TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social

107

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 Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN 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 E.U. 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

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático EU 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
CONSEJERÍA DE EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 107/2010
Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2010

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Nuevas perspectivas de las políticas laborales y del mercado de trabajo ... 13
Manuel Recio Menéndez
Consejero de Empleo

ESTUDIOS

Algunas claves de la reforma laboral de 2010 21
Jesús Cruz Villalón

Dos cuestiones claves de la reforma laboral: despidos y negociación colectiva 53
Carlos García Serrano
Miguel Ángel Malo Ocaña
José Ignacio Pérez Infante

Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales 87
Carlos L. Alfonso Mellado

Los contratos formativos 123
Ana Moreno Márquez

Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial 163
Salvador del Rey Guanter

Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva 193
Federico Navarro Nieto

La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo 227
Carmen Ferradans Caramés

La reforma de la extinción del contrato de trabajo 265
José María Goerlich Peset

Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal 303
Fco. Javier Calvo Gallego
Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Espacio y funciones de las empresas de recolocación 337
Carmen Sáez Lara

El régimen de incentivos a la contratación tras la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo…….. 375
José Manuel Morales Ortega

Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo…… . 407
Santiago González Ortega

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 (Internacional 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 Securité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Diritti lavori mercati (Italia), Europäische Zeitschrift fűr 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 de investigación inéditos 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 el espacio web http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/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

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": *http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/lstContenidos.asp*

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN REVIEW
Nº 107/2010
Monograph about Labour Reform 2010

INDEX

PRESENTATION

New prospect for labour policy and labour market 13
Manuel Recio Menéndez
Consejero de Empleo

STUDIES

Some remarks about the 2010 labour reform 21
Jesús Cruz Villalón

Two key issues of the labour reform: dismissal and collective bargaining 53
Carlos García Serrano
Miguel Ángel Malo
José Ignacio Pérez Infante

Measures to reduce temporal labour contracts 87
Carlos L. Alfonso Mellado

The training contracts 123
Ana Moreno

Internal flexibility measures under 35/2010 law: an initial approach ... 163
Salvador del Rey Guanter

Some perspectives about the reform in collective bargaining 193
Federico Navarro Nieto

The reduction of working hours as restructuring mechanism in the context of employment crisis 227
Carmen Ferradans Caramés

The employment contract extinction reform 265
José María Göerlich Peset

New rules about placement services and temporary work agencies 303
Fco. Javier Calvo Gallego
Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Space and duties of outplacement companies 337
Carmen Sáez Lara

Urgent measures under the 35/2010 law and the benefits to new contracts after the labour market reform 375
José Manuel Morales Ortega

Social security and the labour market reform 407
Santiago González Ortega

Presentación

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LAS POLÍTICAS LABORALES Y DEL MERCADO DE TRABAJO

Manuel Recio Méndez

Consejero de Empleo
Junta de Andalucía

Si fuéramos capaces de volver la vista 30 años atrás, nuestra memoria nos traería la imagen de una sociedad completamente diferente a la que hoy somos. Los años ochenta fueron épocas difíciles para la ciudadanía española y andaluza, que despertaba del letargo de décadas para el olvido e iniciaba un nuevo camino, el de la democracia, la modernidad, el final de un siglo y el comienzo de otro.

La velocidad de las transformaciones que se han producido desde entonces es vertiginosa y todos nosotros estamos sufriendo hoy los efectos combinados de la globalización y el cambio. Pero no debemos caer en el error de interpretar estos cambios como hechos negativos, como pudiera parecer dada la situación de crisis que atravesamos, sino más bien como otras líneas de salida y oportunidades para emprender nuevos caminos.

Queremos, y lo hemos manifestado en multitud de ocasiones, una sociedad más justa y solidaria, más cohesionada, más fuerte y sostenible; para ello necesitamos buenos cimientos, mejores empresas, más competitivas, más responsables con respecto a la sociedad a la que se deben; necesitamos trabajadores y trabajadoras más eficientes y más productivos, con capacidad para proyectar y mantener una carrera profesional a lo largo de toda la vida; necesitamos instituciones abiertas al diálogo y a la negociación, sólidas y cohesionadas; necesitamos una administración más moderna, que ofrezca servicios y gestión de calidad a los ciudadanos

Si nos detenemos, de lo que realmente estamos hablando es de invertir en formación, en innovación, en conocimiento, en responsabilidad y en calidad de nuestras propuestas y actuaciones; debemos tener una actitud activa, o más bien creativa respecto al medio que nos rodea, hemos de ser versátiles y tener la capacidad de adaptarnos a los cambios de forma constante. Y así estamos trabajando de manera específica en el ámbito del empleo, un concepto éste que se ha convertido en el leit motiv de todas las estrategias políticas, educativas, empresariales y sindicales.

Hasta tal punto que ha supuesto una auténtica revolución en la manera de hacer y ordenar las cosas, incluso en el marco del Derecho del Trabajo, tal y como tradicionalmente lo conocemos. Esta última reforma, va un paso más allá de lo hasta ahora realizado y aporta novedades que deben ser aprovechadas

por todos los sujetos implicados si bien encontramos retazos de sus antecesoras, especialmente en cuanto a los objetivos que se proponen.

Se enfrenta esta reforma a dos grandes retos: de un lado superar las dificultades y adaptar nuestro mercado de trabajo a la realidad del siglo XXI y, de otro, recuperar los niveles de empleo y encontrar la vía para su mantenimiento. Y se plantea en este sentido tres objetivos prioritarios: mejorar la productividad y las oportunidades de empleo, en especial de los jóvenes, estimular la contratación indefinida reduciendo la dualidad derivada de la temporalidad y profundizar en la flexibilidad interna, reordenando y clarificando al mismo tiempo el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas para dar así seguridad a los actores y coherencia al sistema.

Así, se proponen diversas actuaciones enfocadas tanto a la regulación de las distintas fórmulas de contratación, con el claro objetivo de disminuir el exceso de temporalidad, como a una más adecuada regulación del despido que, respetando las indemnizaciones previstas por los trabajadores, otorgue seguridad a los empresarios y facilite las transiciones mediante un modelo como el austriaco, sobre el que ya hace tiempo llamó la atención la Comisión Europea como ejemplo de flexiguridad y de medida favorecedora de mercados transicionales. Y todo ello sin olvidar la apuesta por mecanismos expresamente reconocidos a nivel internacional como las agencias lucrativas –pero gratuitas para el trabajador-- de colocación, o las ETT en las que se fortalece el principio de equiparación no sólo salarial al mismo tiempo que se traspone la normativa comunitaria convirtiéndola en una elemento de dinamización de nuestro mercado de trabajo. Si a todo ello unimos las medidas que incentivan la flexibilidad interna y que por tanto, deben actuar como mecanismos para garantizar el empleo, a la vez que se actúa sobre aquellos colectivos que están sufriendo los embates de la crisis económica de manera más acusada: jóvenes desempleados y mayores de 45 años, tendremos una reforma que, en conjunto, es equilibrada y se enfrentarse con las principales deficiencias de nuestro mercado laboral.

A lo largo de este elenco de medidas, cabe destacar cómo el legislador ha reservado un papel relevante a la negociación colectiva, que sigue siendo así reconocida como eje y motor de las relaciones laborales, pero destacando también su necesidad de una mayor adaptación a las cambiantes circunstancias. De hecho, se reservan nuevos espacios para su actuación y se reconoce la importancia de su colaboración para la puesta en práctica de las medidas en la Ley contempladas. La reforma trata así de incidir en la necesaria adaptación no sólo de la negociación colectiva sino del completo orden regulador del empleo y del mercado laboral.

Sobre el primer gran objetivo, la reforma opta por perfeccionar la regulación que existía hasta el momento en relación a los contratos de obra y servicio determinado, y lo hace añadiendo límites temporales para su utilización, para

la encadenación de los mismos y modificando las indemnizaciones por finalización. Aquí encontraremos la primera llamada a la negociación colectiva, a la que concede capacidad para ampliar el periodo de hasta doce meses más sobre los 36 previstos en la Ley. En segundo lugar, se abordan los contratos formativos, introduciendo mejoras sobre el modelo anterior; y por último, nos encontramos con el conjunto de medidas destinadas a ampliar el campo de aplicación del contrato de fomento de la contratación indefinida, expandiendo el colectivo de trabajadores susceptibles de disfrutarlo, concretamente a aquellos con especiales dificultades de colocación,. Se trata pues de la generalización de una modalidad, aceptada por los propios interlocutores sociales y de la que se pretenden eliminar las trabas que han impedido su desarrollo, en una apuesta por la contratación indefinida que tiene su contrapunto en la clarificación de las causas económicas técnicas y organizativas del despido y que en definitiva, pretende demostrar al empleador que cuando dichas causas existen, el coste de la extinción procedente de un contrato indefinido tenderá a ser igual que la de un temporal sin los riesgos que pueden derivarse de su posible consideración como irregular. De este modo, la ampliación de los costes de salida para el empresario de los principales contratos temporales, transcurridos los plazos previstos en la Ley, debe predisponerle para la contratación indefinida ya que se pretende con las medidas adoptadas equilibrar o acercar las condiciones para ambas opciones. Y como apoyo o complemento la norma incorpora otra medida novedosa, a desarrollar a partir de enero de 2012, cual es la creación del fondo de capitalización, --modelo austriaco-- cuyo objetivo primordial es —facilitar la movilidad voluntaria del empleado sobre la base de la acumulación de los derechos generados a lo largo de toda su vida laboral y sin que ello suponga un coste añadido para las empresas.

