se aplicarían los límites para la base de cálculo de las indemnizaciones previstos en el art. 33.2 ET. Por el contrario, el legislador ha decidido mantener lo previsto por la redacción previa del art. 33.2 ET, de manera que para asumir su responsabilidad, el cálculo de la base cuantitativa de la misma (la cuantía de la indemnización por despido), se calculará con los límites previstos por dicho art. 33.2 ET; para, después, aplicar de esa cuantía el equivalente de los ocho días de salario.

De otro lado, junto a las repercusiones que sobre el despido objetivo tiene la regulación del art. 33.8 ET, podemos encontrar otro precepto que indirectamente supone una modificación al régimen jurídico del despido objetivo: la Disp. Derogatoria del RD-Ley 3/2012 establece la derogación de la Disp. Adicional 1ª de la Ley 12/2001. Con anterioridad ya hemos comentado este hecho. Basta ahora recordar que ello supone eliminar el contrato de fomento para la contratación indefinida; o lo que es lo mismo, eliminar el viejo mecanismo por el que se reducía la cuantía de la indemnización por despido objetivo improcedente de los 45 a los 33 días por año de servicio. En todo caso la supresión no genera ningún tipo de quebranto a la capacidad empresarial para despedir, al contrario, recordemos que hoy gracias a la reforma, todos los despidos improcedentes llevan aparejada la indemnización de 33 días.

Debe tenerse en cuenta que la Disp. Trans. 6ª del RD-Ley 3/2012 ha señalado que los contratos de fomento para la contratación indefinida celebrados antes de la entrada en vigor de este RD-Ley continúan rigiéndose por la normativa establecida en la Ley 12/2001. Sin embargo, en caso de despidos disciplinarios de esta modalidad contractual, la indemnización se calculará de conformidad a las reglas del apartado 2º de la Disp. Trans. 5ª del RD-Ley 3/2012.

Para terminar, también hemos de señalar una última modificación indirecta del régimen jurídico del despido objetivo, que resulta esencial para la nueva configuración de esta institución: dado que el art. 53.4 ET sigue estableciendo que la calificación de improcedencia sigue teniendo los mismos efectos que los establecidos para el despido disciplinario. Como veremos a continuación la modificación del art. 56 ET, relativo a los efectos del despido improcedente, supone la reducción del coste de estos despidos declarados improcedente. La cuestión ya ha sido analizada cuando vimos el despido disciplinario, basta ahora hacer simple alusión a esta cuestión.

4. REFORMAS DE MECANISMOS EXTINTIVOS INDIVIDUALES QUE NO SON DESPIDOS

Tal como hemos afirmado con anterioridad, el RD-Ley 3/2012 no se ha limitado a regular los despidos, sino que se incluye todo un conjunto de normas que afectan de una u otra manera a institutos jurídicos vinculados con la extinción del contrato de trabajo.

4.1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y el período de prueba

Una importante novedad deriva de la introducción de la nueva modalidad de contrato de fomento de la contratación indefinida, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, regulado en el art. 4 del RD-Ley 3/2012, precepto que se complementa con la derogación de la antigua regulación del contrato para fomento de contratación indefinida contenida en la Disp. Adic. 1ª de la Ley 12/2001. De entrada esta regulación supone prescindir del incentivo de la reducción de los costes de despido como mecanismo de incentivación de la contratación. En realidad, no se trata, ni mucho menos de una actuación del legislador que ha preferido pasar página en la utilización de un mecanismo como la reducción de costes del despido para fomentar el empleo: como hemos visto la actuación del legislador ha sido justamente la contraria, pues se ha procedido a una brutal reducción de los costes del despido con carácter general. Como consecuencia de esa reducción general de los costes de despido, no cabía el mantenimiento de un mecanismo de fomento como el contenido esa vieja Disp. Adic. 1ª de la Ley 12/2001; salvo, claro está, que para esta modalidad de fomento de la contratación indefinida hubiesen regulado un despido aún más barato, pero parece que a tanto no se ha atrevido el legislador.

De otro lado, esta regulación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, se ha introducido un elemento íntimamente vinculado a la regulación de la extinción, me refiero a la regulación del período de prueba en esta modalidad contractual. Concretamente lo que ocurre es que el legislador introduce una regulación específica del período de prueba para este tipo de contratos. Concretamente señala el art. 4 del RD-Ley 3/2012 que la duración del período de prueba será de un año.

Hay que considerar esta regulación como extraordinariamente lesiva para los intereses de cualquier trabajador, otorgándose un derecho al empresario de extinción del contrato de trabajo que supera ampliamente las facultades que el ordenamiento había venido reconociéndole hasta ahora.

Para comprender el verdadero impacto de esta norma debemos tener en cuenta ciertos elementos o aspectos que, a nuestro juicio son esenciales. De

entrada, que el legislador sólo ha establecido una única norma jurídica en torno a esta modalidad contractual: tal como afirma el art. 3.1 del RD-Ley 3/2012, el régimen jurídico del contrato, los derechos y obligaciones derivados del mismo, se rigen por lo dispuesto en el ET, “con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso”. Es decir, a la hora de establecer un régimen jurídico propio, lo único que ha pretendido el legislador en establecer es una regla especial sobre la duración del pacto de período de prueba, ni siquiera ha regulado el contenido de dicho pacto, ni el sentido de las pruebas a las que ha de someterse el trabajador.

La duración del período de prueba se incrementa respecto de la regulación ordinaria de esta cuestión contenida en el art. 14 ET: este precepto establece que la duración será la pactada en el convenio colectivo, si bien en defecto del mismo, no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. Además, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores no podrá superar en ningún caso los tres meses el período de prueba de los trabajadores que no sean técnicos titulados. Ciertamente el convenio colectivo puede fijar una duración superior a la señalada por el art. 14 ET, pero esto no supone que exista una libertad incontrolada³⁹.

El hecho de una excesiva duración del período de prueba hace que nos cuestionemos la finalidad que se persigue con una norma de estas características y cómo una ampliación de este tenor afecta directamente a la finalidad u objetivo del período de prueba. Este pacto tiene como objetivo facilitar al empresario un período de tiempo a través del que pueda controlar si la capacidad profesional del trabajador cumple las expectativas puestas en él en el momento de la contratación laboral. Para ello el empresario podrá someter a pruebas a dicho trabajador a través del propio desarrollo de la prestación de trabajo. Es evidente que para poder llegar a una conclusión relativa a la capacidad laboral del trabajador no es necesario un plazo de tiempo tan amplio como el de un año. De hecho el art. 14 ET regula unos plazos mucho más breves y reducidos. Es evidente, y creo que a nadie puede escapársele, que la comprobación de la capacidad profesional de cualquier trabajador, su integración en la empresa y su adaptación a unas nuevas circunstancias productivas, no es precisamente un proceso que requiera de un plazo tan amplio como un año completo.

Por otra parte, nada en la regulación de esta modalidad contractual establecida en el art. 4 RD-Ley 3/2012 indica la necesidad de un período de prueba mucho más amplio del regulado con carácter general, no hay especialidad alguna que lo justifique. En consecuencia, debemos señalar que este período

³⁹ Vid. sobre esta cuestión Todoli Signes, A.: “Límites a la duración del período de prueba (Comentarios a la STS de 20 de julio de 2011. Rec. Ud. 152/2010)”, *Actualidad Laboral* nº 4 de 2012, páginas 420 y ss.

de prueba así regulado para los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida, no tiene en realidad como finalidad permitir al empresario que pueda realizar las pruebas oportunas para constatar la capacidad profesional del trabajador contratado.

La prueba evidente de que esta ampliación no se vincula precisamente a la comprobación de la capacidad profesional es el hecho de que el mismo legislador señala que la duración del período de prueba será de “un año en todo caso”; es decir, con independencia del tipo de trabajador, de si son trabajadores a los que se requiere conocimientos específicos o preparación determinada; o bien trabajadores sin ningún tipo de preparación: ¿imaginan vds. la necesidad de someter a un peón, una limpiadora, o a un camarero a un período de prueba de un año? De otro lado tampoco se prevé la intervención del convenio colectivo como instrumento que regule la cuestión, a través del que se manifiesten especiales necesidades a la hora de comprobar la capacidad profesional de los trabajadores: se establece un plazo de un año, “en todo caso”.

No tiene mucho sentido ampliar la duración del pacto de período de prueba como elemento que permita al empresario controlar la capacidad del trabajador, por lo tanto, la finalidad perseguida por dicho incremento de su duración ha de ser otra bien diferente; y también creo que a muy pocos puede escaparse esta otra finalidad: no se trata sino de una norma que amplía la capacidad extintiva del empresario y que en la práctica supone descomponer el carácter indefinido del contrato de trabajo exigido por esta modalidad. Con esta regulación el empresario dispone de un año para dar por extinguido el contrato de trabajo, más aún, al no exigirse en modo alguno como contrapartida a este plazo tan amplio, que el empresario realice un verdadero control del trabajador, sometándolo a prueba, lo que se configura es una verdadera capacidad empresarial para rescindir el contrato de trabajo (salvo fraudes evidentes o situaciones discriminatorias), sin necesidad de una causa justificativa evidente. Más aún, al fijar el período de prueba en un plazo de un año, lo que se consigue en la práctica es la posibilidad de temporalizar este tipo de modalidad contractual, de manera que llegado el año, el empresario se deshaga de los trabajadores; lo cual es paradójico en una modalidad contractual que pretende fomentar el empleo indefinido. Es evidente que el legislador está utilizando una institución jurídica, el período de prueba, que tiene una finalidad bien clara y definida, con un objetivo totalmente diferente: no se trata de comprobar la capacidad del trabajador, ni mucho menos, sino de utilizar la simplicidad del procedimiento extintivo propio del período de prueba, para facilitar la extinción del contrato de trabajo en estos casos. Dicho de otra manera, al legislador sólo le interesa un elemento propio del período de prueba, la facilidad de la extinción del contrato de trabajo; se utiliza el período de prueba como mecanismo extintivo, no como instrumento destinado a controlar la capacidad del trabajador.

A tenor de lo anterior, resalta que aún cuando el legislador haya suprimido del fomento de la contratación indefinida un argumento tan sensible como la simplificación de la extinción del propio contrato de trabajo fomentado (se ha eliminado la reducción de los costes de despido de este tipo de modalidad contractual), lo cierto es que por la vía de elevar la duración del pacto de período de prueba, se está fomentando esta nueva modalidad contractual con el argumento de que es más fácil dar por extinguida la relación laboral a través de esta modalidad contractual. Insistimos en la carencia de lógica del incremento del período de prueba, salvo que se admita que la finalidad del mismo no se vincula a la realización de pruebas, sino a facilitar la extinción de este tipo de contratos de trabajo.

Desde mi punto de vista el principal freno a la utilización del período de prueba como simple mecanismo de extinción del contrato de trabajo, sólo puede proceder de una exigencia jurisprudencial de la prueba empresarial de que el trabajador ha sido sometido a las pruebas necesarias para justificar una extinción que formalmente se basa en la no superación del período de prueba. Entendemos que lo contrario sería utilizar el período de prueba en fraude de ley.

4.2. La extinción del contrato a instancias del trabajador en caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la rescisión contractual ex art. 41.3 ET y la resolución a instancias del trabajador ex art. 50.1 a) ET

Otra norma a tener en cuenta desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo, es la nueva regulación del art. 41 ET en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Recordemos que bajo el régimen jurídico anterior se establecía el derecho del trabajador afectado por una modificación sustancial individual o colectiva, a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Para poder acceder a este mecanismo de extinción indemnizada, debía tratarse de una modificación sustancial de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, o régimen de trabajo a turno, siempre y cuando resultase perjudicado por dicha modificación.

Pues bien, en la actualidad la nueva redacción del art. 41 ET mantiene este supuesto de rescisión contractual, sin bien con algunas alteraciones bastante interesantes que deben ser resaltadas. El nuevo art. 41.3 ET señala lo siguiente: “En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos infe-

riores a un año y con un máximo de nueve meses”. Tal como hemos señalado se conserva la posibilidad de rescisión del contrato, y se mantiene la indemnización tal como se concebía en la regulación anterior y con la misma cuantía. No obstante hay una diferencia bastante evidente: el incremento de situaciones de modificación sustancial de condiciones de trabajo que generan la rescisión del contrato de trabajo con derecho a la indemnización: la rescisión indemnizada del contrato se ha venido otorgando no en todo caso de modificación sustancial, sino sólo en aquellas modificaciones que afectaban a la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos; es decir, bajo la regulación anterior se permitía la rescisión en caso de que la modificación afectase al tiempo de trabajo. Con la nueva regulación se amplían los casos y situaciones en los que es factible la rescisión del contrato incluyendo a las modificaciones que afectan al sistema de remuneración y cuantía salarial (la referencia a la cuantía salarial procede de que el legislador ha decidido establecer una regulación conjunta de modificaciones sustanciales y el descuelgue salarial) y las funciones cuando excedan de los límites del art. 39 ET.

Se trata de una importante ampliación de la capacidad del trabajador para dar por rescindido el contrato de manera indemnizada. Recordemos que el trabajador tiene una capacidad extintiva plena, a través de la dimisión, sin que en estos casos se requiera causa alguna (el único límite es el preaviso); pero sin derecho a indemnización alguna. Por el contrario, el mecanismo rescisorio regulado en el art. 41.3 ET, se caracteriza por ser una extinción indemnizada. Con la nueva regulación se amplía la capacidad del trabajador, que va más allá de los supuestos de modificaciones que afectan al tiempo de trabajo: ahora se incluyen las modificaciones que afectan a la remuneración y a las funciones; de manera que en la actualidad, del listado recogido en el art. 41.1 ET, tan sólo las modificaciones de sistema de trabajo y rendimiento quedan fuera de la rescisión indemnizada. Ello no es sino una consecuencia lógica del incremento de la capacidad empresarial para alterar las condiciones de trabajo esenciales: si el ordenamiento reconoce a uno de los contratantes la capacidad de alterar las condiciones del vínculo contractual, se debe reconocer a la otra una capacidad de dar por extinguida la relación contractual y dada la dependencia económica del trabajador, con derecho a una indemnización.