Por lo que refiere al segundo de los grandes objetivos, el refuerzo de la flexibilidad interna negociada para buscar el mantenimiento del empleo frente a la externa o de salida, ésta se aborda con un especial acento en los procesos de negociación, en cuanto a la regulación de instituciones básicas como las modificaciones sustanciales, las reducciones de jornada, --siguiendo el modelo alemán-- y, en el plano colectivo, los descuelgues salariales. Aquí se realiza una nueva llamada a la negociación colectiva, con el fin de viabilizar el mantenimiento del empleo o prevenir la extinción de la relación laboral. La idea es que ante situaciones de crisis empresarial los recortes de plantilla no sean la única opción.

Esencialmente, y en lo que respecta al tratamiento del la extinción del contrato, en su vertiente individual, la reforma actúa tanto sobre el capítulo de indemnizaciones --aumentando las de la contratación temporal hasta su práctica equiparación con la procedente ordinaria, de manera progresiva— como sobre la justificación, para el caso de los despidos objetivos. Con esta última medida, la perspectiva económica se ve reforzada en la toma de decisiones, de manera

que se otorga a la empresa mayor capacidad al tiempo que, al delimitar con más claridad la causalidad de la acción, se dota de mayor seguridad jurídica tanto a empresas como a trabajadores. Nuevamente una medida equilibrada y con vistas a garantizar los derechos de los trabajadores y la capacidad de respuesta de las empresas ante situaciones de crisis, cuando no exista otra salida que el despido.

Por último, y esto sí es una novedad interesante de esta reforma, se aborda el empleo de jóvenes y personas con especiales dificultades mediante las bonificaciones a la contratación para estos colectivos; actuando sobre la regulación de los contratos formativos, ya que amplía temporalmente hasta 24 años la edad en que se pueden celebrar, mejora las condiciones salariales para quienes disfruten de esta modalidad y les reconoce la protección por desempleo; pero sobre todo, la Ley realiza una clara apuesta por la mejora de los servicios de intermediación y la actuación de las agencias privadas de colocación, al mismo tiempo que garantiza y refuerza el principio de igualdad o equiparación de los trabajadores en misión de las ETT.

Y es que la intervención legal sobre el mercado de trabajo era imprescindible para modernizar a los agentes interventores, a la propia actividad de intermediación y para actualizar su propia regulación, adaptándola a la realidad socioeconómica imperante y a la nueva normativa tanto de la OIT como de la Unión Europea. Así, la reforma de las instituciones del mercado de trabajo contemplada en la Ley 35/2010 afecta tanto a los sujetos como a las instituciones, y actualiza los servicios de empleo de modo que se agilice su funcionamiento y acentúe su capacidad de intermediación, mediante la colaboración público-privada

Esta Ley 35/2010 va a contribuir de manera decidida a la dinamización del mercado de trabajo y la creación de empleo estable y de calidad, enlazando directamente con la idea de flexiguridad. La evolución del funcionamiento del mercado de trabajo que se cristaliza en la reforma persigue facilitar la transición laboral, en línea con la moderna valoración de los mercados de trabajo transicionales, en lo que tienen de añadido y enriquecimiento sobre la idea primigenia de la flexiseguridad, cuyo contenido tiende a ser superado por nuevas realidades.

Esta teoría de los mercados transicionales en la práctica pone de manifiesto cómo el funcionamiento del mercado de trabajo es mucho más complejo de lo que se intuía; tanto que ni siquiera podemos hablar de un único mercado, sino de múltiples y muy diversos en función de criterios tan dispares como el género, el territorio, la edad, la formación….de ahí que sea fácilmente comprensible la sucesión de situaciones que se produce entre los distintos estadios de la contratación y su continuo discurrir a lo largo de la "carrera profesional", combinado todo ello con la consideración del trabajador como agente responsable la misma, al que se imponen obligaciones de impulso de la misma y de incremento de su empleabilidad junto con el desarrollo de una actitud emprendedora.

La idea de flexiseguridad se basa precisamente en este posible movimiento, que supera la atención a la terminación de un concreto contrato e intensifica el recurso a adecuadas y ágiles políticas activas y formativas de empleo, que permitan el cambio profesional que es ahora la regla, y no la excepción, con los periodos de protección social correspondientes.

Y es que la formación se constituye en elemento clave, no sólo en derecho sino también en deber del trabajador, en la nueva comprensión del funcionamiento del mercado. Con esta orientación se pone el acento en la importancia de la formación para el empleo, articulada de tal forma que conceda al trabajador las cualificaciones necesarias y lo acompañe a todo lo largo de su carrera laboral. Formación y empleabilidad han de ir, y van en la reforma, indefectiblemente unidas en la consecución de un nuevo mercado de trabajo que logre aunar equidad con eficiencia, justicia y solidaridad con competitividad y productividad. En esta línea estamos ya trabajando en Andalucía, modernizando nuestro servicio público de empleo y afrontando con aras de mayor eficacia y calidad de los servicios prestados a la ciudadanía, su transformación en agencia.

En general, esta reforma quiere dar respuesta a las necesidades de nuestro mercado de trabajo, con soluciones concretas, inmediatas y directas, buscando tener un impacto real en la recuperación de la ocupación. Y lo hace sin pretender una ruptura con lo que es el modelo español de Derecho del Trabajo y relaciones laborales, ya consolidado y sólidamente fundado en los principios que nuestra Constitución recoge. Frente a las numerosas voces que reclamaban el abandono de algunos de estos elementos, con medidas tales como la implantación del contrato único o la pérdida de eficacia de los convenios colectivos, el legislador laboral ha optado por cambiar sustancialmente sin afectar a los elementos distintivos, casi genéticos, de nuestra legislación laboral. Así, se mantiene la distinción entre contratos fijos y temporales, con una preferencia legal por los primeros; continúa exigiéndose la causalidad en la contratación laboral; la estabilidad en el empleo sigue siendo un valor promovido por el ordenamiento jurídico; el despido todavía es causal, e indemnizado; los empleadores siguen teniendo limitaciones para cambiar las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo; el Estado sigue controlando el mercado de trabajo…

No son las últimas reformas que veremos. Tenemos ya otras dos, inmediatas y de gran calado, en nuestra agenda: la de la negociación colectiva, sobre la que los interlocutores sociales están ya negociando; y la de la seguridad social. Sobre ambas existe un amplio consenso sobre su necesidad y relevancia. El diálogo abierto entre los protagonistas sigue siendo la mejor y más firme apuesta y de hecho así se lo han reconocido los interlocutores sociales y la propia Administración autonómica al hilo del Séptimo Acuerdo de Concertación Social.

Lo cierto es que no podemos demorarnos más en introducir las modificaciones necesarias en estas que son instituciones fundamentales para nuestro bienestar. Lo que ha ocurrido con el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 nos pueden servir de guía sobre el modo de encarar ambos procesos de ajuste: teniendo muy claros los problemas y los objetivos; manteniendo aquello que debemos considerar esencial e identitario; adoptando instrumentos eficaces y realistas; copiando las mejores prácticas de otros países; escuchando todas las ideas y todas las propuestas. Nos jugamos mucho con estos cambios que nuestra legislación laboral y de protección social nos demanda, pero Hemos empezadocon buen pie. Podrán ahora Vds. comprobarlo con el estudio de la reforma laboral de 2010, gracias a las colaboraciones de un magnífico plantel de estudiosos de primera línea que han colaborado en este número monográfico de nuestra revista Temas Laborales, que con estas breves palabras presento. A lo que ellos dicen al respecto me remito.

Estudios

ALGUNAS CLAVES DE LA REFORMA LABORAL DE 2010*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Reforma laboral, claves**

El presente estudio procede a efectuar un análisis general de la reforma laboral de 2010, de sus precedentes, del contexto en el que se ha abordado y de los principales efectos que puede producir. Sin entrar en el estudio de las medidas concretas contenidas en el mismo, ni abordar los interrogantes interpretativos que pudieran derivar de las mismas, constata la profundidad de los cambios contenidos en el texto legal, considerándola entre las tres o cuatro grandes reformas laborales que se han producido a lo largo de los últimos treinta años de experiencia democrática en nuestro país.

Se valora el alcance estructural de la reforma, más allá de que la misma se haya abordado en un muy específico escenario coyuntural de crisis económica. Se destacan las incertidumbres acerca de que la implementación de la reforma logre alcanzar los resultados pretendidos por el legislador, particularmente en la ordenación del régimen del despido y en la reducción de la dualidad de la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo. En todo caso se señala la dificultad de percibir los efectos materiales de la reforma en el corto plazo, a la vista de la multitud de aspectos que se postergan en el tiempo respecto de su efectiva entrada en vigor.

En todo caso, y más allá de la ausencia de acuerdo social en la aprobación de la reforma legislativa, se valora positivamente el desarrollo del proceso de concertación social, así como la previsión de que queda garantizada la continuidad del diálogo social como seña de identidad de nuestro sistema de relaciones laborales.

ABSTRACT **Key Words: Labour reform, keys**

The present study analyses the general 2010 labour reform, its background, the context and what key effects it may produce. Without entering to study in detail the concrete measures considered in the reform, and without entering in detail in interpreting what the reforms says, we analyse that the reform has profound text changes and it is considered inside the three or four main labour reforms that our country has undergone over the years. We analyse the structural reform beyond the reform itself and that this reform has been developed in an economic crisis context. We point out certain uncertainties as regards the implementation of the labour reform, and that if the reform will reach the expected results, particularly as regards dismissals and the reduction of duality related to employing new people in our labour market. We explain that the reform real effects are difficult to measure in the short term because there are many aspects that will be implemented over time and until they are fully effective we are not able to see its real effects as such. In any case, and beyond the absence of the social agreement in the legislative reform approval, it is positively valued the development of the social agreement process, and the confirmation that the social dialogue will continue as a key feature of the identity of our industrial relations system.

* Este artículo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía "Eficacia de la Norma Laboral desde la Perspectiva de la Calidad en el Empleo: Experiencias Comparadas" (P07-SEJ-03023).

ÍNDICE

1. Un proceso continuo de reformas laborales
2. El juego combinado de la concertación social y la actuación parlamentaria
3. Un amplio abanico de contenidos dispares
4. Los elementos claves de la reforma
5. Unas reformas de carácter estructural
6. Unas reformas de efectos retardados en el tiempo: aspectos postergados e implementación de la reforma
7. Una nota final acerca de la técnica normativa: reforma de "hard law"

1. UN PROCESO CONTINUO DE REFORMAS LABORALES

La legislación laboral mantiene desde hace ya varias décadas un proceso de constantes reformas laborales, llegando ello a constituir una de sus señas de identidad diferenciales respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico donde se aprecia un grado mucho más notable de estabilidad normativa. Más allá de cuál sea la intensidad y profundidad de las reformas que se acometen en cada ocasión, lo decisivo es que permanentemente se están poniendo en cuestión instituciones centrales reguladoras del marco general de las relaciones laborales, hasta el punto de que, en principio, ninguna materia se considera hoy en día inmutable, sino que de una u otra forma todo queda abierto a una posible reconsideración en cuanto al modo como se encuentra regulado. Tan es así, que por muy significativa que sea cualquier reforma que se acometa, nunca se tiene la percepción de que con ello queden zanjados y plenamente resueltos los aspectos objeto de modificación, pues siempre queda abierta a una previsible nueva reforma en un tiempo futuro más o menos inmediato. Ello conduce a un permanente estado de provisionalidad, de modo que la valoración de cualquier reforma está condicionada a lo que sucede en el proceso aplicativo posterior y, en particular, a los concretos resultados prácticos proporcionados por tal aplicación.

Al propio tiempo, este devenir de reiteradas y casi permanentes reformas laborales, provoca que ninguna de ellas pueda contemplarse aisladamente, que ninguna de ellas parta de cero, sino que acabe teniendo que valorarse y analizarse como una intervención más en el contexto de un proceso reiterado de actuaciones, particularmente cuando las que se han abordado en España en los últimos casi veinte años han tenido objetivos similares, cuando no idénticos, siendo muchas de las medidas resultado de las insuficiencias o carencias advertidas en las precedentes, incluso de los efectos negativos provocadas por algunas de ellas. Ninguna puede construir un nuevo modelo desde su inicio, por cuanto que se encuentran condicionadas por el pasado y, particularmente, fuertemente deudoras de reformas precedentes, a las que se suma en forma de sedimentos de aluvión.

La última de las reformas acometidas, la que constituye el objeto de atención del presente número monográfico de la Revista, se sitúa precisamente como ejemplo paradigmático de lo anterior. La misma, por mucho esfuerzo de que se lleve a cabo de intentar estudiarla y valorarla de forma autónoma y por sí sola, resulta materialmente incomprensible si no se toman en consideración las precedentes reformas que se han venido acometiendo en nuestro marco normativo cuando menos desde los inicios de la década de los años '90. La reforma de 2010, ante todo, es una continuidad y profundización en la línea acometida en las reformas legislativas que se vienen adoptando desde entonces, por mucho que la última de las reforma presente algunos elementos novedosos y de originalidad, incluso no pueda desconocerse que presenta aspecto de indudable innovación respecto del pasado.

Por mucho que la presente reforma se haya situado dentro de un escenario singular y a resultas de los importantes cambios que se han producido en la evolución de nuestra actividad económica, lo cierto es que los elementos claves de esta reforma se sitúan en deficiencias o ineficiencias de nuestro marco laboral que se remontan bastante atrás en el tiempo. Es indudable que la coyuntura inmediata ha presionado fuertemente en lo que afecta a los contenidos seleccionados y a la intensidad de los cambios abordados con la presente reforma, si bien su contemplación con una mayor distancia permite adivinar que al final los problemas subyacentes son comunes cuando menos a las reformas que se vienen adoptando en nuestra legislación laboral desde los inicios de los años noventa.

Es cierto también que la experiencia nos muestra que las reformas laborales de mayor calado se han producido entre nosotros coincidiendo con escenarios de marcada crisis económica y de empleo, siendo la presión provocada por diversas instancias en ese contexto la que determina en gran medida el impulso político para afrontar cambios estructurales de mayor calado. Son emblemáticas a tal efecto las reformas más importantes que se han producido en nuestro ordenamiento laboral, como son a título de ejemplo por citar las más cercanas en el tiempo las correspondientes a 1984, 1994 y 2002. En tanto que otras que se han desplegado en un contexto diverso de crecimiento económico --sin desmerecer por otra parte su significación-- no llegan a rodearse del ambiente propicio para tomar decisiones de cambio normativo de superior impacto; con la ausencia de los debidos matices que se producen a resultas de este tipo de generalizaciones, esto otro puede afirmarse que sucedió tanto con la reforma de 1997 como con la correspondiente a 2006.

En estos términos, la presente reforma de 2010 que comentamos se inscribe claramente en el primero de los grupos, por tanto, entre aquellas que se desarrolla en el contexto de una profunda crisis económica y de empleo a nivel internacional, con marcadas especialidades por lo que afecta a la economía

española; y, al propio tiempo por tal razón, se inserta igualmente entre las reformas que podríamos calificar de primera categoría por ser aquellas que introducen cambios de mayor alcance y de cierta envergadura. A tal efecto, resulta bastante significativo que la exposición de motivos de la Ley arranque con la mención de la crisis en la que todavía nos encontramos y los cambios provocados por la misma; arranca el mencionado preámbulo de la Ley recordando cómo "La crisis financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde principios de 2008 ha quebrado la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía española desde mediados de los noventa y ha tenido como consecuencia más grave una intensa destrucción de empleo y el consecuente aumento del desempleo"; y, en correspondencia con ello, el segundo apartado de tal exposición de motivos, cuando procede a la descripción de los contenidos de la Ley, indicará que "Esta reforma tiene como objetivo esencial contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española".

Eso sí, conviene igualmente tener presente que la presente reforma no es el resultado de una respuesta inmediata a los efectos sobre el mercado de trabajo determinados por la mencionada crisis económica. En efecto, es importante destacar que tal crisis arranca cuando menos dos años antes de que se acometa la reforma, siendo la propia Ley la que se refiere a la crisis desarrollada desde principios de 2008. Desde entonces hasta el instante en el que definitivamente se acomete la reforma legislativa transcurre un largo período de evolución de la situación económica y en paralelo de medidas reactivas de adaptación de las políticas públicas, particularmente las dirigidas a reaccionar frente a los profundos cambios que se vienen apreciando en el mercado de trabajo. En efecto, durante una primera fase, que se prolonga bastante, las medidas son esencialmente paliativas, esencialmente de ampliación de la cobertura social vía prestaciones por desempleo a aquellos que pierden su trabajo, postergándose en el tiempo el debate acerca de las medidas más de carácter estructural de reformas legislativas de nuestro ordenamiento laboral.

Dejando al margen las claves más de carácter político que han determinado el abordaje de la reforma laboral en momentos más avanzados del desarrollo de la crisis económica, lo cierto es que la intervención legal no se produce como una actuación de emergencia ante un cambio brusco e inmediato del escenario económico; por mucho que la exposición de motivos comience apelando a la repetida crisis y, en especial, que el título de la propia Ley sea el de "medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", probablemente el calificativo de "urgentes" vaya dirigido más a justificar que el primer instrumento legal utilizado haya sido el de un Real Decreto Ley que por imperativo constitucional requiere como presupuesto que se apruebe "en caso de extraordinaria y urgente necesidad", y no tanto porque realmente las medidas inclui-

das en las mismas sea de reacción urgente a una caída del empleo que se venía produciendo ya desde tiempo atrás. Con todo lo anterior queremos resaltar que la reforma no puede analizarse como si con la misma se adoptasen medidas de coyuntura para actuar sobre lo inmediato y que, por ello mismo, la raíces determinantes de lo que se aborda no se encuentran en lo más próximo en el tiempo. Por decirlo de otro modo, un número significativo de las medidas que se adoptan cuando menos se venían barruntando desde tiempo atrás, aprovechándose el momento propicio para incluirlas dentro de un paquete general de reformas de algo que ya se encontraba en cartera con anterioridad. Por ello también, muchas de las medidas constituyen un *continuum* respecto de cambios anteriores, siendo retoques a líneas de actuación que se vienen tomando desde hace ya unos cuantos años. Así, por ejemplo, se advierte con bastante claridad en el momento en el que el texto de la exposición de motivos enumera los tres objetivos fundamentales a los que se dirige la reforma legislativa: "Primero, reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible. Segundo, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas. Tercero, elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral". En definitiva, es oportuno despegarse de la situación transitoria que vivimos para intentar ponderar la reforma de 2010 a la luz de un análisis más en el medio y largo plazo.