Sobre la cuestión deberíamos plantearnos realmente si el legislador no debería haber ampliado la capacidad rescisoria del trabajador al resto de posibles modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Recordemos que mientras que el listado del art. 41.1 ET es meramente ejemplificativo, por lo que en realidad caben otras posibles modificaciones sustanciales diferentes de las mencionadas en dicho precepto. Por el contrario, el listado de modificaciones que pueden dar lugar a la rescisión indemnizada (art. 41.3 ET) es taxativo: sólo

las modificaciones mencionadas pueden dar lugar a la rescisión con derecho a la indemnización. Si tal como acabamos de señalar, la rescisión indemnizada no es sino una consecuencia de la capacidad empresarial de modificar las condiciones de trabajo, ¿no sería más lógico facilitar al trabajador la rescisión indemnizada ante cualquier supuesto de modificación sustancial con independencia de cuál fuera la materia sobre la que se proyecta? Por otra parte, ¿qué lógica tiene no facilitar la rescisión indemnizada en el caso de modificación del sistema de trabajo y rendimiento?, No se alcanza a comprender la razón por la que se le haya excluido de la rescisión indemnizada.

De otro lado existe una segunda modificación que, a nuestro juicio, es importante: bajo la regulación anterior, se establecía la posibilidad de rescisión indemnizada cuando la modificación generaba un perjuicio al trabajador, “sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 50.1 a)” ET; precepto que establecía una resolución contractual a instancia del trabajador en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Esta alusión al art. 50.1 a) ha sido suprimida de la redacción del actual art. 41.3 ET. Ciertamente podría llegarse a la conclusión de que, puesto que el art. 50.1 a) ET sigue existiendo y sigue refiriéndose a la posibilidad de resolver el contrato como consecuencia de una modificación sustancial, no hay diferencias esenciales entre la nueva y la anterior regulación de esta cuestión. Sin embargo no es así tal como vamos a ver.

Recordemos de manera rápida el significado de la regulación anterior: con el art. 41.3 ET se establecía un mecanismo rescisorio con una determinada indemnización (20 días de salario por año de servicio con el límite de las 9 mensualidades), cuando cierto tipo de modificación sustancial causaba un perjuicio al trabajador. Paralelamente el art. 50.1 a) ET establece una resolución contractual (que exige sentencia judicial) cuando la modificación sustancial redundase en perjuicio de la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador. En este caso, la resolución sólo podía actuar ante un perjuicio cualificado (formación profesional o dignidad del trabajador), y no como la rescisión del art. 42.3 ET; y, además, la indemnización era mucho más cuantiosa, pues alcanzaba los 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades⁴⁰. Esto suponía que cuando había una modificación sustancial que no sólo causaba un perjuicio para el trabajador, sino que era un perjuicio cualificado (afectaba a la formación o dignidad), la vía de extinción no era el art. 41.3 ET, sino el art. 50.1 a). Ello implicaba reconocer que en realidad lo regulado en el art. 50.1 a) ET no sólo era un mecanismo de extinción ante incumplimientos del empresario, sino también cuando sin incumplir el ordenamiento jurídico, se causaba un daño cualificado al trabajador; sólo así podría entenderse correctamente esa

⁴⁰ El art. 50.1 a) ET establecía la posibilidad de resolución a instancia del trabajador por “Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad”.

expresión hoy eliminada del art. 41.3 ET: “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50.1 a)”); lo cual se veía corroborado por el propio art. 50.1 a) que no se refería a modificaciones sustanciales irregulares o ilegales, sino a todo tipo de modificaciones.

Frente a esta situación, en la actualidad se mantiene la rescisión ex art. 41.3 ET (incluso se amplía), pero la resolución ex art. 50.1 a) ET sólo es factible si se refiere a “Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”.

A tenor de la nueva regulación, el art. 50.1 a) sólo puede aplicarse cuando se cumplen dos condiciones acumulativas. En primer lugar, cuando se trata de modificaciones ilegales: las que no respetan lo establecido en el art. 41 ET; cuestión, por cierto, que deberá interpretarse jurisprudencialmente, pues el art. 41 ET es bastante amplio y habrá que interpretar que significa no respetar dicho precepto, y sobre todo, si es necesario una sentencia que declare la ilicitud de la misma. Queda, por tanto, totalmente fuera del art. 50.1 a) las modificaciones sustanciales legales aún cuando causen un daño cualificado al trabajador. Con la regulación precedente estaban comprendidas en este precepto; sin embargo, hoy sólo queda el camino del art. 41.3 ET (lo que supone una reducción de la indemnización a sólo 20 días por año de servicio); además, sólo podrán acudir al art. 41.3 ET si se trata de una modificación sustancial de las comprendidas en dicho precepto como generadoras del derecho a la rescisión indemnizada (alguna de las incluidas en las letras a, b, c, d y f), pero no el resto. Por otra parte, además, en el art. 50.1 a) solo entrarían aquellas modificaciones sustanciales ilegales que implican un tipo muy determinado de perjuicio cualificado: las que generan un menoscabo a la dignidad del trabajador.

A todo lo anterior debemos sumar otro elemento no menor: dado que el art. 50 ET se remite a la indemnización por despido improcedente, esto supone que al art. 50 ET le afecta de manera muy directa la reducción del coste de la extinción, pues la indemnización pasa de los 45 días de salario por año de servicio, a sólo 33 días.

Si unimos lo regulado en los arts. 41.3 ET con lo establecido en el art. 50.1 a) ET debemos llegar a la conclusión de que, aún cuando se haya incrementado el ámbito de aplicación del art. 41.3 ET, en la práctica existe una reducción del nivel de protección de los trabajadores en caso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, pues su capacidad para dar por extinguido el contrato con derecho a una indemnización se ha reducido.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2012

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

“El tiempo se bifurca perpetuamente hacia innumerables futuros”
*Jorge Luis BORGES **

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido colectivo, flexibilidad de salida, expediente de regulación de empleo, garantías frente al despido

La reforma acometida por el RD.-Ley 3/2012, de 10 de febrero, ha introducido un giro cualitativo y radical en la reconfiguración del modelo de regulación legal del despido colectivo, dando un paso determinante sobre lo ya andado por la reforma precedente de 2010/2011 en un sentido de marcada flexibilidad liberalizadora. Esta nueva reforma ha reformulado, entre otras importantes innovaciones, el procedimiento de regulación de empleo (señaladamente, suprimiendo la autorización administrativa), el principio de causalidad, y asimismo redefiniendo el “proyecto” de despido, el contenido y objeto del periodo de consultas y, en fin, la regulación procesal de los despidos colectivos.

ABSTRACT

Key Words: Collective dismissal, output flexibility, record of employment regulation, legal safeguards against dismissal

The reform undertaken by the RD.-Law 3/2012 of February 10, has introduced a radical qualitative shift in the reconfiguration of the model of legal regulation of collective dismissal, giving a decisive step on what was already stated by the previous reform of 2010/2011 in a strong sense of liberalizing flexibility. This new reform has reformulated, among other important innovations, the procedure of employment regulation (notably by removing the administrative authorization), the principle of causality, and also redefining the “project” of dismissal, the content and purpose of the consultations period and, finally, the procedural rules of collective layoffs.

* Borges, J.L.: *Ficciones* (1944), en *Obras Completas 1941-1960*, Madrid, Círculo de Lectores, 1992, pág. 69

ÍNDICE

1. INCIDENCIA DE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO
2. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EN EL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO Y EN EL ELEMENTO CAUSAL
3. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO, LA COMBINACIÓN ENTRE “FLEXIBILIDAD NEGOCIADA” Y “DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL”
4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO COLECTIVO
5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PROCESO DE REFORMA: UN NUEVO MODELO NORMATIVO DE REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

1. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO

La reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido un giro cualitativo en la reconfiguración del modelo de regulación del despido colectivo en España, dando un paso más sobre lo ya andado por la reforma precedente en un sentido de marcada flexibilidad liberalizadora (Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y RD. 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos). Esta nueva reforma ha reformulado, entre otras importantes innovaciones, el procedimiento de regulación de empleo (señaladamente, suprimiendo la autorización administrativa de los despidos colectivos), el principio de causalidad (objetivando las causas en un sentido liberalizador y en detrimento de la dimensión finalista y los objetivos perseguibles de los despidos empresariales), redefiniendo el “proyecto de despido” y el contenido y objeto del periodo de consultas (supresión de la obligación legal de establecer un plan social de acompañamiento, aunque reforzando las obligaciones de recolocación de los trabajadores excedentes despedidos a través de un “plan de recolocación”) y la regulación procesal de los despidos colectivos (introduciendo una nueva modalidad procesal especial). Se mantiene el período de consultas, entre otras razones, porque lo impone como exigencia de orden público laboral la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos, art. 2). Las reformas laborales recientes son importantes en sí mismas, pues han supuesto la culminación de un cambio cualitativo y radical del “modelo normativo” preexistente de regulación del despido colectivo (y, en general, de los despidos por causas empresariales). Basta reparar en el dato normativo de la supresión de la autorización administrativa previa (que tan solo se mantiene en los despidos por fuerza mayor), lo cual supone que el despido colectivo deja de conformarse como “despido propuesta” para pasar a

ser, atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), un despido sometido a posterior control judicial de legalidad. El nuevo modelo normativo de despido colectivo va a tener dos consecuencias inmediatas: la primera, el reforzamiento del poder del empresario frente a los trabajadores y al poder sindical (se debilita los factores base del poder negociador), y la segunda, el incremento de la “judicialización” de los despidos colectivos, pues la supresión del trámite de autorización administrativa previa va a determinar que los a partir de ahora cada vez más numerosos despidos colectivos por iniciativa del empleador sin autorización administrativa se reconduzcan hacia la vía de impugnación judicial de la decisión extintiva. Con lo cual siempre va a existir una situación de “incertidumbre” respecto al pronunciamiento judicial.

También es relevante la enorme flexibilidad discrecional en la configuración legal de las causas motivadoras del despido, lo que, junto con la supresión de la autorización administrativa, implica una ruptura de los equilibrio de poder entre los actores sociales respecto del anterior modelo de regulación legal. El nuevo reformismo liberal legislativo, va ahora más allá de una simple *de inspiración racionalizadora y simplificadora*, tiene dos tres virtualidades significativas a destacar: En primer lugar, se ha unificado el concepto legal de la causalidad en los despidos colectivos (art. 51 del ET) e individuales o plurales por causas objetivas (art. 52 del ET) (que realizado por la reforma precedente, ratifica la más reciente de 2012); en segundo lugar, ha flexibilizado de modo significativo el elemento causal (“justificado motivo”) delimitador de los despidos por causas empresariales, especialmente eludiendo toda referencia a la dimensión finalista (juicio de racionalidad) de los despidos por causas empresariales. Una de las críticas más relevantes de la regulación existente era la inseguridad jurídica en la calificación de las decisiones extintivas de la empresa, como consecuencia de la complejidad y oscuridad de las causas. Sin embargo, persistirá el margen de discrecionalidad en el control de los despidos, tanto más cuanto se refuerza la “dimensión preventiva” en la delimitación del supuesto de hecho normativo y se continúan utilizando inevitablemente conceptos jurídicamente indeterminados. La Exposición de Motivos del RD.-Ley de 3/2007 es nítida en cuanto a las intenciones de la reforma acometida: “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex art. 52 c) del ET”. La norma, pues, pretende que el juez se atenta a la prueba de los hechos, esto es, de las “causas”, sin entrar en el juicio de racionalidad o conexión de funcionalidad de las medidas extintivas. Este sentido y alcance flexibilizador y de mayor discrecionalidad empresarial viene posibilitado tanto por la admisibilidad sin más de los “despidos preventivos” como por admitir supuestos causales donde no hay propiamente pendi-

das, sino simple “disminución persisten de su nivel de ingresos o ventas”, es decir, reducción persistente de beneficios, expresada en términos de ingresos o ventas. Por lo demás, estamos ante una enumeración abierta, no cerrada, pues la norma dice expresamente que “en casos tales como...”; o en el caso de las causas técnicas: “cuando se produzcan cambios, entre otros...” (art. 51.1 del ET). Por lo tanto, lo que se está tutelando no es la crisis de la empresa como tal sino el principio de rentabilidad (“crisis de beneficios” o de “rentabilidad”, que no tienen por qué cuestionar los equilibrios económicos de la empresa, ni, por supuesto su viabilidad o supervivencia, pues la norma ex art. 51.1 del ET no lo exige). La norma, sin duda (y así se indica en la Exposición de Motivos, como interpretación auténtica, aunque con un valor jurídico indicativo y siempre relativo) pretende *reducir al mínimo el margen de discrecionalidad judicial en el control de los despidos por causas empresariales*. Pero aunque esa reducción existe, sin duda, ello no supone que no exista siempre un margen de discrecionalidad en la apreciación de la causa para determinar su misma concurrencia e incidencia en la dinámica empresarial (v. gr., interferencia en la crisis de una empresa de estructura compleja –grupo de empresas y empresas red-; la valoración de la incidencia concreta en el volumen de empleo de la “causa” empresarial concreta, y un largo etcétera). Y parece difícil que el juez en estos casos sólo se atenga a “hechos” y eluda algo que es consustancial a su misma función judicial, cual es la técnica argumentativa (la argumentación jurídica) (cfr., señaladamente el art. 3.1 del Código Civil). Ya quedó superada aquél idea del formalismo jurídico que pretendía limitar la función de la juez a realizar una “labor silogística” de inserción mecánica sin más del “hecho” en la “norma” aplicable. La interpretación jurídica implica argumentación y racionalidad jurídica de la decisión judicial.

Por lo demás, el proceso de reformas legislativas sobre los aspectos configuradores del elemento de causalidad en los despidos empresariales ha transitado ya desde del recurso “anormal” o “extraordinario” de la medida extintiva a su plena *normalización jurídica* como técnica de ajuste en la dinámica y reestructuración empresarial. El despido colectivo (y más ampliamente, por causas empresariales) se configura como una medida de gestión *ordinaria o “normal”* de la empresa o complejo empresarial para garantizar la maximización de beneficios o ganancias por parte del empresario. Y en ese marco crítico, la regulación legal oscila entre el modelo de “flexiseguridad garantista” y el “modelo de flexiseguridad liberal”, sin vencerse, por el momento, hacia ninguno de ellos de modo decidido.

En nuestro sistema legal se opta por un modelo de “flexiseguridad” externa garantista –en la línea de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos– basada en la combinación de varios elementos: flexibilidad del despido con agilización del procedimiento de regulación de empleo, reducción del coste del

despido en virtud de la actuación del FOGASA y de las reducciones previstas para los despidos por causas empresariales, por un lado; y por otro, fomento *parcial* de las medidas de acompañamiento social (señaladamente, la recolocación, “prejubilaciones”- art. 215.3 de la LGSS, en el marco de la protección por desempleo-, “jubilaciones anticipadas”, “jubilaciones forzosas”), políticas activas de empleo y de protección por desempleo. Medidas de seguridad y de acompañamiento social y planes de recolocación que implican, de un modo u otro, una socialización pública (desplazamiento estatal) de costes empresariales del despido. Como *alternativa* a los despidos colectivos se potencian los expedientes de reducción temporal de jornada y de suspensión de contratos de trabajo en supuestos de crisis y de reestructuración empresarial (suspensiones y reducciones de jornadas colectivas, en el marco de los Expedientes de Regulación de Empleo, que fueron incentivadas en los artículos 2 y 3 del Decreto-Ley 2/2009; aparte de la cobertura por desempleo ex 208, números 2 y 3 de la LGSS). La flexibilidad “garantista” se inclina por un método de *flexibilidad consensuada*, es decir, con la participación activa e implicación de los distintos agentes implicados en distintos ámbitos en el ámbito de la empresa en reestructuración. Ello no obstante, el modelo más allá de la norma, en la realidad jurídica, acaba siendo un modelo típicamente defensivo (y su objetivo o parámetro de referencia es la expulsión del personal considerado excedente en el marco de una no explicitada “competitividad por los costes”), que no potencia adecuadamente los mecanismos de flexibilidad interna (Es de señalar que a ello podría contribuir la concepción del despido por causas empresariales como *ultima ratio*, es decir, una vez agotadas las medidas de flexibilidad o movilidad interna, como modificaciones sustanciales, movilidad geográfica, flexibilidad salarial mediante vinculación de los salarios a la productividad, descuelgues del régimen salarial, etc.). Finalmente, el garantismo administrativo se reduce con la supresión de la autorización administrativa previa de los despidos a efectuar por el empleador.

El despido colectivo se configura jurídicamente como un supuesto de resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, fundado en causas sobrevenidas de carácter empresarial y sometido a control judicial posterior (artículo 49.1.i) y 51 del ET). Su fundamento causal reside en una situación objetiva sobrevenida (hecho sobrevenido) derivada de la dinámica de funcionamiento de la empresa; nunca dependiente de factores inherentes a la persona del trabajador, como señala la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos, asimilable a nuestro Derecho y referencia para su interpretación. No se trata, pues, de un supuesto de «desistimiento» empresarial en sentido técnico-jurídico. La Ley no concede aquí una facultad a una de las partes, que le permita poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial. Desde un punto de vista contractual, este supuesto es reconducible a una cate-

goría jurídico-laboral específica de «alteración sobrevenida de circunstancias» (de alcance más amplio, sin duda, que el modelo civil de “excesiva onerosidad sobrevenida” en los contratos con prestaciones recíprocas), que vino a completar los casos de extinción de las obligaciones por fuerza mayor. Los artículos 51 y 52.c) ET incorporan una categoría jurídica que remite a una alteración de circunstancias que, o bien comportan un mayor sacrificio para las exigencias de la organización productiva y la realización de los intereses de la contraparte, o bien determinan una menor utilidad o rendimiento de determinadas prestaciones laborales. Con el paso del tiempo y sin perder de vista su configuración como vicisitud del contrato, en la institución del despido colectivo tiende a dominar su entendimiento económico como una medida de flexibilidad laboral «externa» —o de «salida»—, orientada a acomodar permanentemente el «volumen» o tamaño de la empresa a las exigencias de funcionamiento rentable de la organización productiva en un entorno cambiante y competitivo internacionalmente. Lo que antaño era un último recurso, una última ratio, a la que había que acudir sólo para situaciones extremas, hoy se configura como una técnica normalizada de gestión empresarial.

Actualmente los fundamentos político-jurídicos de la regulación jurídica de los despidos por crisis empresariales se resuelven en un intento de búsqueda de un equilibrio entre los principios de rentabilidad de la empresa y de protección del trabajador. A ello responde básicamente tanto la propia exigencia de acreditación causal (sea ésta más o menos flexible); como la procedimentalización del despido colectivo, instaurándose un control «social» emanado de los principios participativos en la empresa y del de autonomía colectiva (que permite la participación activa de los actores sociales en el proceso de reorganización de la empresa), y un control externo no autorizante de tipo administrativo en caso de despido colectivo, justificado en la salvaguardia de los intereses públicos implicados. Por lo demás, se detecta una clara tendencia favorable hacia vías de solución concertada por los propios sujetos implicados. Por lo que adquiere especial relevancia el momento de la negociación colectiva. Por otra parte, el intervencionismo público en el despido colectivo no se limita a una actividad de vigilancia y apoyo a las partes sociales, sino que se fomenta una actitud mediadora de la Administración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados (Especialmente en virtud de la Directiva 98/59/CE, art. 4.2, “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado anterior para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados”).

El anterior art. 51.9, preveía la incoación a través de los representantes de los trabajadores como excepción, pero esta posibilidad ha desaparecido en virtud de la reforma operada por el RD.Ley 3/2012. Sin embargo, incluso en ese supuesto el acto de despido era la expresión de una decisión adoptada unilateralmente por el empleador.

2. INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EN EL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO Y EN EL ELEMENTO CAUSAL

El supuesto de hecho que prevé la norma cuando regula el despido por razones o motivos económicos descrito en el artículo 51.1, al que remite el artículo 52.c) del ET, se integra por tres elementos: la existencia de causa, la supresión de contrato o la amortización o supresión de puestos de trabajo y la funcionalidad de los despidos.

El primer elemento es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa — situación económica negativa, que no necesariamente debe ser irreversible, pudiendo ser superable— o en su eficiencia. 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 ingreso o ventas*. Con lo cual el elemento causal *sobrevenido* en los despidos por causas empresariales deviene tridimensional: pérdidas actuales, pérdidas previstas (sobre la base de elementos objetivos acreditables) y, en fin, la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, que se presumirá *iuris et de iure* si se produce durante tres trimestres consecutivos (art. 51.1 del ET). En la regulación precedente quedaba claro que todas ellas estaban sujetas al criterio de razonabilidad de las medidas propuestas. Ello no obstante, la reforma acometida por el RD.-Ley 3/2012, ha reforzado la objetivación del elemento causal en los despidos por causas empresariales, pues no hace referencia explícita al elemento finalístico sobreañadido a la acreditación de la prueba de los hechos de la causas en sí económica o reorganizativa. Efectivamente, el nuevo art. 51.1 del ET, se limita a definir las causas económicas y reorganizativas: “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 o ventas. *En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos*. Se entiende que concurren causas técnicas...” (art.51.1 del ET). Esta objetivación del elemento causal parecer estar encaminada a reforzar la discrecionalidad del acto de despido por causas empresariales, como acto de gestión de personal, incrementando el poder de despido del empleador. Esa objetivación permitiría eludir, en principio, el elemento teleológico en los despidos especialmente respecto del juicio de racionalidad entre las medidas extintivas y la solución de los problemas económicos o necesidades reorganizativas. Ello está especialmente realzado cuando la norma en los despidos económicos admite las pérdida no solo actuales sino también las “previstas”, y a mayor discrecionalidad “la disminución persisten-

te de su nivel de ingresos o ventas”, indicando que “en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Sobre la base de un anterior “diagnóstico” (es la expresión utilizada en la Exposición de Motivos) basado en la situación de incertidumbre judicial expropiatoria o usurpadora de la decisión de gestión empresarial, se afirma que “se introducen innovaciones en el terreno de la *justificación* de estos despidos (despidos por causas empresariales), suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, tales referencias incorporaban *proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.* Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuando para los despidos por causas objetivas ex art. 52 c) del ET” (Exposición de Motivos del RD.-Ley 3/2012). Así, parece que el legislador quiere establecer una conexión directa y automática entre la prueba de los hechos de la causa económica o reorganizativa de que se trate y la legalidad/legitimidad de los despidos decididos por iniciativa unilateral por el empleador. Cuestión distinta será la de inquirir sobre si esa visión silogística hechos/medidas extintivas será suficiente para la legitimidad (y por supuesto aceptabilidad jurídico-social) de los despidos por causas empresariales. La protección contra el despido injustificado (art. 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), ¿no exigirá un juicio de racionalidad y de proporcionalidad sobre la medida extintiva? Entre otras cosas, habrá que determinar siempre el número de despidos proyectados y si es así, ¿cabe cualquier volumen sin más por la mera existencia de la causas? Es obvio que no, pues al tiempo el empleador siempre tendrá que alegar una causa seria y razonable para efectuar los despidos.

Por otra parte, 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 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. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas (artículos 51.1 y 51.6 del ET). La ordenación legal ha distinguido diversas esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir esta causa o factor

desencadenante, cuales son los resultados de explotación —causas económicas en sentido estricto— los medios o instrumentos de producción —causas técnicas— los sistemas y métodos de trabajo —causas organizativas— y los productos o servicios que se pretenden colocar en el mercado —causas productivas—.

Es al empresario a quien incumbe probar la realidad de las causas y su concreta incidencia, en la producción, lo que exige, de un lado, identificar de forma precisa los factores desencadenantes y concretar esa incidencia en los ámbitos señalados. Y al empresario exclusivamente le corresponde realizar los despidos (cfr. Art.51, apartados 2 y 6 del ET, que expresa que el empresario es el que efectúa los despidos y que sólo es competencia de la autoridad laboral realizar una función de vigilancia, impulso y posible mediación, ni siquiera autorizar la medida extintiva en los términos de la solicitud).

Resulta de todo ello patente que se trata ya con la reforma de 2012 de verdaderas definiciones causales, pues la norma elude toda definición por resultados perseguibles a través de las medidas extintivas acordadas. En todo caso, la indeterminación y amplitud en la formulación de los conceptos causales tendrá como efecto el aumento del poder unilateral empresarial en la gestión de los trabajadores. La técnica aplicativa y de control consiste ahora más que en el «juicio de razonabilidad» en la “prueba de los hechos” y la “argumentación” (que no prueba plena) de las previsiones de futuro (pervive la referencia a “pérdidas previstas”).

La reforma de 2012 —como la de 2010/2011— vuelve a *flexibilizar el elemento causal*, es decir, la causa que necesita alegar y demostrar la empresa para que la validez de extinción colectiva. Una de las críticas más importantes de la regulación existente era la inseguridad jurídica en la calificación de las decisiones extintivas de la empresa, como consecuencia de la complejidad y oscuridad de las causas. Como se indicará, la reforma del elemento de causalidad en los despidos empresariales ha transitado ya desde el recurso “anormal” o “extraordinario” originario de la medida extintiva a su plena *normalización jurídica* como técnica de ajuste en la dinámica y reestructuración empresarial. El despido colectivo (y en general, por causas empresariales) se configura como una medida de gestión *ordinaria* de la empresa o complejo empresarial para garantizar la maximización de beneficios o ganancias por parte del empresario.

La reforma de 1994 ya operó una importante flexibilización causal, abarcando las diversas vertientes de la gestión empresarial, e incorporando una “noción por objetivos” difícilmente fiscalizable en sede judicial, que pasó a convertir al órgano judicial en verdadero “componedor de intereses” ante la flexibilidad e indeterminación de la definición causal. La dificultad estribaba en la determinación del grado o entidad que dicha situación deba tener para

justificar la extinción de los contratos de los trabajadores. Resulta patente que no se trataba de una verdadera definición causal, más bien la norma realizaba una “definición por resultados”, entendiéndose que concurren las causas cuando las medidas adoptadas conducen o coadyuvan razonablemente a la consecución de unos genéricos fines, es decir, la definición de las causas fundamentadoras se realiza en atención a los objetivos perseguidos por la adopción de las medidas propuestas. Esta situación de “incertidumbre judicial”, dado que parte de los órganos judiciales seguían en gran medida aferrados a los criterios más rígidos consolidados con anterioridad a la reforma de 1994, ha tratado de subsanarse de nuevo con la reforma de 2010 y la sobreañadida de 2012.

La reforma 2012 ha reducido de modo determinante toda posibilidad de discrecionalidad administrativa y ha limitado sensiblemente la discrecionalidad judicial en el control de las causas, reduciendo la “gravedad” y la “actualidad” exigible a la situación de la empresa para legitimar las extinciones, así como ampliando el espectro de situaciones (ámbitos de la gestión empresarial) legitimadoras del despido colectivo. La medida de reforma de la causalidad se encamina hacia la canalización de la finalización de la extinción de los contratos de trabajo *hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación*. No obstante, la nueva definición causal (ex art. 51.1 del ET reformado) seguramente seguirá siendo objeto de un intenso debate judicial y doctrinal, presentándose serias dudas sobre si realmente proporcionará mayor certeza jurídica a los sujetos implicados en los ajustes de plantilla por necesidades de la empresa. Por otra parte, el margen de discrecionalidad en la decisión judicial es inherente a una función técnica que opera con conceptos jurídicos indeterminados; y más aún cuando se introduce el “elemento preventivo” como criterio que ha de ser atendido en el proceso de decisión jurídica. Pero incluso cuando se analizan pérdidas actuales habrá que verificar y ponderar su conformación en la práctica, en términos tales como entidad de dichas pérdidas actuales, la interferencia de las empresas de estructura compleja (grupos de empresas o empresas red, ya relevantes, por ejemplo, a efectos de negociación colectiva estatutaria ex artículos 87 y 88 del ET), la indagación sobre la posible concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho prevista en el art. 124.2 de la LRJS, etc. En todo caso, siempre se tendrá que exigir la seriedad y proporcionalidad de los despidos que exige la Constitución (art. 35 CE) y la normativa internacional (Convenio OIT, núm. 158; Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 30). El Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, es bien explícito al respecto. Por un lado, cuando establece que “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4, dentro Parte II. Normas de aplicación General. Sección A.

“Justificación de la terminación”). Y, por otro, cuando se dispone que “1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. 2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio; b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales. 3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio *estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones*, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son *suficientes* para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio” (art.9, dentro de la Sección C. *Recurso contra la terminación*).