2. EL JUEGO COMBINADO DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL Y LA ACTUACIÓN PARLAMENTARIA

Uno de los elementos caracterizadores de la reforma laboral de 2010, aunque igualmente lo comparte con otras que le han precedido, se encuentra en el relativamente lento proceso a través del cual la misma se ha venido gestando. Más allá del amplio debate que se ha venido conformando desde que se percibieron los primeros atisbos del cambio del escenario laboral, lo más significativo a estos efectos lo ha constituido la dificultad en avanzar en el desarrollo de un ordenado proceso de concertación social entre el Gobierno, de un lado, y las

organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de otro lado, a los efectos de lograr la aproximación necesaria para alcanzar una reforma por la vía del consenso. A pesar de que el inicio de la legislatura desde el punto de vista laboral propició la celebración de un Acuerdo general de concertación social (Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social, de 29 de julio de 2008), y a pesar de que en el mismo ya se efectuaba un importante diagnóstico en el que quedaba reflejada la evolución negativa de la actividad empresarial y del empleo, en el mismo no se contemplaban actuaciones dignas de mención en lo que pudiera constituir la pretensión de abordar una nueva reforma laboral. A tenor de ello, las medidas que se fueron discutiendo en el marco de la concertación social afectaban esencialmente a los aspectos ya apuntados de lo meramente reactivo y paliativo para atender a los desempleados y, si acaso, abordar medidas de choque de incremento del gasto público en orden a mantener el ritmo de actividad en el sector de la construcción; apenas que se intentaban incorporar a la mesa de la concertación social otros elementos no meramente paliativos, con reformas de algún alcance superior relativos al marco normativo, los interlocutores sociales manifestaban bien su directa oposición a tratarlos o bien marcaban posiciones bastante distanciadas.

A resultas de lo anterior, no es sino hasta finales de 2009 cuando el Gobierno resuelve iniciar un proceso específico de concertación social enderezado a abordar una reforma legislativa del marco laboral, si bien lo sea con respeto al paralelo proceso que se viene desarrollando de elaboración y firma entre los interlocutores sociales de un Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva, que finalmente dio sus frutos a principios de febrero (BOE 22 de febrero de 2010).

Con independencia de cuál fuese el azaroso inicio de este proceso de concertación social, de sus sucesivas prórrogas en la conclusión e incluso más allá de que formalmente el mismo concluyera sin que fuese posible lograr el correspondiente acuerdo entre Gobierno, sindicatos y patronal, lo más relevante es que nuestro modelo de relaciones laborales, una vez más, respondió a la ya muy asentada regla de abordar un profundo proceso de concertación social dirigido a negociar las reformas con los interlocutores sociales. Profundo proceso de concertación social, que permitió una progresiva concreción de las propuestas gubernamentales, así como la manifestación pública de las posiciones respectivas de sindicatos y empresarios respecto de esas propuestas gubernamentales. En concreto, ello dio lugar a la presentación por parte del Gobierno de cuando menos tres documentos generales que fueron perfilando los contenidos propuestos desde el propio Gobierno: Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social (5 de febrero de 2010), diálogo social: sobre actuaciones

en el mercado de trabajo (12 de abril de 2010) y borrador de medidas sobre el mercado de trabajo (11 de junio de 2010).

Como es bien conocido, el resultado de todo este proceso fue una ausencia de respaldo a las propuestas gubernamentales por parte tanto de las organizaciones sindicales como de las empresariales más representativas, de modo que el Gobierno procedió a la aprobación del correspondiente Real Decreto Ley por su propia iniciativa y conforme a sus exclusivos criterios (RDL 10/2010, de 16 de junio, BOE 17 de junio). Su exposición de motivos también alude a los precedentes de procedimiento aludidos: "el real decreto-ley responde en su procedimiento de elaboración al método que ha sido habitual en las reformas laborales llevadas a cabo en nuestro país en las últimas décadas. Así, las medidas incluidas en esta norma han sido objeto de amplio e intenso debate durante los últimos meses en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal."

Lo que más interesa destacar a estos efectos es el impacto material de ese proceso de concertación social, más allá de la formalidad de la ausencia de acuerdo entre las partes. En una primera aproximación el resultado de la concertación social se valora en términos bipolares de celebración del acuerdo entre las partes o ausencia del mismo, siendo obviamente lo segundo lo que ha sucedido en esta ocasión. Sin embargo, al margen de esta simple dualidad de alternativas, es obligado ir más allá, para advertir que el desarrollo del proceso de concertación social provoca efectos materiales en todo caso, haya o no acuerdo entre las partes. Es cierto que formalmente, la ausencia de acuerdo libera de cualquier tipo de compromisos a quienes han sido sus protagonistas: de un lado, el Gobierno procede a decidir con plena libertad de criterio el contenido concreto de la reforma que adopta, al mismo tiempo que los representantes de trabajadores y empresarios deciden con igual grado de libertad de expresar su mayor o menor desacuerdo con la reforma afrontada por el Gobierno. No obstante, en la práctica se advierte como esa plena libertad no lo es tanto desde el punto de vista político, por cuanto que el proceso de concertación social que le precede va a condicionar con intensidad el contenido de la reforma legal adoptada por el Gobierno, del mismo modo que limita la capacidad de oposición por parte de las organizaciones sindicales y empresariales. Sobre todo, desde el punto de vista gubernamental los diversos documentos que ha ido presentado, y que se han difundido a la opinión pública, condicionan notablemente el contenido de la reforma, por cuanto que la coherencia les obliga a mantener similares criterios a los recogidos en dichos documentos, hecho particularmente relevante cuando los mencionados documentos presentaban un elevado grado de concreción. Así, propuesta una determinada medida por el Gobierno, la

lógica le lleva al Gobierno a tener que elevarla necesariamente al rango de norma recogida en la reforma, aunque no se haya logrado acuerdo sobre el particular, y, en particular, a hacerlo con el contenido propuesto en el curso del proceso de concertación social. A resultas de lo anterior, los documentos presentados en el curso de la concertación social tienen todo su valor como antecedentes legislativos y, como tales, pueden servir como útil instrumento interpretativo de la finalidad y sentido de las medidas finalmente incorporadas al texto legal. Dato elocuente del mismo deriva de la simple lectura sucesiva de los mismos y su comparación con lo que finalmente constituyó el texto legal del Real Decreto Ley muestra a las claras el hilo conductor entre los mismos y el volcado de las propuestas de los primeros en la norma finalmente aprobada.

A su vez, visto desde la otra perspectiva subjetiva, y aunque lo sea en menor medida, las tomas de posiciones por parte de los interlocutores sociales en el curso de la concertación, de igual modo por razones de coherencia, les obliga a mantener similares criterios posteriormente, aun cuando se consideren liberados de cualquier tipo de compromisos que pudieran haber expresados de manera informal en el curso del proceso de concertación social. Por mucho que puedan querer evitarlo, aquellos aspectos que apoyaron en el curso de la negociación no cerrada con acuerdo deberán mantenerlos, siendo poco comprensible que critiquen elementos que valoraron positivamente en el curso de la concertación. Por ello, cuando menos deberán mantener un discreto silencio respecto de aquellos elementos que apoyaron en su momento.

En todo caso, la lectura de los documentos publicados por los interlocutores sociales de valoración de la reforma expresan con toda nitidez su valoración sustancialmente crítica y de total distanciamiento respecto de las decisiones políticas adoptadas por el Gobierno. Baste con la mención de los principales ejemplos al efecto.

De un lado, desde la vertiente sindical cabe mencionar el documento de convocatoria de huelga general, a través del correspondiente preaviso de 7 de septiembre de 2010. Convocatoria que parte del pleno rechazo a las medidas gubernamentales contenidas en el Real Decreto Ley, a lo que se añade su pareja oposición a otras decisiones coetáneas que marcan los principales elementos de reformas legislativas en el ámbito social: ajuste del gasto público, propuesta de reducción o congelación de las pensiones públicas, la hipótesis de una posible modificación de la regulación de la negociación colectiva por medio de un proyecto de Ley gubernamental sin el previo acuerdo con los agentes sociales. En particular, baste con dejar simplemente reflejada la valoración negativa sin matices por parte de las organizaciones sindicales, para apreciar su al menos pública oposición a esta reforma; a juicio de los convocantes dicha reforma facilita y abarata el despido, mantiene la temporalidad injustificada, otorga

carácter marginal a la contratación indefinida ordinaria, incrementa el poder de dirección del empresario, mantiene la precariedad de los contratos formativos, autoriza las agencias de empleo con fines lucrativo sin mejorar los servicios públicos de empleo, autoriza a las empresas de trabajo temporal en actividades cuya exclusión está justificada, no introduce medidas efectivas en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

De otro lado, y en el otro extremo, las valoraciones por parte de las organizaciones empresariales se presentan formalmente con igual dureza en la crítica, si bien como es imaginable contemplado desde la otra perspectiva de los intereses en juego. Así, cabe traer a colación el Informe CEOE-CEPYME de 15 de junio de 2010 sobre el documento-propuesta del Gobierno en materia de reforma laboral. El mismo arranca por llamar la atención acerca de las a su juicio importantes carencias que se producen en nuestro país en el régimen laboral para advertir que la propuesta gubernamental no da respuesta sustancial y de calado a las necesidades antes expuestas. Ello lo concretan a través de una amplia referencia crítica a diversas materias que a su juicio deberían ser objeto de tratamiento más incisivo por medio de medidas dirigidas a incrementar la flexibilidad empresarial en aspectos tales como los relativos a contratación laboral, flexibilidad interna, suspensión de contratos, reducción de jornada, flexibilidad externa tanto en despidos individuales como colectivos, incapacidad temporal y absentismo, reducción de costes sociales, etc.

Más allá de lo anterior, lo difícilmente objetable es que, a pesar de todas estas expresiones públicas, posiblemente más de carácter coyuntural que otra cosa, la consolidación de las prácticas de concertación social en nuestro sistema de relaciones laborales conduce a que un desacuerdo de estas características, por muy amplio que sea, no acaba truncando una experiencia de concertación afianzada durante largas décadas, aparte de que rigen específicos imperativos legales que obligan a su continuidad. A tenor de ello, por mucho que exista el mencionado desacuerdo respecto de lo aprobado, a continuación se sucederá todo un proceso de implementación de la reforma, que conllevará actos de desarrollo reglamentario así como actos de ejecución específicos que seguirán la tónica habitual de información y consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, lo que como indicamos conducirá a retomar la senda del diálogo social permanente entre el Gobierno y los interlocutores sociales.