Conforme a la nueva definición, se entiende que concurren *causas económicas* “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa”. La regla –a título ejemplificativo- precisa que estamos ante una situación económica negativa “en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos. Desde luego, la norma ya no se refiere exclusivamente a pérdidas económicas actuales, sino que abarca las “pérdidas previstas” (a modo de mecanismo “preventivo”). Como se puede apreciar de la redacción de la norma se infiere que se trata de un simple criterio interpretativo (“en casos tales como...”, son los términos utilizados), de manera que, evidentemente, cambios, con carácter abierto, otros “casos” que integren el supuesto causal. Por otra parte, la referencia a las “pérdidas previstas”, constituye un elemento preventivo que atiende a situaciones de riesgo empresarial. Aunque las “pérdidas previstas” en puridad debieran basarse en datos actuales, esto no deja de ser una *pura ficción jurídica*, porque ningún dato fáctico va a permitir *predecir* el futuro; y tampoco se justifica lo preventivo para eludir consecuencias más desfavorables en el futuro. Por otra parte, se añade que: “...o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es

persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”. Aquí si es posible la prueba plena de los hechos configurando el supuesto legitimador como la simple merma de la rentabilidad actual de beneficios empresariales, con lo que ello supone de ampliación de los poderes empresariales de despido. Por lo demás, estamos ante una enumeración abierta, no cerrada, pues la norma dice expresamente que “en casos tales como ...”; o en el caso de las causas técnicas: “cuando se produzcan cambios, entre otros...” (art. 51.1 del ET).

En la perspectiva jurídica (tanto técnico-jurídica como de política del Derecho) debe asumirse una posición crítica sobre la posibilidad de admitir los llamados “despidos preventivos”. Debe diferenciarse entre “despidos preventivos puros” (vinculados exclusivamente a la predecibilidad de hechos y situaciones futuras negativas para la organización productiva sin ningún soporte actual o de presente) y las meras previsiones de situaciones de futuro sobre la base de causas actuales, de presente. En éstos últimos el elemento preventivo se construye sobre la base de una causalidad actual adecuada que puede ser pronosticada sobre la base de datos y hechos actualmente existentes con una mirada evolutiva hacia el futuro. A diferencia de los que podrían denominarse “despidos preventivos puros” (previsiones del tipo de situaciones de hechos futuros en atención a variables del mercado y previsiones desligadas enteramente de una causalidad actual determinante), en los despidos con causa actual pero con proyecciones consecuenciales de futuro, sí podría apreciarse la existencia de pruebas de hechos, pues se vinculan a la “actualidad” de la crisis y sus efectos hacia un futuro razonablemente previsible. No es difícil pensar en casos fáciles de crisis actual cuyas consecuencias se pueden prever razonablemente a partir de hechos actuales (no preventivos en sí), que constituyen el “factor determinante” de lo que podría venir después. Aquí hay circunstancias reales cuyas consecuencias de futuro pueden ser analizadas con mayor o menor elasticidad. El problema mayor será, seguramente, incluso en este supuesto de causalidad actual con incidencia de futuro previsible, en hacer esto pronósticos en las causas reorganizativas (técnicas, organizativas o de producción). El riesgo que puede plantearse, no obstante, es que al suprimirse el elemento de la “necesidad”, a favor de la “conveniencia” la normativa revisada pudiera ser interpretada, críticamente, como capaz de incluir “despidos preventivos puros”, no con base a elementos causales de presente sino atendiendo a simples “pronósticos” o indicios débiles de que podría pasar en el futuro. Al efecto, convendría recordar que ni siquiera la llamada “ciencia económica” (que, en realidad, no son sino una ciencia social más) se ha mostrado capaz de realizar, con un mínimo acierto, este tipo de pronósticos sobre la situación del mercado en un futuro inmediato.

Significativamente, a propósito de la documentación que debe ser aportada en los despidos por causas económica, el RD. 80/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo

y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, precisa que “cuando la situación económica alegada consista en una *previsión* de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un *informe técnico* sobre el carácter y evolución de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión. Igualmente, deberá acreditar el volumen y el carácter *permanente o transitorio* de las pérdidas a efectos de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva...” (art. 6). Por su parte, respecto a las causas reorganizativas (técnicas, organizativas o de producción), se exige la aportación de la “memoria explicativa” correspondiente que acredite “la concurrencia de alguna de las causas señaladas”. Además, el empresario tiene que aportar los “informes técnicos” que acredite, en su caso, la concurrencia de dichas causas (art. 7). Reténgase que los artículos 6 y 7 del RD 801/2011, de 10 de julio, han sido declarados vigentes por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo.

La referencia a las pérdidas previstas, más que de prueba, deberá razonarse a través de los análisis económicos que reflejen la proyección económica y financiera de la empresa, con el debido apoyo pericial. Se trata de términos valorativos. El objeto típico de la prueba son los “hechos” no las “previsiones” de futuro. La noción también engloba la “*disminución persistente de su nivel de ingresos*” (disminución persistente de “beneficios” o “ganancias” o “ventas”), y ello con el propósito de ampliar el ámbito aplicativo de esa causa. La noción legislativa parece ser reflejo de la doctrina del TS, que no exigía que la situación económica negativa tenga que identificarse necesariamente en pérdidas [v. gr. la STS 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), apunta más ampliamente hacia una situación “desfavorable en términos de rentabilidad”, lo que va más allá del concepto estricto de pérdidas; aunque era un tema controvertido, alguna doctrina de suplicación ya avalaba el hecho de que una caída de beneficios podía operar como causa extintiva económica, *vid.* STSJ Castilla-León 29 de noviembre 1994, STSJ Cataluña 4 de septiembre de 1996]. Con el control externo colectivo, administrativo “vigilante” y judicial se quiere evitar la arbitrariedad o la lesión de los derechos del trabajador, pero se hace prácticamente muy difícil llevar a cabo un control de fondo de la decisión extintiva empresarial por parte de la autoridad pública actuante. Ello implica virtualmente una sensible reducción de las posibilidades de control judicial. Los hechos futuros –sujetos justificación mediante técnicas argumentativas– presentan dificultades de apreciación intrínsecas técnicamente insalvables.

Con la nueva definición de las causas legitimadoras del despido por necesidades de la empresa se abre una nueva etapa de mayor flexibilidad del despido, pero el conflicto de intereses subyacente sigue irresuelto de manera precisa, y verdaderamente en estos casos los órganos judiciales seguirán actuando más como componedores de intereses de relevancia jurídica que propiamente como aplicadores del Derecho, dada la indefinición subyacente a las nociones jurídicas empleadas en la noción causal. Se amplía el margen de discrecionalidad decisoria, con un mayor énfasis en la conexión existente entre despido y poderes contractuales vinculados a la libertad de empresa y su gestión, de manera que quede salvaguardado el poder de decisión del empleador respecto a la adopción de fundadas razones de ajuste de plantillas.

Los arts. 51 y 52 c) del ET –que exigen el carácter real y serio del despido por causas empresariales– incorporan una categoría jurídica identificable como la resolución del contrato de trabajo por alteración sobrevenida de circunstancias desde una perspectiva más comprensiva de supuestos y flexible en los recursos técnicos que utiliza. Esta resolución contractual será pertinente tanto frente a la situación más evidente de daño emergente (que comporta una situación de pérdidas económicas o de beneficios empresarial - actual- por decirlo expresivamente, y en definitiva una situación caracterizada por una insatisfactoria marcha económica de la empresa), como también situaciones referidas al lucro cesante (caracterizada por la relativa inutilidad de la prestación de ciertos trabajadores frente a una acreditada exigencia de innovación tecnológica o de los sistemas organizativos en la empresa). Desde esta perspectiva dual, la incidencia sobre el contrato es también doble, remite a una alteración de circunstancias que, o bien comportan un mayor sacrificio para las exigencias de la organización productiva y la realización de los intereses de la contraparte, o bien determinan meramente una menor utilidad o rendimiento de determinadas prestaciones laborales. Todo ello sitúa el problema práctico que pretende afrontar el marco normativo de referencia en la lógica propia del principio de rendimiento, sirviendo al cual se prescinde no sólo de las prestaciones inservibles sino también de las que no son rentables. De ahí que esta proyección del principio de rendimiento atrae al campo de lo jurídico el problema de la relación coste-beneficio, que, a la postre, es una metodología especialmente próxima al análisis económico del derecho. Podría decirse que la configuración jurídica de la vicisitud extintiva subordina la existencia del contrato de trabajo a la lógica del principio de rendimiento, insertándola en la propia función económico-social del contrato de trabajo; asistimos a una inserción de la “racionalidad económica” en la categorización jurídica de los institutos. Es este sentido, debe advertirse que el instituto jurídico en estudio permite al empresario, en presencia de una situación de infrutilización del factor de producción trabajo con la consiguiente carga económica derivada,

valerse de él para mantener la plena utilidad de los recursos productivos. La dificultad que se plantea aquí para el operador jurídico es cómo combinar la lógica de las instituciones jurídicas y económicas sin renunciar a la autónoma categorización jurídica de dichas instituciones. Dicho de otro modo, se trataría de evitar una substracción de las formas jurídicas por el recurso o reclamo de las categorías extraídas directamente de la ciencia económica. En este sentido, conviene hacer notar que en el grupo normativo de referencia se introduce un mecanismo de racionalización jurídica de los procesos sociales de cambio, pero en el bien entendido de que dicha normativa tiene un ámbito de autonomía para la realización de sus propios objetivos y de lo que se trata precisamente es de evitar que la racionalidad económica y sus institutos económicos más representativos penetren sin más en las categorías jurídicas instrumentalizándolas, ignorando las funciones reguladoras del derecho como sistema autoreferente. Se trata de evitar un fenómeno de sustitución o desplazamiento de la lógica jurídica por la económica más que de renunciar a la integración o coordinación entre ambas, desde una lógica que evite la simple contraposición entre “economicidad” y “socialidad”. La eficiencia se convierte así en un ineludible principio de acción válido y esencial para la regulación de contrastes sociales y para la construcción de un Derecho del Trabajo que sea partícipe de los valores de la cultura industrial, pero debe ser mesuradamente conjugado y compatibilizado con los objetivos de socialidad. Con el análisis económico del Derecho se produce un reduccionismo en la descripción económica de la realidad jurídica, toda vez que la realidad jurídica es traducida a simples términos económicos (determinismo economicista del Derecho), vaciando de significado las categorías construidas por los juristas y procediendo a reformularlas (o incluso sustituirlas) por las categorías del discurso económico cientifista. Para esta corriente el objetivo es la eficiencia económica de las instituciones jurídicas olvidando, en algunos casos la función del derecho como protector y realizador de valores superiores del sistema socio-jurídico (democratización del sistema social, equidad social, etc.). En este sentido, debe retenerse que la evaluación y legitimación de normas jurídica ha de llevarse a cabo utilizando los criterios de eficiencia (ganancias y riqueza creada) y, ante todo, de efectividad (efectos o consecuencias en los ámbitos de la integración social y la solidaridad).

En este orden de consideraciones, partir de la matriz de la modificación sobrevenida de circunstancias como vicisitud eminentemente contractual en el cuadro de la *función compleja* (aunque unitaria en tanto su funcionalidad opera imbricadamente en la dinámica contractual) que asume el contrato de trabajo en la empresa no es sino revalorizar la función del contrato y de las categorías contractuales frente a los intentos de trasvasar la problemática al ámbito de las categorías estrictamente económicas. Esta revalorización de lo contractual adquiere no solamente una significación técnico-jurídica, sino también de po-

lítica del Derecho, toda vez que es a través de la propia configuración jurídica del contrato de trabajo y de los convenios y pactos colectivos como pueden introducirse límites incisivos en el ejercicio de los poderes empresariales de reorganización del sistema productivo, evitando el ocultamiento del conflicto de intereses bajo la máscara del preponderante interés propio y objetivo de la empresa (En definitiva, evitar incurrir en la falacia de las *teorías institucionalistas y/o comunitaristas* como fundamento de las facultades organizativas empresariales). Por el contrario, y por decirlo gráficamente, “extracontractualizar” excesivamente el fenómeno de los arts. 51 y 52 c) del ET acaba liberando mayores espacios de poder de regulación y resolución del empresario. El contrato de trabajo como contrato intervenido y *normado* (es decir, cuya regulación es en gran medida preordenada por fuentes estatales y de origen profesional) es un instrumento típico para reconocer y legitimar poderes empresariales de ordenación y resolución, pero al mismo tiempo constituye un mecanismo apto para la predisposición de límites al ejercicio de tal poder. En definitiva, el problema práctico que el grupo normativo regulador de los despidos objetivos trata de resolver es el de la reglamentación de las facultades empresariales para poner fin a las relaciones de trabajo. En tal sentido, la autonomía colectiva y el intervencionismo público son el instrumento predispuesto para organizar el sistema de equilibrios de poder en la empresa, de tal modo que las relaciones individuales de trabajo quedan prefiguradas por el choque entre los distintos mecanismos de poder jurídicamente constituidos y legitimados para intervenir y hacer valer sus respectivos intereses en los procesos de reorganización empresarial. El Derecho es una técnica de regulación social, y en particular señala que el Derecho Social del Trabajo está ligado primordialmente al fenómeno del desigual reparto del poder social, pero constituyendo un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo. Como se aprecia, en el terreno de los despidos colectivos, siendo el mecanismo de tutela eminentemente colectivo e institucional (garantismo legal y colectivo), su incidencia jurídico-práctica se instrumenta jurídicamente en términos contractuales individualizados, es decir, la operatividad práctica del fenómeno se refleja en una resolución de los contratos de trabajo afectados en base a las dificultades de la prestación que comporta la modificación sobrevenida de circunstancias. Aquí estriba la dificultad del fenómeno, en la superposición de institutos públicos y colectivos e instituciones típicamente contractuales.