Eso sí, la ausencia de acuerdo entre las partes ha introducido una nueva dinámica, que muy difícilmente se produce cuando la reforma laboral se lleva al texto legal precedida por el consenso con los interlocutores sociales. En concreto no nos referimos a la adopción de la reforma por medio del instrumento del Real Decreto Ley, ni siquiera por el dato de que sucesivamente

el Parlamento haya acordado la posterior tramitación como proyecto de Ley ordinaria del inicial texto del Real Decreto Ley, pues por la experiencia acumulada se constata que lo uno y lo otro se ha venido produciendo con reiteración haya o no existido el mencionado acuerdo de concertación social. Nos referimos, por el contrario, al hecho más de fondo de la "recuperación" del protagonismo asumido por el Parlamento en su labor legislativa y, por tanto, al intenso papel desplegado por los diferentes grupos parlamentarios en la tramitación del referido proyecto de Ley. En efecto, en aquellas ocasiones en las que se ha alcanzado acuerdo con los interlocutores sociales, y la norma de urgencia sucesivamente se ha transformado en proyecto de Ley ordinaria, el resultado material ha sido el de un muy limitado poder político del Parlamento, lo que ha determinado en la práctica que la capacidad de influencia de los grupos parlamentarios haya sido muy reducida y, con ello, el texto final de la Ley ordinaria haya sido prácticamente idéntico al correspondiente del originario Real Decreto Ley del que proviene. Por el contrario, en esta ocasión, la ausencia de acuerdo en la concertación, ha otorgado una superior "legitimidad" política al Parlamento para alterar el texto legal, permitiendo un fuerte debate parlamentario y una intensa influencia de la capacidad de aprobación de enmiendas de modificación; escenario novedoso que se ha visto particularmente acentuado en la medida en que el grupo parlamentario de apoyo al Gobierno no ostentaba la mayoría absoluta en ambas Cámaras legislativas. Por ello, a pesar de que formalmente la Ley sólo haya terminado aprobándose con el apoyo del grupo parlamentario socialista, el debate ha sido intenso, los cambios vía enmiendas han sido numerosos y, al final, se ha producido una importante alteración en aspectos no menores de lo que en su momento constituyó el proyecto del Gobierno.

Conviene efectuar una importante aclaración respecto de lo anterior: sin necesidad de entrar en mayores detalles, una lectura final del texto legal, tal como ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado como Ley ordinaria (Ley 35/2010, de 17 de septiembre, BOE 18 de septiembre), y a pesar de los notables cambios experimentados a lo largo de su tramitación parlamentaria, permite afirmar que el mismo ha conservado su coherencia originaria; del mismo modo que, a pesar de la conocida celeridad con la que se ha producido la mencionada tramitación parlamentaria, incluso la advertida improvisación en la redacción de ciertas enmiendas, al final el texto en lo sustancial ha resultado coherente desde el punto de vista técnico jurídico, con claridad en cuanto al alcance de sus mandatos legales. Podrán o no compartirse los contenidos concretos de la reforma, pero desde luego la misma es comprensible en cuanto a su alcance y significación.

3. UN AMPLIO ABANICO DE CONTENIDOS DISPARES

Una lectura rápida del texto final de la Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo muestra un amplio listado de materias objeto de la reforma, que abarca aspectos institucionales muy variados, en todo caso con diversa intensidad en su alcance según las materias de referencia. Baste a tal efecto hacer un simple intento de listar los bloques institucionales esenciales sobre los que interviene la reforma, para poder comprobar el extenso abanico de contenidos dispares al que nos referimos; en términos de decálogo este listado podría resumirse del modo siguiente: 1) contratación temporal, particularmente en lo que afecta a la contratación temporal causal injustificada; 2) contratos formativos, con cambios notables tanto en el contrato para la formación como en el contrato en prácticas; 3) ampliación subjetiva de los supuestos que habilitan para la celebración del contrato para el fomento de la contratación indefinida; 4) reglas sobre movilidad interna y modificación de condiciones de trabajo, incluidas las relativas a los mecanismo de descuelgue salarial; 5) procedimientos de reducción de jornada ante situaciones de crisis empresarial; 6) régimen de extinción contractual, particularmente importante la reforma de la regulación del despido por causas económicas y empresariales; 7) intermediación pública y privada en el mercado de trabajo, incluida la actuación en ese ámbito por parte de las empresas de trabajo temporal; 8) reordenación de las políticas de fomento de empleo vía reducciones en la cotización de los empresarios a la Seguridad Social; 9) perfeccionamiento de las reglas sobre igualdad y tutela antidiscriminatoria, particularmente en lo que afecta a la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; 10) gestión de la incapacidad y actuaciones en materia de absentismo laboral injustificado.

A su vez, aparecen elementos instrumentales transversales que igualmente se incorporan a la reforma, que van apareciendo puntualmente en los diversos bloques institucionales antes mencionados: 1) intervención de los representantes de los trabajadores en las empresas, en especial en las microempresas; 2) contenido de los convenios colectivos y relación entre convenios sectoriales y de empresa; 3) fomento de los procedimientos extrajudiciales de resolución de los conflictos, en especial del arbitraje; 4) actuación inspectora de la Administración laboral, con particular precisión de la facultad sancionadora de la autoridad laboral; 5) régimen de Seguridad Social como instrumento indirecto de política de empleo; 6) especialidades de la regulación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; 7) adaptación del conocimiento de los órganos judiciales del orden social a la reforma laboral; 8) revisión de los programas de formación profesional; 9) extensión de las medidas de evaluación de las políticas públicas.

Sin dejar tampoco de mencionar flecos aislados, en cierto modo inconexos, que se aprovechan para incorporarlos a cualquier reforma legislativa,

como pueden ser los relativos a la cuantificación del salario mínimo interprofesional y la exclusión a tal efecto del salario en especie, la modificación de la recientísima regulación de la prestación social por cese de actividad de los autónomos, medidas relativas al trabajo de discapacitados, etc.

A la vista de todo ese largo listado de contenidos institucionales, de aspectos transversales y de variedad de técnicas jurídicas de intervención sobre el mercado de trabajo y las relaciones laborales, lo menos que se puede concluir en términos valorativos globales es que nos encontramos ante una de las reformas importantes que ha experimentado nuestra legislación laboral desde la implantación de nuestro vigente sistema democrático. Como indicábamos al inicio de este trabajo, nuestra legislación laboral se encuentra sometida a una permanente reforma, bastando para ello con contabilizar los ya innumerables cambios introducidos a la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de principios de los años ochenta. Sin embargo, trascendiendo el dato meramente cuantitativo en lo formal del número de las reformas efectuadas, puede también afirmarse que han sido muy escasas las reformas de profundo calado, calificativo este último que probablemente sólo puedan recibir dos o tres reformas a lo largo de los últimos treinta años. Y entre esas pocas reformas con voluntad de acometer un cambio cualitativo en nuestro régimen laboral se encuentre la presente reforma laboral de 2010. Consideración que se hace no desde el punto de vista cuantitativo del número de preceptos afectados, sino esencialmente desde el cualitativo de la originalidad o novedad en el tipo de medidas que se abordan. Eso sí, también conviene anticipar o precisar que hemos apelado a la expresión "voluntad de acometer", pues una cosa puede ser el designio apreciable en lo deseado por el legislador estatal y otra cosa bien diversa es tener la seguridad de que la aplicación práctica de la reforma va a tener el impacto deseado por la misma, en especial los efectos que constituyen los objetivos buscados por la misma; esto dependerá de factores de muy diverso tenor y a ello intentaremos referirnos en el último apartado del presente trabajo.

Por lo demás, al objeto de evitar que el precedente cúmulo enumerativo de árboles impida divisar el bosque, al objeto de no provocar el resultado de que la larga enumeración de dispares contenidos institucionales nos oculte las claves esenciales de la reforma, resulta imprescindible, a riesgo de equivocarnos, intentar marcar cuáles son sus elementos más relevantes.

Es cierto que, como muchas otras, se trata de una reforma de aluvión, que en muchas ocasiones introduce medidas heterogéneas que se venían barruntando desde tiempo atrás y ahora se aprovecha para incorporarlas al paso de vientos propicios para afrontar una reforma legislativa. Baste con mencionar al efecto todo lo relativo a la intermediación en la contratación temporal, en concreto la regulación de las agencias de colocación y recolocación con fines

lucrativos así como la transposición del la Directiva comunitaria en materia de empresas de trabajo temporal. Lo mismo podría decirse acerca de los retoques efectuados en materia de bonificaciones a la contratación laboral y la especial atención que se le presta a los contratos formativos. Pero, por muy significativas que pudieran ser estas materias, desde luego las mismas no constituyen el centro de la reforma ni desde luego los aspectos más influyentes sobre la evolución de nuestras relaciones laborales.

4. LOS ELEMENTOS CLAVES DE LA REFORMA

Ya con anterioridad reflejamos los tres objetivos que, a juicio de la exposición de motivos de la Ley, resumían el alcance de la presente reforma laboral: reducción de la temporalidad, refuerzo de los instrumentos de flexibilidad interna y fomento del empleo juvenil. Sin embargo, a nuestro juicio personal los mismos no reflejan con auténtica fidelidad los contenidos materiales más relevantes de la reforma; cuando menos lo más decisivo en estos momentos de descripción del contenido de la reforma, es identificar las materias en las que los cambios son más profundos, al margen de que puedan producir los anteriores u otros efectos diversos.