En definitiva, puede afirmarse que el régimen jurídico del despido colectivo somete al sistema de contratación en la empresa (la propia dinámica y existencia de los contratos) a una situación de sumisión directa a las cambiantes e inestables necesidades empresariales y exigencias de rentabilidad. La flexibilización reforzada en la operatividad causal del despido colectivo no ha

hecho sino operar una traslación directa de riesgos que venían manteniéndose formalmente en la esfera del titular de la organización empresarial. Las inestabilidades empresariales tienen así una repercusión más incisiva en el elemento personal de la empresa. Esa traslación de riesgos implica la extralimitación del marco de las nociones civilísticas en favor del empresario y su capacidad reorganizativa. Ese transvase del riesgo se opera normativamente (en tanto tratamos de un contrato normado) mediante la ampliación del alea excepcional del contrato con posibilidad modificativa, suspensiva o extintiva, en interés de la organización productiva, con la correlativa restricción del alea de riesgo normal que asume exclusivamente el empleador.

Por otra parte, la empresa afectada por los despidos colectivos puede ser una empresa del sector público, y más precisamente una *organización administrativa*, que en cuanto tal no puede considerarse como una auténtica “empresa”. En tal sentido, se añade por Disposición adicional segunda del RD-Ley 3/2012 una disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. A efectos de las causas de estos despidos del *personal laboral* en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren *causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrenvenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes*. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá 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*. Asimilación parcial al “régimen laboral general”, pues se afirma después que lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones

realizadas en el mercado. (Disposición adicional vigésima primera, añadida por la Disposición adicional tercera del RD.-Ley 3/2012). Esta exclusión o excepción de las reestructuraciones suspensivas presenta una finalidad preferente de reducir los costes que en tales casos deberían recaer sobre el Sistema de Seguridad Social (estas suspensiones son situaciones legales de desempleo).

De este modo el régimen del despido colectivo resulta aplicable al sector público de empleo laboral, con mínimas adaptaciones. Se opera, así, una laboralización de las reestructuraciones del sector público. Esta aplicación prácticamente indiferenciada de la ordenación del despido colectivo en el empleo público laboral va a facilitar la expulsión de los considerados excedentes de las Administraciones públicas a todos los niveles. La causa económica se entiende existente ante una acreditada situación de insuficiencia presupuestaria *sobrevenida y persistente* para la financiación de los servicios públicos correspondientes. Se presume *iure et de iure* que existe dicha insuficiencia presupuestaria persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Es de realzar que la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados que deberán ser objeto de especificación, como la “insuficiencia” presupuestaria que remite un desequilibrio importante, y no menor y meramente transitorio, “sobrevvenida”, aunque su carácter “persistente” sin estar fijado en términos precisos (durante tres trimestres consecutivos).

En cuanto a las causas reorganizativas se establece que se entenderá 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*. De un modo u otro, las causas reorganizativas aplicadas a las organizaciones administrativas se vinculan con el principio de eficiencia en la gestión de las tareas administrativas y con los servicios públicos. De este modo, el empleo público laboral se aleja del principio de estabilidad que rige en el empleo público funcionarial, en su sentido de mayor contingencia y precarización de su relación de servicios profesionales.

3. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO, LA COMBINACIÓN ENTRE “FLEXIBILIDAD NEGOCIADA” Y “DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL”

El procedimiento de regulación de empleo se desarrolla con la intervención de tres actores principales, titulares de competencias y prerrogativas importantes que le han sido atribuidas para la defensa de los intereses que le son propios y que pueden ser diversos, a saber: el empresario (o los empresarios),

los trabajadores a través de sus representantes y la autoridad pública actuante, con funciones de vigilancia, apoyo y mediación.

El sistema legal establece un procedimiento detallado para legitimar la validez de la decisión empresarial, que permita un control de la decisión en relación con las exigencias objetivas (necesidades «objetivadas») de funcionamiento de la organización productiva. Básicamente este procedimiento se articula sobre una fase de *consulta-negociación* con los representantes de los trabajadores, a fin de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo colectivo; y por otro, la decisión de la empresa, con o sin acuerdo previo, es recurrible ante la jurisdicción social.

Según lo previsto en el art. 51.2 del ET, todo empleador que tenga la intención de efectuar un despido colectivo ha de presentar su “*proyecto de despido colectivo*” (son los términos utilizados por los artículos 3 y 4 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de junio; cfr. STJCE 27 junio 2005, Asunto C-188/03). Cuanto el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2 Directiva). Por otra parte, el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente (art. 3.1 Directiva). Y, a su vez, la autoridad pública competente aprovechará para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (art. 4.2 Directiva).

Ahora bien, el comienzo de este procedimiento administrativo no sólo requiere la correspondiente «comunicación a la autoridad laboral competente», sino que al mismo tiempo deberá abrir un «periodo de consultas» con los representantes legales de los trabajadores, lo que deberá comunicar por escrito, haciendo llegar una copia de esta comunicación también a la autoridad laboral. La finalidad de este periodo es amplia: deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (art. 51.2). Su contenido es más limitado que en la formulación anterior, pues se hacía referencia a que el periodo de consultas debería versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial (51.4 del ET, según la redacción anterior). La nueva redacción sobre el objeto de la consulta-negociación queda directamente emparentada con el tenor literal del art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (A cuyo tenor, “Las consultas versarán, como mínimo,

sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”). Pero, como se ha indicado, la nueva redacción hace desaparecer una mejora significativa sobre el objeto de la consulta que sí aportaba la regulación estatutaria precedente, a saber: “las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos...”. Con ello parece que el legislador quiere acotarlas, en principio, al tratamiento de los “efectos o consecuencias”, no garantizando legalmente que se pueda incidir sobre las “causas” o factores determinantes de la situaciones de crisis o de reorganización empresarial. La consideración de los factores causales determinantes parece que serían de incumbencia del empleador, lo cual refleja en sí toda una filosofía político jurídica liberalizadora no sólo sobre los despidos sino también sobre la propia empresa (que en la concepción iusliberal individualista se percibe principalmente como la esfera patrimonial del empleador más que como una organización productiva pluralista –que integra elementos patrimoniales o personas- surgida, eso sí, de su libre iniciativa económica).

Por otra parte, se ha suprimido toda referencia legal a la exigencia de elaborar un plan de acompañamiento social en las empresas de cincuenta o más trabajadores (antes contemplada ex art.51.4 del ET). Intención manifiesta del legislador es la de liberar a dichas empresas de esa obligación jurídica. Esto no significa que no se deba hacer sino que *ahora sólo se realizará por mutuo acuerdo de las partes negociadoras* y para cualquier tipo de empresas. El legislador no ha pretendido, desde luego, generalizar la obligación de elaborar un plan de acompañamiento social en todos los casos de despidos colectivos. Esa es la dirección a la que apunta la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por RD 801/2011, de 10 de julio. El art. 9 de este último Reglamento no figura entre los declarados con vigencia transitoria.

La ordenación legal trata de promover la gestión consensuada (consulta-negociación en vista de alcanzar un acuerdo) de la empresa, gozando las partes sociales de una amplia libertad de concepción respecto al establecimiento de aquellas medidas encaminadas a afrontar la crisis laboral de la empresa con arreglo a las finalidades previstas por el legislador. La consulta-negociación presupone una obligación general (proporcional toda información pertinente) y específicos deberes de información (motivos del proyecto de despido, número y categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, etc.), «a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas,

durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil» (art. 2.3 Directiva 98/59). De ahí, que se explicita la necesidad de que sendas comunicaciones —a la autoridad laboral y a los representantes— se acompañe de «toda la documentación necesaria».

El período de consultas ha de realizarse dentro del plazo de treinta o quince días (si la empresa es de reducidas dimensiones laborales, a saber: menos de cincuenta trabajadores). El modo de finalización de este periodo, con acuerdo o sin acuerdo, marcará la finalización del procedimiento, pues determina el contenido de la decisión extintiva empresarial susceptible de reclamación ante la autoridad judicial laboral.

Se establece que la consulta-negociación con los representantes de los trabajadores tendrá una duración “*no superior*” a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores (art. 51.2 del ET, no modificado en su contenido regulador por la reforma laboral de 2012). Lo que antes eran plazos mínimos ahora se convierten en plazos máximos para el desarrollo de las consultas. La medida agiliza la adopción empresarial de la medida, pero también puede suponer una mayor dificultad en regulaciones de empleo complejas y una presión añadida a la representación de los trabajadores para alcanzar un acuerdo dentro del plazo máximo previsto. Esta medida afecta a la *reducción del tiempo* de los despidos colectivos. Habrá de entenderse que los plazos máximos podrán prorrogarse por mutuo acuerdo de las partes, si así lo deciden, con vistas a la consecución de un acuerdo. Esta interpretación viene avalada en interpretación sistemática con la regulación de las consultas sobre movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en las que los plazos se conforman de máximos e “improrrogables”, precisión esta última que no se contempla para los expedientes de regulación de empleo.

Resulta llamativo que la forma de legislar propia del Derecho reflexivo (proliferación de normas de organización y procedimiento que impulsan y enmarcan la actividad de autorregulación de los grupos sociales y económicos entre sí y con el poder público) es la que en muchos aspectos se está aplicando, aunque con adaptaciones —modulaciones— para hacerla más operativa y viable en los procesos de reestructuración y saneamiento participativo y negociado bajo cobertura legal e impulso público (administración ordinaria o judicial) de encuadramiento y fomento de los procesos de autorregulación negociada entre los diversos partícipes de la empresa concernida o afectada. Es lo cierto que el enfoque de los afectados e interesados (*Stakeholder*) en el desenvolvimiento de la actividad empresarial no sólo otorga una visión más social de la empresa, sino que también confiere más eficiencia legitimadora a las decisiones de reestructuración de la empresa.

Es harto significativo el hecho de que en la regulación normativa del período de consulta-negociación subyace la opción político-legislativa de proceduralizar la decisión empresarial de despedir. Se inserta en la lógica

colectiva. Pero también interesa destacar que, al menos, en el plano formal, el enfoque preventivo es ya anterior a la iniciación de dicha fase de consulta-negociación. En efecto, conforme al art.64.5 del ET, la representación legal de los trabajadores “tendrá derecho a emitir informe, con *carácter previo* a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes materia: (...) b) Las reestructuraciones de plantillas y ceses totales o temporales, de aquélla (cfr. art. 51 del ET; RD 801/2011, de 10 de junio). (...). Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo” (cfr. art. 44 del ET)¹. Se trata, en tales casos, de un tipo de consulta específica, la “consulta-informe”, que no garantiza legalmente la apertura de un proceso de negociación colectiva gestional, a diferencia de la forma cualificada de “consulta-negociación” colectiva. Como toda consulta, la forma “consulta-informe” exige una información previa y adecuada (La información se deberá facilitar por el empresario a los representantes de los trabajadores, “sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”; art.64.6 del ET). Pero esta modalidad de “consulta-informe”, aunque en sí no comporta “negociación colectiva”, puede acabar abriendo *ex novo* distintas formas de negociación colectiva. En tal sentido el mismo art. 64.6 del ET dispone que “la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una

¹ Reténgase que, conforme al art.13 del Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador: “1. Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones; b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencia adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos. 2. La aplicación del párrafo 1 del presente artículo se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal. 3. A los efectos del presente artículo, la expresión «representantes de los trabajadores interesados» se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971”.

respuesta justificada a su eventual informe y *poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo* sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones”. Por otra parte, los informes que emitan los representantes de los trabajadores deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes (art. 64.6 del ET).

Con carácter complementario y posterior a esa posible gestión preventiva encaminada a afrontar las reestructuraciones permanentes de la organización productiva, se garantiza el derecho de consulta-negociación en las reestructuraciones en curso. El derecho de consulta-negociación ex art.51.2 del ET comprende una obligación de negociar de buena fe sobre el proyecto de reestructuración o ajuste de la empresa. Una obligación jurídica que es configurada como “obligación de medios” (no como “obligación de resultado”); agotado el período de consulta-negociación, el empresario puede tomar por propia iniciativa la decisión de despedir, con sometimiento al procedimiento legalmente establecido y en todo caso con el sometimiento a un control judicial posible, aunque no necesario inicialmente para efectividad del despido (No se exige, evidentemente, un control *previo judicial*). No se garantiza legalmente un derecho de veto de los representantes de los trabajadores. Estamos ante una búsqueda de legitimación del ejercicio de los poderes empresariales (en este caso reorganizativos) a través de una democratización industrial “débil” (formal y *funcionalizada* más que estructural) o procedimentalización participada en el proceso decisorio que adquiere cada vez más centralidad en los sistemas de relaciones laborales. Es lo que se ha denominado “*legitimación a través del procedimiento*” y esta es justamente la finalidad implícita de la ordenación de los despidos colectivos a propósito de la regulación de los períodos de consulta-negociación. Con ello más que un criterio estructuralmente encaminado a la introducción de formas de democracia industrial en las organizaciones productivas donde se realiza un importante desarrollo de la personalidad humana (como vía participativa del individuo en las formaciones sociales y económicas -no meramente políticas- en las que se integra y como fórmula de redistribución del poder social con su consecuente funcionalidad limitadora de sistemas organizativos autoritarios) se introduce un mecanismo participativo, de incuestionada importancia funcional en cuanto contraposición a la producción autócrata de decisiones y fortalecedor de la implicación de los trabajadores en el funcionamiento y la toma de decisiones en la empresa, pero cuya intencionalidad implícita no es otra que la reestructuración empresarial, las cuales siguen

remitiendo aún a un poder residenciado en la figura de quien ostenta la dirección de la empresa en su libertad de dimensionar sus niveles ocupacionales en función de sus opciones organizativas y productivas y, más específicamente, de determinar (como expresión de la propia libertad de iniciativa económica) la óptima proporción entre los factores de producción. En el fondo los poderes del empleador siguen quedando sustancialmente intactos como un núcleo duro de la constitución económica de la empresa de base autoritaria, aunque el proceso decisional no se desarrolla de forma unilateral en el empleador y en tal sentido se abre una incierta posibilidad de “condicionamiento” de tal decisión a la luz de otros intereses confrontados o de propuestas de carácter alternativo. Dicho de otro modo, persiste el principio de autoridad en la empresa también por lo que se refiere al poder de despedir, y ello no ha sido contradicho por los arts. 51 o 52 c) del ET (en este segundo supuesto más obviamente por la carencia de una institucionalización jurídico-normativa de los trámites procedimentales del periodo de consultas o la autorización administrativa). Esta y no otra es la realidad jurídica existencial de la institución aquí estudiada.

En cuanto a quiénes sean los representantes de los trabajadores con los que negociará la dirección de la empresa y el modo en que se votará por éstos el acuerdo, nada nuevo se aportaba por la Ley 35/2010, pero el artículo 6.4 del RD 7/2011 (que modifica el apartado 2º del art. 51 del ET) sí lo hace optando decididamente por las secciones sindicales como interlocutores *preferentes* de la empresa en el procedimiento de consultas “cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”. La nueva redacción del art. 51.2 efectuada por el RD.-Ley 3/2012, contempla expresamente dicha preferencia. De este modo se otorga un principio de favor a las representaciones sindicales como poderes de interlocución frente al poder del empresario y se rompe con el tradicional esquema *binario* que permitía, en principio, al empresario optar entre mantener las consultas con la representación unitaria o sindical. Es una opción de política del Derecho en favor del sindicato (plenamente coherente con la opción constitucional por el sindicato como instancia de personificación de la identidad colectiva de los trabajadores también en el ámbito de la organización empresarial) en su calidad de interlocutor y sujeto negociador respecto al diseño del modelo de *flexibilidad interna negociada* y que se refleja normativamente en los distintos supuestos de periodos de consulta-negociación (así, artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del ET). El legislador reformista hace notar que con el objetivo se adapta el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, se incluyen nuevas reglas de legitimación para la negociación de convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada. Para ello, se modifican, por un lado, los artículos 87 y 88 del ET, y, por otro, sus artículos 40, 41, 51 y 82.3 del

mismo cuerpo legal (Exposición de Motivo, apartado IV, del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva).

A la obligación legal de elaborar un plan de acompañamiento *le sustituye* una obligación legal, importante pero de alcance más limitado, a saber: “La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores. El incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento” (art.51.10 del ET; la misma Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, lo hace explícito cuando declara, por un lado, que “el art.8, referido a la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo, se entiende vigente, salvo lo dispuesto en la letra b). Lo dispuesto en la letra f) *se entenderá referido al plan de recolocación externa* en los términos establecidos en el art.51.10 ET”; y, por otro, “el art.23, sobre el periodo de consultas y plan de acompañamiento social, se entiende vigente, *salvo lo relativo al plan de acompañamiento social*”). Este plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, constituye una obligación jurídica del empleador que es correlativa al derecho de los trabajadores a la recolocación en los procesos de reestructuración que afecten a más de cincuenta trabajadores. Ese plan tiene un contenido mínimo legal, pues deberá de incluir necesariamente medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. Aquí la ordenación legal va más allá de la simple responsabilidad social de tipo voluntario para establecer una obligación jurídica reforzada con la amenaza de sanción que actúa como una garantía de efectividad del cumplimiento de las obligaciones y de la satisfacción de los derechos sociales vinculados a la recolocación y reinserción laboral (“El incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento”; art. 51.10 del ET; para la tutela administrativa art. 8.14 del Texto Refundido

de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; y para la tutela judicial, art. 124.11 c) de la LRJS, reformado). Las medidas de recolocación “interna” y “externa” presentaban un regulación coherente al insertarlas dentro del “Plan de acompañamiento social” previsto en el art. 9 del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Estas garantías de recolocación vienen realzando la necesidad de residenciar las tutelas no sólo respecto a la dimensión indemnizatoria, como ante todo en la dimensión “empleativa” o de empleabilidad de los trabajadores excedentes, precisamente con la finalidad de instrumentar unas garantías más efectivas del derecho social al trabajo ex art. 35 CE. Pero estas previsiones legales –salvo posible mejora por convenio u acuerdo colectivo– se limitan a las empresas de más de cincuenta trabajadores. Estas obligaciones de servicio y formación y readaptación profesional son de medios (importante ya en sí mismas), pero no de resultado (acceso efectivo a un empleo u ocupación). Por lo que se refiere a la financiación lo único seguro es que “el coste de la elaboración e implantación de dicho plan (de recolocación) no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores” (art. 51.10 del ET). Aquí se abren dos posibilidad, o bien su financiación se realiza por el empleador, o bien por el poder público; aunque cabe una vía intermedia que se podría transitar, esto es, una financiación mixta entre empresario y poder público.

También para empresas de más de cincuenta trabajadores se prevé una garantía de efectividad del procedimiento de despidos colectivo, consistente en que “Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente” (art. 51.3 del ET). En este orden de ideas resulta harto significativo, y sorprendente, la supresión de la previsión de garantía de los trabajadores en los supuestos de venta judicial de la empresa: “En los supuestos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el art. 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. Si, no obstante, la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad del anterior deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto” (art. 51.1 del ET, en la versión anterior a la reforma). Esta supresión es inútil si de lo que se trata es de evitar esas medidas ya que ella se infiere en procedimientos extraconcur-sales del propio art. 44 del ET y en procedimientos concursales del art. 149.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad

económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”).

Las previsiones normativas sobre el contenido de las consultas, a pesar de adolecer de un alto grado de generalidad, aparecen adecuadas para un cambio de actitud sobre la funcionalidad de las mismas. La utilización disfuncional de las consultas para la exclusiva obtención de mayores indemnizaciones debiera comenzar a corregirse con este innovador marco normativo (y así se está realizando lentamente, poco a poco). En este sentido, la referencia de la normativa precedente a las medidas “*para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial*” produce una clara inserción del período de consultas en una lógica combinada -latente en el ordenamiento laboral en su conjunto- de protección a los trabajadores y de la viabilidad futura de la empresa. Sería deseable un efecto enriquecedor del contenido del período de consultas, evitando centrar las discusiones exclusivamente sobre la cuantía de las indemnizaciones a percibir por los trabajadores despedidos a resultas del expediente de regulación de empleo y buscando preferentemente fórmulas alternativas a la extinción de puestos de trabajo basadas en la elaboración de planes sociales y de viabilidad de las empresas que recojan las distintas facetas que hacen viable y competitiva la organización productiva *pro futuro*: nuevas inversiones, innovaciones tecnológicas, formación y cualificación profesional, saneamiento financiero, políticas de comercialización (ampliación y diversificación de mercados), coyunturales contenciones salariales o modificaciones de las condiciones de trabajo (No deben perderse de vista las amplias posibilidades que la ordenación de las cláusulas de descuelgue salarial y la flexibilización operada en la modificación de las condiciones de trabajo abren al respecto). En definitiva, el actual marco normativo permite y fomenta (desde la perspectiva de la negociación concertada) la introducción de medidas de acción positiva y no las de corte tradicional meramente “reparadoras” o indemnizatorias, máxime atendiendo a la época de desempleo masivo que persiste actualmente, en las que se valora mucho más la posibilidad de volver ocupar al menos después de pasar algún tiempo un puesto adecuado de trabajo.

No obstante, es lo cierto que la autonomía colectiva se encuentra con una serie de límites intrínsecos para desplegar plenamente la función asignada en

el período de consultas. Las propias posibilidades económicas de la empresa actúan como límite o techo para la elaboración de adecuados planes “protectores” del colectivo social afectado por la reestructuración empresarial, es decir, el plan social no podrá rebasar el límite en que se ponga en peligro la propia viabilidad del proyecto empresarial y del empleo subsistente en la misma. Dichos límites sólo pueden solventarse con una actividad o apoyo público de carácter extraordinario, que pone en acción recursos de solución supletorios respecto aquellos inmediatamente controlados por las partes en conflicto y que agilizan la solución del conflicto mismo. Así, la persistente transformación de los aparatos productivos que caracteriza los tiempos actuales requiere medidas jurídicas favorecedoras de la movilidad interempresarial, intersectorial o geográfica y de recualificación profesional. Una solución a estos problemas confiada en exclusiva a las fuerzas del mercado no parece que resulte en grado de satisfacer las nuevas y crecientes exigencias de previsión, de programación y intervención, es decir, se hace ineludiblemente necesaria una política activa de empleo. En ocasiones se produce intencionadamente la búsqueda de la intervención pública en las situaciones de crisis, de modo que nos encontramos ante la problemática relacional entre el acuerdo en período de consultas y las políticas activas de empleo o una presencia pública que, en ocasiones, no se encuentra desligada de crisis sectoriales o regionales pero sin llegar a constituir un proceso de reconversión de carácter extraordinario. En el complejo conflicto subyacente quedan conjugados los problemas reorganizativos con los relativos a la paz y el orden social. Por tanto el “Plan social” puede ser de carácter tripartito y no necesariamente bilateral, sin que para ello se requiera de una normativa específica. Otras veces el acuerdo tiene naturaleza mixta, y presenta vertientes de concertación social (acuerdo de carácter político) donde el poder público actúa como sujeto negociador en el plano político y de negociación colectiva estricta donde la intervención pública se ciñe exclusivamente a la actividad autorizadora. Ello no supone una desnaturalización del período consultivo, sino que puede ser aceptable en el marco del art. 51 del ET, como *modus operandi* adecuado para el desarrollo y viabilidad de un plan social (en un marco de reestructuración permanente); pero sí pone abiertamente de manifiesto la insuficiencia del *laissez-faire* colectivo, la necesidad -en ocasiones- de un intervencionismo público que apoye y equilibre la negociación colectiva. Ese apoyo público -en su justo equilibrio atendiendo también al principio de libre competencia y a los límites comunitarios que se imponen en tal sentido- proporciona una planificación más global de la crisis empresarial y una adecuada corrección de sus efectos sociales. Desde la estricta perspectiva jurídica, se produce una metamorfosis de lo que podría considerarse una intervención administrativa negativa y estática clásica a una de carácter positivo u operativo, donde se opera una prolongación de la misma sobre la actividad que

desarrolla el empleador. Ello viene determinado por el dato relevante de que en estos supuestos el interés público no queda tutelado simplemente a través de los actos de control, sino que se hace precisa una actividad de apoyo, control o tutela público de tracto sucesivo con lo que el empresario.

Como medidas directas encaminadas a la atenuación de los efectos del despido colectivo y como relativa compensación a los trabajadores afectados por los perjuicios derivados de la pérdida de empleo, el art. 51.8 del ET establecía el derecho de los mismos a una indemnización tasada consistente en “veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades”. Las dudas que la configuración de la norma como derecho necesario relativo o como tope mínimo mejorable por la negociación colectiva o individual pudieran plantearse en sede legal, se ven despejadas por la precisión adicional que realiza el art. 18.1 del RD.801/2011: “salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior”. Es decir, la indemnización legal constituye un suelo mínimo indisponible *in peius* y tan sólo mejorable por acuerdos de carácter colectivo o individual (véase SSTCo. 99/2001, de 23 de abril, y 100/2001, de 23 de abril). En virtud del principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos laborales *ex art. 3.5 del ET* no cabe la posibilidad de que los trabajadores o sus representantes puedan disponer del mínimo indemnizatorio ni transigir estableciendo topes inferiores al legal de modo que la indemnización sea menos que la que ella arroje. Este sistema indemnizatorio, aun operando una cierta restricción sobre las autonomías individual y colectiva, y en tal sentido -por su carácter genérico- aporta una cierta dosis de rigidez, no deja de ser un instrumento que equilibra una mínima salvaguarda de los derechos de los trabajadores con la posibilidad de su mejora, y por tanto, de una cierta posibilidad de adaptación a la crisis empresarial concreta² a través de la negociación con los representantes de los trabajadores. En dato normativo, en cierto modo sorprendente, es que la nueva redacción del art.51 del ET ha omitido la referencia que se hacía en su apartado 8 a una indemnización de derecho necesario de veinte días de salario por año de antigüedad, con un máximo de doce mensualidades. Se trataba de una norma mínima laboral no modificable “*in peius*”, pero sí “*in melius*” (STCo 100/2001, de 23 de abril). Esta importante y al parecer deliberada “laguna” (nada dice tampoco el art. 124.9 de la LRJS) no puede suponer la plena disponibilidad de la indemnización por el empleador, o los partes negociadoras del acuerdo de reorganización

² El propio art. 33.8 del ET establece una “obligación pura” del FOGASA, con objeto de suavizar económicamente la reorganización de las PYMES, y con independencia de la solvencia de la empresa: “En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extendido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52”.

productiva, pues ello, aparte de ser desequilibrado en términos estrictamente contractuales, vulneraría las garantías mínimas ante el despido que impone la normativa internacional (señaladamente, el Convenio OIT núm.158, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario; y el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y nuestra propia Constitución (art. 35). Esto supone que en estricta lógica jurídica (estamos ante despidos por causas empresariales, y por tanto, por hechos sobrevenidos independientes de la voluntad de las partes) se ha de aplicar en caso de despido colectivo justificado o procedente la indemnización por despido procedente prevista en el art.53.1 b) del ET para el denominado despido objetivo; es decir, indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Respecto a las “prejubilaciones”, téngase en cuenta que la medida restrictiva o de “des-alentamiento” institucional que se recogía en el art. 51.15 del ET. El vigente art. 51.9 del ET (en la versión del RD.-Ley 3/2012) establece que “Cuando se trata de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incurso en procedimiento concursal, que *incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad* que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social”. (cfr. apartado 15 del presente art.51 del ET). En relación a ello, la Disposición final cuarta del RD.-Ley 3/2012, relativa a los “Despidos que afecten a trabajadores mayores de 50 o más años en empresas con beneficios”, da nueva redacción a la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de sistema de Seguridad Social, quedando redactada del siguiente modo.

Se trata, pues, básicamente que las empresas con beneficios asuman un parte significativa del coste de la protección legal por desempleo, en las circunstancias previstas en la norma. En primer lugar, debe realizarse que se contempla el supuesto de grupo de empresas con beneficios y no sólo la empresa aislada. En segundo lugar, debe también señalarse que se suprime el requisito precedente de que el expediente de regulación de empleo afecta al umbral de cien o más trabajadores excedentes. Por último, se manifiesta igualmente la centralidad de las medidas de recolocación y reinserción en el mercado de trabajo. Así el apartado 8 de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, conforme a la cual “Al menos un 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el

colectivo de los trabajadores de 50 o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas”. Estas acciones y medidas de recolocación interna (empresa o grupo de empresas originaria) o externa a la empresa simple o de estructura compleja (en el mercado externo de trabajo) son medidas más incisivas y comprometidas que las previsiones de recolocación previstas en el art. 51.10 del ET (“La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un *plan de recolocación externa* a través de empresas de recolocación autorizadas...”).