Y con ese enfoque de intentar resaltar los cambios más profundos, a mi juicio personal, la clave de los mismos se sitúan en el terreno del equilibrio entre flexibilidad empresarial y seguridad laboral, o bien si se quiere dicho de otro modo entre la ampliación de los poderes empresariales de gestión de la mano de obra y las correlativas garantías de tutela de los intereses de los trabajadores. Por ser más exactos, ese equilibrio entre flexibilidad y seguridad se concentra sobre todo en las medidas recogidas en materia regulación de la flexibilidad externa, en concreto en materia de despidos, y en el ámbito de la contratación temporal, en particular de menor permisividad de la contratación temporal injustificada; a lo que se añade como tercera pata no menor, las medidas en materia de flexibilidad interna.

Los cambios resultan especialmente intensos en materia de despidos por causas económicas y empresariales, tanto los objetivos individuales como los colectivos vía expedientes de regulación de empleo.

A nadie se le escapa que el régimen precedente de aplicación práctica del modelo extintivo en nuestro país hasta el presente ha venido presentando evidentes distorsiones. Desde hace bastante tiempo el régimen del despido muestra evidentes malas prácticas aplicativas, por mucho que la normativa pueda ser coherente y razonable. Por sólo apuntar los más destacados, cabría recordar los siguientes fenómenos: las crisis empresariales que por su carácter colectivo deberían instrumentarse a través de los expedientes de regulación

de empleo, se intentan eludir, acudiendo como sucedáneo a los trámites individuales, que no favorecen una programación estratégica del conjunto de medidas que requiere una reestructuración que garantice la viabilidad futura de esa empresa; las elevadas tasas de temporalidad proporcionan a las empresas un importante colchón de adaptación a los cambios de ciclo: la contratación temporal no se utiliza en muchas situaciones para atender a necesidades de empleo coyuntural, sino como válvula de escape, para que cuando sobren empleados se comience por no renovar a los temporales; se utilizan las fórmulas de jubilaciones anticipadas y prejubilaciones con idéntica finalidad; se acude en última instancia al despido disciplinario improcedente para efectuar reducciones de empleo por causas económicas y empresariales. En definitiva, que la última vía utilizada para ello han venido siendo los despidos objetivos y los expedientes de regulación de empleo, es decir, los mecanismos en teoría específicamente concebidos para ajustar las plantillas de las empresas a sus cambios productivos.

El cúmulo de medidas adoptadas en materia extintiva puede resultar muy variado y diverso, pero puede considerarse que todas ellas irían dirigidas a corregir cuando menos algunas de las precedentes distorsiones. Desde luego, la reforma no aborda en su conjunto todas las distorsiones precedentes, ni a estos efectos ofrece un panorama alternativo completo y coherente. Pero, en todo caso sí que se advierte la presencia de un número significativo de cambios que pueden pretender alterar en parte el modelo que ha venido funcionando hasta el presente; en particular, esos cambios van pensados en lograr como primera finalidad que los despidos individuales objetivos y los colectivos de regulación de empleo se conviertan en uno de los instrumentos centrales de los ajustes empresariales de empleo. Como dice expresamente la propia exposición de motivos de la ley reformadora, y aunque lo haga sin la suficiente claridad expresiva, en el pasado se han desplazado "muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente", y a tenor de ello se indica que con la reforma "se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación".

Ante todo se pretende redirigir la actuación empresarial desde el uso masivo de los despidos disciplinarios improcedentes hacia los despidos procedentes objetivos. Ello se hace tanto por la vía de eliminar los elementos procedimentales que desincentivan el uso de los segundos como por la previsión de un régimen claramente de menores costes de los objetivos procedentes respectos de los disciplinarios improcedentes. En esa línea se sitúan, entre otras, la redefinición de las causas de los despidos objetivos y colectivos que amplía con claridad el juego de la procedencia en los mismos, la indirecta reducción de costes a resultas del

pago parcial de la indemnización para los despidos objetivos y colectivos a través de un Fondo, así como la reducción del período de preaviso que no supone sino otra fórmula indirecta de reducción de costes, incluso en cierto modo juega ese papel la igualación de efectos jurídicos de las irregularidades en la formalización de los despidos tanto disciplinarios como objetivos.

Eso sí, el propio legislador es consciente de las incertidumbres de diverso tipo que pueden presentarse en el terreno de la actuación práctica del anterior objetivo, ya que no queda asegurado que con este tipo de medidas por sí solas pueda producirse un cambio tan decisivo en prácticas empresariales asentadas con fuerza en la cotidiana gestión del empleo. Los costes indirectos de transacción del nuevo modelo, particularmente derivados de la incertidumbre respecto de la respuesta judicial, pueden provocar que las opciones empresariales en la práctica sigan pivotando en torno a la preferencia por el denominado despido "expres", es decir por el formal reconocimiento de la improcedencia del despido inmediatamente a continuación de la remisión de la carta de despido con eliminación de cualquier tipo de actuación judicial y de los salarios de tramitación. Para lograr el anterior primer objetivo con plena garantía hubiera sido preciso acometer otras medidas adicionales, dejando de abordar algunas otras de las que se introducen con cierta contradicción a lo inicialmente pretendido.

La propia falta de convicción del legislador en ese resultado de trasvase desde el despido disciplinario improcedente hacia el despido objetivo procedente, conduce a que la propia reforma contemple también lo que denominaríamos un plan "B" de cambio en esta materia, circunstancia que precisamente por su mera contemplación puede aminorar la efectividad de de lo que podríamos calificar de plan "A". Esa opción alternativa, como plan "B", se cifraría simplemente en un trasvase desde el despido disciplinario improcedente hacia el despido objetivo también improcedente. En esa línea se situarían medidas tales como la ampliación de los supuestos admisibles de celebración del contrato indefinido de fomento del empleo, el pago parcial de la indemnización por parte de un Fondo para los despidos objetivos también cuando se declaran improcedentes, incluidas algunas de las otras medidas ya mencionadas que juegan para todo tipo de despidos objetivos (reducción del período de preaviso, efectos de las irregularidades formales en la notificación del despido).

En todo caso, la doble opción de trasvases mencionados no se presenta como una disyuntiva absoluta, en el sentido de que el desenlace práctico haya de conducir necesariamente a la materialización de una u otra alternativa, pues lo más probable es que se produzca un doble trasvase con diversa intensidad, unos hacia el despido objetivo procedente y otros hacia el despido objetivo improcedente. Está por ver cómo va evolucionando la aplicación práctica de la reforma legal para constatar el porcentaje de juego de cada una de las dos opciones de trasvases propuestas por el legislador.

En todo caso, lo que sí que resulta bastante garantizado asegurar de antemano es que en todo caso se verificará una casi plena desaparición del tradicional uso del despido disciplinario como instrumento de ajuste de empleo por causas económicas y empresariales; éste último pierde a partir de ahora todo tipo de ventajas comparativas, más bien por el contrario muestra claros inconvenientes comparativos, por lo que sólo una falta de información legal podría producir alguna pervivencia del uso de esta fórmula tan distorsionada; sólo en casos límite de extinciones de contratos de muy corta duración en los que tenga peso el coste del preaviso en el despido objetivo podría mantener la práctica del uso de los despidos disciplinarios.

Por otra parte, el contrapunto a todas las medidas más permisivas de los despidos objetivos, se situaría en el plano de la correlativa reducción de las todavía elevadas tasas de contratación temporal injustificada. Es cierto que esas tasas de temporalidad generales se han reducido notablemente en los últimos años, con una disminución de más de 6 puntos porcentuales para situarse en torno al 25 % en la actualidad. Disminución de la tasa de temporalidad debida en principio a factores coyunturales, ya que se han debido esencialmente al fuerte proceso de destrucción de empleo provocado por la actual crisis económica, fenómeno que se ha concentrado en los sectores productivos y en los empleos más descualificados, donde por sus propias características se aprecian tasas diferenciales mucho más elevadas de temporalidad, así como a resultas de la tradicional práctica empresarial ya mencionada con anterioridad de emplear la contratación temporal como colchón de seguridad, que les permite a las empresas acudir a un ágil y poco costoso ajuste de empleo por el simple expediente de no renovación de los contratos temporales que pudieran tener vigentes. No obstante, aparte de tener en cuenta que un porcentaje del 25 % de temporalidad en el conjunto del mercado de trabajo con seguridad todavía muestra la presencia de una importante bolsa de contratación temporal injustificada, de no cambiarse las reglas del juego o bien de no alterarse sustancialmente nuestro patrón de crecimiento para basarlo en la creación de empleo más cualificado y productivo, el escenario esperable de recuperación de la senda de crecimiento económico y, con él, del empleo, con bastante probabilidad provocará un nuevo repunte de las tasas de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, con los correspondientes efectos negativos de perjudiciales tasas de rotación contractual en el mercado de trabajo y cambios bruscos en los niveles de empleo y desempleo a resultas de los cambios en las coyunturas económicas, en todo caso de mayor volatilidad del empleo a la perceptible en el resto de los países de nuestro entorno.

Por ello, con razón apunta el legislador que uno de los objetivos básicos de la reforma se cifra en la reducción de la dualidad de nuestro mercado de trabajo, como dice la exposición de motivos, incorporando "un conjunto coherente

y equilibrado de medidas que persiguen, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación temporal y, por tanto, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida". Sin embargo, a nuestro juicio personal ese conjunto de medidas no resulta tan equilibrado en el juego de intereses entre las partes y, en particular, no resulta equilibrado en el tipo de medidas adoptadas, pues hay más de lo segundo que de lo primero. Es decir, la reforma a nuestro juicio acentúa más las medidas de ampliación de la flexibilidad externa de los trabajadores fijos, vía las modificaciones antes descritas en materia de despidos, en detrimento de un menor peso de las medidas restrictivas de la contratación temporal, particularmente de la injustificada. En efecto, el legislador confía más en la adopción de medidas de fomento de la contratación indefinida, a resultas de las mayores facilidades en el despido, que en las medidas de directa contención de la contratación temporal injustificada.

Es cierto que también constan medidas en esta segunda dirección, como son con toda claridad la fijación de una duración máxima del contrato temporal para obra o servicio determinado, el reforzamiento de las reglas limitativas del encadenamiento de contratos de un mismo trabajador por parte del empleador, así como la progresiva elevación de la indemnización por finalización de los contratos temporales causales. Sobre todo, no debe pasar inadvertida la circunstancia de que con la plena aplicación de esta última medida, una vez concluido el periodo transitorio legalmente contemplado, se igualarán totalmente desde el punto de vista de la empresa concretamente afectada los costes del despido objetivo procedente de un trabajador contratado por tiempo indefinido y los correlativos costes de la resolución de un contrato temporal causal. Siempre que se supere el año de antigüedad, por ambas vías el coste extintivo para las empresas será de 12 días de salario por año de antigüedad más la cuantía compensatoria en su caso del período de preaviso: lo primero expresamente previsto para los contratos temporales, en tanto que lo segundo sería el resultado de descontar a los 20 días de indemnización a percibir por el trabajador los 8 días que correrían a cargo del Fondo de Garantía Salarial o, en su caso, del futuro Fondo de Capitalización. Si se articulara en la práctica esa igualación y la misma fuera visualizada como tal por las empresas, no podría ya considerarse que exista ningún tipo de brecha en costes extintivos entre el grueso de los trabajadores fijos y los temporales, con lo cual en sede teórica habría menores alicientes a la contratación temporal injustificada por parte de las empresas.

Eso sí, lo anterior no puede contemplarse en modo alguno como un resultado automático, que favorezca con garantía el trasvase de temporales a fijos, por cuanto que de un lado dependerá de hasta qué punto lo que hemos denominado plan "A" se implemente en la realidad cotidiana y de otro lado no puede olvidarse que la contratación temporal como tal presenta otras ventajas en términos de flexibilidad a las empresas más allá de las aludidas respecto a

la diferencias de costes extintivos. Por ello, las medidas de mero fomento de la contratación indefinida a nuestro juicio personal nunca serán suficientes para provocar un definitivo cambio de inflexión en nuestro actual modelo de dualidad contractual en el mercado de trabajo. Y a tal efecto, las otras medidas en el terreno de la restricción del uso injustificado de la contratación temporal tienen un alcance bastante limitado, de un lado, por cuanto que el devenir de la reforma ha desembocado en un tope a la contratación para obra o servicio determinado poco influyente en la práctica a la vista de la extensa duración máxima permitida y la amplia apertura hacia excepciones ampliatorias vía negociación colectiva y, de otro lado, las superiores limitaciones al encadenamiento de contratos temporales aún ofrecen vías de escape que pueden neutralizar los efectos buscados con la reforma, pues bastaría con la sustitución de unos trabajadores por otros.

Para concluir con la mención a los que a nuestro juicio constituyen los contenidos más relevantes de la reforma laboral de 2010, resulta necesario efectuar una mención, aunque sea somera, a los instrumentos de flexibilidad interna introducidos por la misma. En esta materia aparentemente las posiciones de las partes y sus intereses respectivos pueden encontrarse más próximos. En sede teórica, tanto las representaciones sindicales como empresariales vienen a coincidir en las bondades de la flexibilidad interna, particularmente cuando la misma se aprecia en términos comparativos con el carácter siempre más traumático y negativo que comportan las medidas de resolución contractual. Se trata de una idea recurrente, siempre recogida en los textos de los Acuerdos Interprofesionales de Negociación Colectiva de los últimos años: "Las partes coinciden en la necesidad de acudir a mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva (AINC 2010-2012)". Al margen de que sucesivamente, las expectativas en esta materia de unos y otros difieren notablemente y, por ello, al descenderse al terreno de lo concreto los disensos se incrementan notablemente, lo cierto es que las posibilidades de abordar cambios pactados son más viables.

Precisamente por ello, si no se conoce el contexto general en el que se ha desenvuelto el actual proceso de reforma laboral, no se alcanzan a comprender los aparentemente limitados contenidos que se presentan en este ámbito de la flexibilidad interna dentro del texto legal de la reforma; más aún, que pocas previsiones se contenían al respecto en los documentos iniciales presentados por el Gobierno. En efecto, a pesar de la trascendencia atribuida por todos los protagonistas, públicos y privados, a los instrumentos de flexibilidad interna, se advierte cómo desde el primer instante los documentos presentados por el Gobierno contemplaban una expresa renuncia a introducir cambios significativos en las reglas y procedimientos relativos a la flexibilidad interna, optando

expresamente desde el inicio por remitir el grueso de esta cuestión al ámbito de la negociación colectiva y, en general, a la esfera de la pactación bilateral entre sindicatos y patronales. Sin necesidad de entrar en mayores detalles, dos razones justifican de forma inmediata esa predisposición excluyente por parte del Gobierno y, en paralelo, una cierta aquiescencia de los agentes sociales sobre el particular. De un lado, por cuanto que los propios 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 actual marco de negociación colectiva, que podría en su caso desembocar en una propuesta al Gobierno, pero que en todo caso deseaban celosamente guardar en el ámbito estricto de la bilateralidad sindicato-empresarios; respetuoso con ese designio, el Gobierno prefiere mantenerse a la espera y dejar el tiempo comprometido por las partes para abordar por sí solos tales aspectos relativos a la flexibilidad interna. Así, el primero de los documentos gubernamentales, el correspondiente a abril de 2010, indicará expresamente tal idea: "aunque la negociación colectiva y la flexibilidad interna constituyen elementos fundamentales a la hora de modificar sustantivamente nuestro mercado de trabajo, la remisión al ámbito bilateral que se realiza en el documento de 5 de febrero y que han reiterado los interlocutores sociales en su Acuerdo de 9 de Febrero pasado aconseja abstenerse de toda propuesta en esta materia, fuera del evidente compromiso de articular mediante las reformas legales que resulten necesarias los resultados de esta negociación bilateral". De otro lado, muy vinculado a lo anterior, puede considerarse que los principales cuellos de botella en la efectividad práctica de los instrumentos de flexibilidad interna provienen hoy en día de los contenidos de los convenios colectivos. En gran medida, la incorporación de instrumentos hábiles para adaptar las condiciones de trabajo a las exigencias cambiantes de las empresas se llevó a cabo a través de reformas legislativas precedentes, particularmente las realizadas a inicios de los años noventa; si los mismos no han tenido real incidencia en la gestión cotidiana del personal se ha debido a los mecanismos que a modo de cortafuegos lo impiden por una fijación muy cerrada en los textos de algunos convenios colectivos. Por todo ello, la clave principal se ubica en la capacidad de adaptación de los contenidos de los convenios colectivos a la realidad cambiante de las empresas y en mucho menor medida al marco legal que proviene de la normativa estatal.

A pesar de ello, cierto espacio adicional de actuación le corresponde aún a la mencionada normativa estatal. Sin entrar en mayores detalles, baste con indicar que ese cambio de contenidos de los convenios colectivos puede ser favorecido de forma más incisiva desde la norma estatal. A su vez ese cambio no depende exclusivamente de los contenidos propios de los convenios, sino también del propio marco normativo estatal regulador de la negociación colec-

tiva y, por ello, los propios interlocutores sociales aluden a tal posible ámbito a la luz del proceso de negociación bilateral que se reservan y, por ello mismo, la propia Ley anuncia la directa intervención del poder público para la hipótesis de que fracase en el tiempo razonable el mencionado proceso de negociación bilateral. Y, en definitiva, de no generalizarse en los convenios colectivos los mecanismos de adaptación de los propios contenidos de los textos convencionales, la normativa estatal se podría ver obligada a otorgar un valor automático desde la Ley a ciertas instituciones hoy en día ya presentes en la negociación colectiva más dinámica a los efectos que estamos considerando.

No al caso, el resultado final de la reforma ha sido en ciertos aspectos diverso al compromiso inicial de total aparcamiento de la intervención en el campo de la flexibilidad interna. En efecto, a pesar de lo referido anteriormente de residenciar la cuestión a todos los efectos en el terreno de la bilateralidad, la reforma legal al final ha entrado en algunas vertientes de la flexibilidad interna, por mucho que lo haya realizado de manera oblicua o indirecta.

Precisamente en esa línea, como ya vimos, la exposición de motivos de la Ley sitúa igualmente a la flexibilidad interna entre los objetivos principales de la reforma, si bien sucesivamente tan sólo lo concentra en una medida: la reducción de jornada. Y sorprende que lo acabe concentrando en esta medida, cuando la misma no es propiamente una medida de flexibilidad interna, o, por decirlo con mayor exactitud, se trata de una medida que se encuentra a caballo entre la flexibilidad externa y la interna. En efecto, la misma se presenta como una alternativa al empleo intenso de los despidos, con voluntad de introducir lo que se viene denominando el modelo alemán de reestructuración de empleo. Eso sí, sin pretender minusvalorar su trascendencia, incluso sin desmerecer de su utilidad y valor positivo como respuesta menos irreversible ante situaciones de excedentes de empleo, ha de advertirse que la reducción de jornada en términos materiales constituye un instrumento de regulación de empleo y, como tal, de oculta destrucción de empleo, por mucho que no se provoque un incremento de las cifras de desempleados. Por ello, tiene menos de medida de flexibilidad interna que de regulación de empleo en sentido estricto.