Con la reforma del RD-Ley 3/2012, se ha suprimido el trámite de autorización administrativa previa de los despidos y con él la idea de un procedimiento de “doble fase”, ya que propiamente no se puede hablar a partir ahora de una “fase administrativa de autorización” con sucedía anteriormente. El argumento utilizado por el legislador ha sido el de la mayor “celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales” (Exposición de Motivos). En todo caso, conviene dejar constancia del hecho de que la obtención de la mayor celeridad es discutible por esa vía; pero sobre todo del hecho de que la autorización administrativa previa para un despido que siempre el empleador realizaba libremente ni es contraria al principio de libertad de empresa (art. 38 de la CE), ni se opone a la Directiva 98/49/CE, que establece una regulación de mínimos (art. 5), y por tanto, una regulación mejorable por las legislaciones, la negociación colectiva y las prácticas de los ordenamientos jurídicos internos. Lo que sí impone la Directiva es la realización de una *función mediadora* de la autoridad laboral, su implicación en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados y la propuesta de soluciones equilibradas entre los actores sociales. Y esa función mediadora ciertamente continúa estando desatendida por falta de precisión y concreción con la nueva reforma legislativa. En todo caso, por esa misma “neutralidad” de la Directiva comunitaria, la supresión de la autorización administrativa no se puede entender, tampoco, contraria al Derecho Social Europeo. Con la supresión de la autorización administrativa previa se reconfigura el intervencionismo público administrativo en los despidos colectivos, de manera que éste parece asumir una función de “control” y de “supervisión” del proceso negociador y estrictamente instrumental respecto de la legalidad de los acuerdos colectivos de reorganización productiva eventualmente alcanzados durante el periodo de consultas-negociación (consulta cualificada). Conforme al nuevo art. 51.2 del ET, “La autoridad laboral *velará* por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, no supondrán la paralización del procedimiento”. Esta función de apoyo es comprensiva de una función mediadora en sentido débil;

hubiera sido preciso que la normativa reguladora precisara el alcance de esa función mediadora. La mediación constituye un procedimiento para contribuir a resolver conflictos, en que las partes involucradas buscan generar soluciones auxiliares por un tercero imparcial, quien actúa como moderador para facilitar la comunicación con la posibilidad de proponer directamente soluciones a las partes en situación de conflicto.

La norma de Derecho interno ha de ser interpretada con arreglo a las previsiones de la Directiva comunitaria sobre la función mediadora de la autoridad laboral precisamente *como contenido mínimo comunitario del intervencionismo público administrativo en los despidos por causas empresariales*. Con todo, el intervencionismo público administrativo se reconfigura hacia un *nuevo funcional*, a saber: asumiendo una función menos penetrante (como es la función autorizante que se suprime) de vigilancia, apoyo y mediación entre las partes sociales en conflicto. Por ello está “presente” en el procedimiento de regulación de empleo desde su inicio (la autoridad laboral ha de recibir la comunicación y recaba el Informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 51.2 del ET); vela activamente por la efectividad del período de consultas-negociación colectiva; y lo es activamente porque la “autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento” (art. 51.2); recibe la comunicación empresarial el resultado del procedimiento consultivo, si se hubiera alcanzado acuerdo colectivo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso, contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final (el empresario es el que adopta la decisión final relativa a los despidos, se haya producido o no acuerdo en el período de consultas) del despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo (art. 51.2); recibe la comunicación motivada cuando la extinción afecte a más del 50 por 100 de los trabajadores y el empresario proceda a la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la empresa (Nótese que si hay transmisión de empresa o unidad productiva autónoma se ha de aplicar el régimen previsto ex art. 44 del ET); y es la propia autoridad laboral la que está legitimada para impugnar los acuerdos de reorganización productiva adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiere informado que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 51.6 del ET). Por lo demás, en el marco de los expedientes de regulación de empleo concursal, la autoridad laboral asume determinadas funciones específicas (art. 64 LC):

emisión de informe sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de la emisión (art. 65.6 LC) (Evidentemente ya no tiene sentido la previsión de que “el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo”; art. 64.7 LC. Hay que entender simplemente que los trabajadores afectados quedan en situación legal de desempleo una vez adoptada la resolución judicial “autorizante” en expedientes judiciales en situaciones concursales).

Se ha establecido una nueva modalidad procesal laboral especial contemplada en el art. 124 LRJS, para impugnar los despidos colectivos realizados por el empresario (“la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores”; artículos 124.1 y 153.1 LRJS), siendo la jurisdicción social el órgano jurisdiccional competente para entender de todas las cuestiones sociales planteadas por los despidos por causas empresariales (que, por excepción se comparte parcialmente en caso de despidos producidos en el marco de procedimientos concursales).

El art. 7 de la LRJS, en la nueva redacción dada por el RD-Ley 3/2012, “las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán... Asimismo conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del art.124 de esta Ley, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma”. Por su parte, el art.8.1 de la LRJS, en la nueva redacción, establece que “Las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional... Conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del art. 124 de esta Ley, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”.

No se olvide que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mantiene, en su lógica interna, la atribución competencial de los ERE en crisis concursales a los Juzgados de lo mercantil, conforme a las previsiones originarias de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (artículo 8. “Juez del concurso”).

El art. 124 de la LRRJS –en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012– regula la modalidad procesal especial relativa a los “Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor”. La nueva modalidad procesal, lejos de racionalizar produce una mayor complejización del tratamiento procesal de los despidos por causas

empresariales. En tales supuestos la decisión empresarial podrá ser impugnada por los representantes legales o sindicales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Los representantes unitarios o sindicales son, pues, los sujetos que ostentan la legitimación activa. La demanda se podrá fundar en los siguientes motivos tasados, con una textura abierta en su formulación: a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) Que no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores; y c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del art. 124 LRJS.

(a). En caso de que el período de consultas regulado en el artículo 51 del ET hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los firmantes del mismo. Para presentar la demanda no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en el Título V del Libro I de la LRJS.

La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión de despido colectivo adoptada por el empresario al finalizar el período de consultas del artículo 51 del ET.

En cuanto a la tramitación en esta modalidad procesal constatar que tiene *carácter urgente y como tal basado en el criterio de celeridad*. La preferencia en la tramitación de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia. Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al empresario demandado y le requerirá para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. En ese mismo requerimiento, el secretario judicial ordenará al empresario que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que en el plazo de quince días comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia. En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que de no

cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 75 LRJS, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante. Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará *recabar de la Autoridad Laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo*; un expediente administrativo del cual ha desaparecido el trámite de autorización administrativa previa del despido colectivo por decisión unilateral del empleador.

Transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la finalización del plazo para interponer la demanda, el secretario judicial citará a las partes al acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los 15 días siguientes. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba. La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y, dado que se trata de una única instancia, será recurrible en casación ordinaria (cfr. artículos 124.9, 206.1 y 191.3.a) de la LRJS).

Respecto al contenido de la sentencia, caben tres posibles calificaciones: se “*declarará ajustada a derecho*” la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida. En un pronunciamiento equivalente a la tradicional “*declaración de procedencia*” del despido, generará el derecho del trabajador a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio en la empresa, dado que se trata de un despido por causa empresarial y, por tanto, independiente de la voluntad del trabajador (artículos 53 y 123 de la LRJS). Por su parte, la sentencia *declarará nula la decisión extintiva* cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 (relativo a los actuaciones procedimentales de orden público a seguir) o 51.7 (relativo a la “*autorización*” —encubierta bajo el vocablo “*constatación*”— en los supuestos de despidos por fuerza mayor) del ET, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; en todos los casos, como mínimo la readmisión del trabajador y en caso de violación de derechos fundamentales con la posibilidad de una indemnización adicional de resarcimiento de daños y perjuicios que se alegue y pruebe (artículos 53 del ET y 108 y sig., y 123 de la LRJS). Conforme a art.113 LRJS, sobre los *Efectos de la declaración de nulidad del despido*, “Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los

salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador”. Adviértase aquí que la norma está contemplando otro supuesto de nulidad por razones de fondo (aparte del despido por violación de derechos fundamentales del trabajador), pues se contempla nuevamente el despido nulo fraudulento, y los despidos que incurran en dolo, coacción o abuso de derecho. Estamos ante calificaciones jurídicas (interpretativas, sujetas a criterios de racionalidad jurídica en el proceso de interpretación) sobre conceptos jurídicos indeterminados, que atendiendo a las circunstancias del caso abren un amplio margen de discrecionalidad judicial. Sobre todo ello incide el trasfondo subyacente de que todo despido debe tener una causa real y seria, con independencia de que, llegado el caso, sea o no suficiente para despedir.

Por último, la sentencia “declarará no ajustada a Derecho”, la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. Se hace con ello referencia al “despido improcedente” (artículos 53, 56 y 123 de la LRJS). Adviértase que la reforma llevado a cabo por el RD.Ley 3/2012 ha generalizado para todos los despidos declarados improcedentes la reducción de la indemnización por despido improcedente (por causas empresariales y disciplinarios), de tal modo que “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a *treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades*. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones, a los efectos previstos en la letra b) del apartado 11 del art. 124 LRJS. Esta sentencia firme se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

(b). Cuando el objeto del proceso sea la impugnación *individual* de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social (no se olvide que incluso la existencia de un acuerdo alcanzado en el período de consulta no cierra el paso a la impugnación individual del acto despido), se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:

- a) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados.

Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos.

- b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160 de la LRJS.
- c) El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 LRJS, cuando se incumpla lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista.

Igualmente, será *nula* la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO COLECTIVO

El despido colectivo válidamente acordado y debidamente comunicado por el empresario al trabajador posibilita —no impone— la extinción del contrato de trabajo (artículos 49.1.i) y 51.1 y 2 del ET). Salvo disposición convencional que determine el orden de extinciones, corresponde al empleador establecerlo, en el marco de la autorización y con respeto a las preferencias de los representantes legales (STS, Sala 3.^a, 6 mayo 2003). Como norma de orden público laboral hay que retener la que establece que “Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo” (art. 51.5 del ET). Pero, adicionalmente, se admite una ampliación de las garantías preferenciales a través de la negociación colectiva: efecto, se afirma que “Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad” (art. 51.5 del ET). En tal caso, se trataría de una garantía jurídico-convencional de instauración potestativa y con el régimen previsto en el convenio o acuerdo colectivo. Sin devaluar esta posibilidad de ampliación de las garantías sociales,

interesa hacer notar que la negociación colectiva aún antes de esta previsión específica podría haber realizado esta mejora de las garantías legales mínimos al amparo de la textura abierta de la norma reguladora del contenido posible de la negociación colectiva (art. 85.1 del ET; y al amparo de la flexibilidad convencional propugnada por la Directiva 98/59/CE).

La constatación de la pertenencia de las empresas afectadas por el expediente a un grupo de empresas determina la aparición de reglas especiales, bien legislativas, bien convencionales, bien judiciales. En el primer ámbito, el apartado 8 del art. 51 ET (que transpone literalmente el art. 2.4 Directiva sobre despidos colectivos) contiene una garantía de efectividad de los derechos de información y de consulta-negociación (ya que ésta puede quedar viciada por una falta o insuficiencia de información sobre la situación del complejo empresarial en que se inserta la empresa en crisis) ante el fenómeno, cada vez más extendido, de los grupos de empresas. El legislador, interno y comunitario, parece estar pensando ante todo en grupos de estructura jerárquica (grupos por subordinación, basada en una posibilidad de influencia dominante más o menos intensa, vía control accionario o a través de un contrato de dominación), aunque cabría objetar que la interferencia de una estructura de grupo por coordinación (de estructura paritaria, basado en el principio de coordinación) debiera también determinar una análoga garantía del derecho de información para garantizar un conocimiento sobre la situación real de la empresa en el marco del grupo empresarial. En esta dirección extensiva se orienta la STJCE 29 marzo 2001, Asunto C-62/99.

Nótese que la relevancia del grupo de empresas aparece respecto a la documentación que se ha de aportar en los despidos por causas económicas (art. 6 del RD 801/2011, Reglamento de procedimiento de regulación de empleo; precepto declarado vigente por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo) y en relación a la recolocación interna de los trabajadores afectados dentro del grupo de empresas del que forme parte la empresa en crisis o en reestructuración (art. 9.2,a) del RD 801/2011, Reglamento de regulación de empleo; precepto también declarado vigente por la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo).

En todo caso, como vemos, la dimensión de la organización productiva es especialmente relevante para determinar el concreto régimen jurídico de estas situaciones. Así, debe recordarse que en empresas de menos de 25 trabajadores el 40% de las indemnizaciones corresponde al FOGASA (art. 33.8 del ET). En las empresas de 50 o más trabajadores, la empresa está obligada a contribuir a la financiación de un convenio especial de seguridad social (art. 51.15 del ET), en los términos previstos en la DA 31.^a LGSS.

Por último hay que realzar que dada la proliferación actual de Expedientes de Regulación de Empleo (ERE), 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, estableció un conjunto de medidas coyunturales relativas a los ERE. Con el objetivo de garantizar la continuidad del tejido productivo y de los puestos de trabajo se adoptan tres iniciativas relativas a los ERE:

—Reposición del derecho a la prestación por desempleo. Reposición de prestaciones por desempleo en ERE de suspensión de contratos de trabajo, de manera que, cuando a un trabajador se le suspenda el contrato de trabajo o reduzca su jornada como consecuencia de un Expediente de Regulación de Empleo temporal, no sufrirá merma de sus derechos a la prestación por desempleo. El período máximo de reposición de la prestación por extinción será de 120 días y el período máximo de reposición de la prestación por suspensión, en el supuesto en que el trabajador haya agotado la prestación será de noventa días.

—Bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante situaciones de desempleo derivadas de ERE temporales. Para favorecer la regulación temporal de empleo sobre la extinción de los contratos, se reducen los costes de Seguridad Social en aquellos casos en que los expedientes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción tengan por objeto garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo. Cuando una empresa suspenda los contratos o reduzca temporalmente la jornada de trabajo por un ERE temporal, tendrá derecho a una bonificación del 50 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social de los trabajadores afectados por el ERE, con un límite máximo de 240 días. Con todo, lo que se trata es de evitar en lo posible las extinciones contractuales por crisis empresariales (despidos colectivos).

- Se mantendrán vigentes los convenios con la Seguridad Social derivados de ERE (artículo 51.9 del ET) para quienes, en ese período, realicen una actividad económica, lo cual hará posible que trabajadores afectados por ERE, compatibilicen esta situación con la realización de actividades que coticen a la Seguridad Social (La Disposición Adicional Trigésimo 1.ª de la LGSS regula el régimen jurídico del Convenio Especial a suscribir en determinados ERE).

- Como complemento de las medidas contempladas en la normativa de urgencia (Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, y específica del RD. 1010/2009, de 19 de junio), el RD. 196/2010, establece ayudas especiales a los trabajadores afectados por determinados expedientes de regulación de empleo (ERE).

5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PROCESO DE REFORMA: UN NUEVO MODELO NORMATIVO DE REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

En el proceso de reforma se ha sido una oportunidad para enmendar ciertos aspectos disfuncionales que presenta en nuestro país la regulación del despido colectivo. Las reformas recientes importantes en sí han supuesto un cambio cualitativo y radical de “modelo normativo” preexistente (“modelo normativo”, que remite a la configuración jurídica de la estructura y función típica de la institución jurídica del despido colectivo). Especialmente resulta significativo que tras la reforma legislativa se mantenga todavía un modelo de regulación que (aun manteniéndose inequívocamente un sistema de despido causal distinto ya al procedimiento de “despido propuesta”) favorece en la práctica jurídica preferentemente la “expulsión” de trabajadores en los supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo.

Es manifiesta la finalidad de flexibilización causal de la institución en el grupo normativo regulador, pero la inseguridad en la aplicación de las causas –aunque parece mitigarse por vía de supresión formal del elemento finalista– seguirá subsistiendo por la existencia de criterios de carácter económico y conceptos jurídicos indeterminados con alto grado de imprecisión, lo que acrecienta en extremo el arbitrio judicial en el enjuiciamiento de los supuestos concretos. Ello se agrava con la introducción de los “despidos preventivos” (mantenidos, en sus propios términos, por la reforma de 2012).

Es criticable que no se haya afrontado una nueva regulación específica del ámbito empresarial de referencia (centro objetivo de imputación normativa) para enjuiciar la concurrencia de la causa, cuestiones como la empresa pluricelular y la interferencia del grupo de empresas (y, en general, las empresas de estructura compleja) siguen quedando a merced de la doctrina jurisprudencial. (Por cierto, esta deficiente regulación contrasta con el avance que ya se ha realizado respecto a la clarificación del lugar de los grupos de empresas a efectos de la negociación colectiva estatutaria; artículos 87 y 88 del ET). En esta materia, deben entenderse aplicable la jurisprudencia que considera que –en la causa económica– la situación ha de afectar a la empresa en su conjunto, sin descender a unidades productivas inferiores como el centro de trabajo [cfr. por todas, SSTS 21 de julio de 2003 (RJ 2003\7165) y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008\256)], mientras que el resto de causas pueden tomar como unidad de referencia un centro de trabajo o una sección autónoma de la empresa [STS 14 de mayo de 1998 (RJ 1998\4650)]. Para los grupos de empresas habrá de entenderse que, cuando se esté verdaderamente ante una unidad empresarial, lo coherente será analizar la causa en el contexto global del grupo [cfr. SSTS 14 de mayo de 1998 (RJ 198 \4650) y 23 de enero de 2007 (RJ 2007\1910)].

Pero también cuando exista conexión decisoria de la causa con la realidad existencial del grupo empresarial. Está la relevancia de una decisión de espacio de mercado del centro de decisión puede determinar pérdidas o incluso insolvencia de una empresa o sociedad perteneciente al grupo. Por otra parte, puede producirse una conexión de causalidad, que el propio Reglamento de regulación de empleo ha considerado ya relevante. En efecto, conforme al art. 6.4 del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, “cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante”. De este modo, se toma en consideración la realidad de una vinculación interempresarial que muestre elementos de interdependencia relevantes a efectos de la resolución del ERE, y al propio tiempo se aporta, nuevamente (y, paradójica y problemáticamente, por vía reglamentaria), un concepto normativo, funcional y estipulativo, de grupos de empresas a efectos de la ordenación legal de los despidos colectivos.

Es pertinente hacer notar la relevancia del grupo de empresas en el marco de la “recolocación *interna* [por contraposición a la “recolocación externa”] de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forma parte”, dentro de las posibles medidas que pueden ser adoptadas en el correspondiente Plan de acompañamiento social encaminadas a evitar o reducir los efectos del expediente de regulación de empleo (el anterior art.9.2 del RD 801/2011; precepto no declarado vigente por la OM ESS/487/2012, de 8 de marzo). Aquí la recolocación interna en el seno del grupo empresarial aparece en una lógica de “flexibilidad negociada” y que cristaliza en el “plan de acompañamiento social”.

Respecto a las causas legitimadoras del despido por necesidades de la empresa, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un sistema coherente que conceda preferencia a la adopción previa o “preventiva” de medidas de ca-

rácter novatorio o suspensivo. Las nociones causales son tan etéreas que no permiten discernir cuándo lo procedente es una medida de otro tipo, y desde luego no queda clara conformación de la extinción como medida de *ultima ratio*. En todo caso, no conviene confundir la opción por una posible *ultima ratio* con la distinta idea de un “control de óptimos” por parte de la autoridad administrativa y judicial competente. No obstante, se insiste, en que el modelo normativo actual es de libertad de opciones idóneas, sin que tenga acogida legal el principio o criterio de *ultima ratio* en la jerarquización de las medidas de respuesta empresarial. En este orden de ideas, es preferible continuar en la dirección de política legislativa encaminada a potenciar las medidas de “flexibilidad interna” como alternativa preferible las medidas de “flexibilidad externa o de salida”.

Se ha configurado un supuesto de alteración sobrevenida de circunstancias iuslaboral que va más allá de la categoría de la excesiva onerosidad sobrevenida del Derecho común de la contratación. Por otra parte, se produce también una alteración de la influencia del hecho sobrevenido (no equivalente al previsto) en el nexo causal; que incorpora, como regla, un elemento cierto de actualidad. Para verificar esa alteración basta hacer notar que las “previsiones de futuro” no son hechos sobrevenidos” *en ius strictum*.

Resulta merecedor de crítica, el hecho de que la reforma no afronte un replanteamiento del papel de los servicios públicos de empleo (aunque constituye un avance significativo su intervención en la recolocación de los trabajadores mayores de 50 o más años en empresas con beneficios, conforme a las previsiones de la Disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, redactada con arreglo a la Disposición final cuarta del RD Ley 3/2012), en una línea de proactivación de las medidas destinadas a paliar sus efectos para los trabajadores que pierden su trabajo a consecuencia de una regulación de empleo, y ayudarles en las situaciones transicionales en el mercado de trabajo que deberán afrontar. Línea pro-activa que es la que mayormente promueve la Directiva comunitaria de referencia. En realidad, lo relevante es la búsqueda de un equilibrio entre el garantismo y la flexibilidad, entre la razón jurídico-social y la razón jurídico-económica; y, asimismo, la resolución de los ERE en un tiempo razonable, a lo cual contribuirá, sin duda, el que se residencia toda la competencia en esta materia de los despidos colectivos en el ámbito del orden social de la Jurisdicción (Reparto competencial cuya disfuncionalidad había puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo, como puede verse en STS de 3 de marzo de 2009, RUD 101/2006). Resulta cada vez más imprescindible una *mayor implicación pro-activa y mediadora de la autoridad pública competente* en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Esto es precisamente lo

que le preocupa al legislador comunitario, para el cual “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para *buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados*” (art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos). Esa implicación preventiva “pro-activa” debería acompañar siempre al *estatuto protector* de los trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Si esa implicación “pro-activa” se refuerza –evitando la frecuente actitud pasiva de la autoridad administrativa en el procedimiento de despidos–, no habría serios problemas la revisión del modelo legal en el sentido de haber suprimido la exigencia, en todo caso, de la autorización administrativa previa de los despidos, aunque el efecto inmediato va ser una “judicialización” de los despidos colectivos, con lo que ello comporta de incertidumbre provisional sobre validez definitiva (En el Derecho del Trabajo francés se suprimió la autorización administrativa de los despidos por motivos económicos en 1986, aunque disponiendo de un cuadro preventivo/reparador muy amplio de medidas dirigidas a los trabajadores y de intervenciones de apoyo promocional de las autoridades públicas. Pero no se olvide que el ordenamiento jurídico-laboral francés establece también, al propio tiempo, excepciones, señaladamente, los despidos por motivos económicos de un trabajador protegido –representante de los trabajadores– requiere una autorización administrativa previa expedida por la Inspección del Trabajo). Resulta obvio, que la Directiva comunitaria es indiferente –o neutral– respecto a la posible exigencia de autorización administrativa en las legislaciones nacionales, por lo que su revisión total no entra en contradicción con el Derecho Social Comunitario. Pero, como se puede comprender fácilmente, ello exige lógicamente una redefinición del propio modelo de reestructuración de las empresas y de la regulación del empleo en la misma desde un decidido enfoque ofensivo, es decir, positivo, “pro-activo” y de carácter más “preventivo”, superando el actual modelo de orientación más defensiva y reactiva orientado en la práctica generalizada hacia la expulsión masiva de trabajadores como opción sistemáticamente preferente a otras alternativas de reestructuración y regulación de empleo. Este modelo ofensivo y “pro-activo” podría poner a punto nuevas formas innovadoras de flexiseguridad garantista de regulación de empleo, por contraposición a la práctica habitual que muestra el predominio de las formas de flexiseguridad neoliberal, que acaban devaluando (en favor del factor de “flexibilidad” estricta y unilateral) el elemento de “seguridad” de las políticas de reestructuración del empleo en nuestro país (aunque también en otros países europeos del área mediterránea). En la lógica interna de ese enfoque ofensivo (proactivo y preventivo), y no simplemente reactivo, cabe situar, igualmente, la apuesta por la adopción preferente de medidas de flexibilidad interna en lu-

gar de las hasta ahora más frecuentes medidas de flexibilidad externa de salida a través de los despidos por causas empresariales.

Por otra parte, no parece fácil que la reforma consiga evitar la monetización del período de consulta-negociación. La cuestión es compleja, pero las medidas reformistas –a pesar de ciertas indicaciones– no procuran la introducción de cambios en el despido colectivo que potencien la inclusión de planes sociales tendentes a la mejora de la ocupabilidad y el empleo de los trabajadores afectados por la regulación de empleo (con medidas de recolocación, asesoramiento en la búsqueda de empleo, formación y recualificación, etc.). Se podría exigir la elaboración del plan también para empresas de 25 o más trabajadores. La supresión de la garantía legal de elaborar planes sociales en las empresas de más de cincuenta trabajadores agrava esta carencia.

Al respecto, únicamente son de destacar la nueva atribución de funciones a las agencias privadas de colocación al respecto, como es la función de recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación (nuevo apartado 2 del art. 27 Ley 56/2003). Lo que significa reforzar la iniciativa privada en el desarrollo de tales acciones.

En términos de conjunto, es positiva la nueva regulación de la suspensión del contrato de trabajo y la posible reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [Cap. III, arts. 21-24 del RD. 801/2011; La Orden ESS/487/2012, declara vigentes sólo los artículos 21 a 23, con salvedades importantes]. Estas medidas atienden a situaciones transitorias o provisionales, pero también pueden operar como alternativas útiles y viables frente a situaciones de crisis más graves o reestructuraciones permanentes, que pudieran resolverse ante todo con reducciones de jornada y no con despidos. Las suspensiones contractuales y reducciones de jornada han sido objeto de fomento como medidas de flexibilidad interna *negociada* en las recientes reformas laborales (Con manifiesta influencia del modelo alemán de reducción de jornada o *kurzarbeit*). Junto a esas bonificaciones de cuotas empresariales si establecen medidas coyunturales de carácter instrumental de protección contra el desempleo de apoyo, consistentes en la reposición del derecho a la prestación por desempleo (art.210, apartados 2 y 3 de la LGSS).

El art. 47 del ET regula la “Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor” (en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre; cfr., a efectos de la protección por desempleo, los arts. 203, apartados 2 y 3, 208.1.3, 210.5, y 211.4 de la LGSS) (La Orden ESS/487/2012, declara vigentes los artículos 25, 26 y 27, sobre suspensión y extinción de relaciones de trabajo y reducción de jornada por fuerza mayor, y el art. 28, sobre extinción de rela-

ciones de trabajo por desaparición de la personalidad jurídica del contratante). Las reducciones de jornada en el marco de las reestructuraciones empresariales gozan de medidas de apoyo público, consistentes en bonificaciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de regulaciones de empleo temporales (art. 1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre).

Persisten, en una perspectiva más específica, insuficiencias en el diseño del modelo de regulación de los despidos colectivos (y más ampliamente de las reestructuraciones empresariales). Se debería consolidar en la política jurídica un cuadro integrado de medidas de reestructuración y tratamiento de las situaciones de crisis empresarial, dentro de una perspectiva “ofensiva” (y desde una lógica de implicación) centrada en un enfoque *previsor y proactivo* como procedimiento de anticipación a los cambios cualitativos en curso.

En ese sentido se debería realizar una previsión y medición de las consecuencias sociales de la reestructuración y el saneamiento, lo cual incorpora la idea fuerza de la programación. El enfoque preventivo y anticipador es realizado en Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, “Reestructuraciones y Empleo. Anticipar y Acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005 COM(2005) 120 final, donde se insiste en la anticipación y la gestión del cambio y del fenómeno de las reestructuraciones que refleja en la empresa la recomposición permanente del tejido productivo por efecto de una multitud de factores.

La “normalización” de las operaciones de reestructuración permanente exige la adopción de una estrategia institucional ofensiva, que supone la apuesta por la flexiseguridad garantista negociada (en la lógica del garantismo colectivo) “proactiva”, previsor y de anticipación a los cambios en la línea análoga defendida en la Directiva comunitaria 98/59/CE y en la Comunicación de la Comisión Europea, “Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea” (Bruselas, 31.3.2005 COM(2005) 120 final. Para ello es preciso adoptar un enfoque global, estructural y no meramente coyuntural de las reestructuraciones.