Sin embargo, a nuestro juicio, entre las medidas de la reforma de 2010 aparecen otras que se podrían situar en el ámbito estricto de la flexibilidad interna y que, por añadidura, poseen un calado bastante superior al que parece se le ha atribuido en primera lectura. Nos referimos en particular a los no menores cambios introducidos en los preceptos estatutarios reguladores de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Para empezar poseen un notable alcance los cambios introducidos en el mecanismo del descuelgue salarial, que determina que haya pasado de constituir una medida prácticamente inaplicada en la realidad cotidiana de las empresas en crisis a poderse convertir en un relevante instrumento alternativo a las

medidas de reestructuración empresarial por vía de ajuste de empleo. En efecto, tanto por la regulación legal contenido hasta el presente en el Estatuto de los Trabajadores como por su desarrollo en la negociación colectiva, el resultado material era que las empresas no acudían a estos procedimientos de descuelgues salariales, a la vista de que resultaban mucho más fáciles de articular los mecanismos extintivos. Por el contrario, la reforma de un lado introduce un procedimiento mucho más ágil y practicable del descuelgue salarial, al propio tiempo que conjura los riesgos de que la negociación colectiva sectorial pueda acordar exigencias superiores que invaliden las previsiones legales. Entre las novedades más relevantes a mi juicio en esta materia se encuentran las siguientes: se clarifican las causas justificativas del descuelgue como alternativa a los despidos, se residencia en el acuerdo de empresa la capacidad exclusiva de adoptar la medida de descuelgue, se clarifica la identificación de los interlocutores de los trabajadores para las microempresas sin representación colectiva, se fomentan decisivamente los mecanismos privados de resolución de las discrepancias, se elimina la posible intervención limitativa tanto del convenio sectorial como de la comisión paritaria del mismo convenio de sector, se establece un mecanismo de recuperación de la convergencia retributiva unida a la vuelta a la normalidad económica de la empresa.

Por otra parte, aunque sean de menor alcance, tampoco se pueden desconocer las medidas incorporadas en la regulación general del procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y, en particular, en lo que afecta a la movilidad geográfica. En esta materia se clarifica el panorama, se refuerza el papel del acuerdo de empresa, también se clarifica la identificación de los interlocutores de los trabajadores para las microempresas sin representación colectiva y de nuevo se pretende otorgar un superior protagonismo a los procedimientos privados de resolución de las discrepancias entre las partes en esta materia. La viabilidad de esto último dependerá en gran medida de la capacidad de sindicatos y patronales de aceptar el envite que al efecto le formula el legislador. Para algunos esta fórmula tiene un escaso alcance, habiéndose propugnado otras soluciones alternativas de mayor contundencia en la automaticidad de la introducción de las modificaciones colectivas en los escenarios de desacuerdos entre las partes, si bien por el modo como se articulaban estas otras propuestas, las mismas, a mi juicio, no resultaban conciliables con el modelo constitucional de garantía del derecho a la negociación colectiva y, en particular, respecto del reconocimiento de la eficacia vinculante de los convenios colectivos. Por ello, a nuestro juicio, la fórmula finalmente recogida en el texto legal es la correcta, incluso la más acertada, si bien requiere de un posterior esfuerzo de convencimiento a los interlocutores sociales a los efectos de que procedan a implementarla a través de la vía señalada por el texto legal de centralidad de los procedimientos voluntarios de mediación y, en particular, de arbitraje.

Más allá de todo ello, es importante hacer hincapié en un cambio cualitativo de calado, aunque sea indirecto, producido por el conjunto de medidas de reforma acometidas en materia de modificaciones sustanciales, incluidas las relativas al descuelgue salarial. Me refiero en concreto a lo que ello supone de incorporación de nuevas reglas de respuesta a las situaciones de concurrencia entre lo pactado a nivel sectorial en los convenios colectivos y a lo acordado en el ámbito empresarial por vía de estos acuerdos entre dirección de la empresa y representantes de los trabajadores. Es un asunto de notable trascendencia el hecho de que con los cambios introducidos se refuerza de manera decisiva la preferencia del acuerdo de empresa frente al convenio colectivo de sector, lo que puede llegar a alterar en el medio plazo ciertos aspectos de nuestra estructura de la negociación colectiva. Como todas las manifestaciones de este tenor requieren siempre para ser precisos de todo tipo de matizaciones y de limitaciones, pero indiscutiblemente los nuevos procedimientos en materia de modificaciones sustanciales incorporan una decisiva revalorización del acuerdo de empresa frente al convenio colectivo de sector, lo que obligará a dedicar un seguimiento puntual de los efectos producidos en este terreno; por ello, no deja de ser significativo que el legislador se preocupe de señalar que los acuerdos que se alcancen en estos casos deberán ser notificados a la comisión paritaria del convenio sectorial.

5. UNAS REFORMAS DE CARÁCTER ESTRUCTURAL

A la vista del conjunto de la descripción precedente, tanto por lo que refiere a los contenidos amplios de la reforma como en lo que afecta a lo que hemos considerado como sus elementos capitales, resulta fácil concluir que nos enfrentamos a unas reformas que sin duda alguna cabe calificar de estructurales. Dejando a salvo aspectos muy aislados, ninguna de las medidas incorporadas por la reforma se contemplan como una respuesta coyuntural para hacer frente a la situación de crisis económica y de empleo que estamos viviendo.

Por ello, no se aprecia en la voluntad del legislador eliminar o corregir algunas de las medidas incorporadas en cuanto se altere el escenario económico y, en particular, en el momento en que se superen las situaciones de dificultades de las empresas que sufren en estos momentos de crisis. Por el contrario, la idea subyacente se encuentra en la apreciación de que, aunque algunas medidas se hayan adoptado en el contexto de presión provocada por la crisis, sin embargo se contemplan para actuar también en los escenarios futuros de expansión económica y, por tanto, con independencia de cual sea la evolución del ciclo económico. Incluso, puede intuirse que el deseo del legislador sería que algunas de las medidas recogidas en el texto legal comenzaran a aplicarse

efectivamente a partir del momento en el que se produjera con solidez el relanzamiento del crecimiento económico y de empleo. Podría afirmarse que la valoración es que, a pesar de su coyunturalidad, la presente crisis económica va a producir efectos en el largo plazo, va a obligar a modificar nuestro patrón de crecimiento, al tipo de empleo que se va a convertir en el perfil prototípico en las empresas, en definitiva a la estructura de nuestro mercado de trabajo; y ello obliga también a un proceso de adaptación de nuestra legislación laboral a esa nueva estructura de funcionamiento de nuestro mercado de trabajo.

Por todo ello, insistimos, el conjunto de medidas contempladas en la reforma laboral de 2010 presenta un carácter eminentemente estructural, con voluntad de cambiar aspectos relevantes de nuestro sistema de relaciones laborales.

Es cierto que se trata de una norma plagada de disposiciones transitorias, cosa muy habitual en las sucesivas reformas laborales que hemos conocido hasta el presente, incluso de mayor número y alcance. Entre esas disposiciones de carácter transitorio aparecen las típicas reglas que tienen prevista una vigencia limitada en el tiempo y, por ello, pueden implicar una excepción a la consideración precedente acerca del carácter estructural de los cambios que se introducen. Baste mencionar, a título de ejemplo, las reglas relativas a las bonificaciones en las cotizaciones sociales respecto de los contratos formativos o bien el período de vigencia hasta finales del año próximo de las posibles conversiones de contratos temporales en indefinidos de fomento del empleo. Sin embargo, este tipo de preceptos son muy escasos, por lo que cabe indicar que las medidas de carácter coyuntural son como hemos apuntado la excepción frente a la regla general de mecanismos que se programan como estables dentro de nuestro futuro marco normativo. En definitiva, como intentaremos explicar inmediatamente a continuación, el cúmulo de reglas de vigencia temporal no desmienten la afirmación precedente relativa al carácter estructural de las medidas contenidas en la Ley de reforma, por cuanto que la mayoría de ellas tienen un objetivo y alcance diverso al de reducir la significación estructural de la reforma.

6. UNAS REFORMAS DE EFECTOS RETARDADOS EN EL TIEMPO: ASPECTOS POSTERGADOS E IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

El amplio capítulo de disposiciones que contienen alguna regla particular en lo que refiere a su entrada en vigor y vigencia responde a otra de las señas de identidad más destacables de la presente reforma legislativa. Lo más llamativo a tal efecto es que se aprecian, con una técnica normativa muy diversa, multitud de previsiones especiales que contradicen la regla general de rigor de que la presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el

Boletín Oficial del Estado. Eso provoca, como resultado material, que muchas de las medidas contempladas en el texto legal queden postergadas en el tiempo respecto de su impacto efectivo en nuestro mercado de trabajo y en nuestro sistema de relaciones laborales.

Como decimos, la técnica jurídica utilizada para producir ese efecto de postergación en el tiempo es muy diversa, lo que comporta un juego muy distinto del alcance de la reforma, no sólo en términos temporales de impacto sino también en la vertiente de la efectividad y eficacia de la reforma misma.

Para empezar, y para ser más precisos, en ciertas ocasiones más que de postergación temporal de "medidas contempladas" hay que referirse a una mera previsión de reformas futuras a abordar, comprometidas políticamente por el propio Gobierno o Parlamento, pero no diseñadas con la suficiente precisión al efecto en cuanto a su contenido.

Así, de una u otra forma, con mayor o menor precisión, con una significación mayor o menor, la Ley alude a la necesidad de proceder en el inmediato futuro a la remisión al Parlamento de cuando menos cuatro sucesivos proyectos: regulación del Fondo de capitalización sustitutivo de la intervención por parte del Fondo de Garantía Salarial en materia de indemnizaciones por despido, reforma del marco normativo de la negociación colectiva, ampliación de la competencia jurisdiccional del orden social con particular atención a la intervención administrativa en materia de regulación de empleo, así como reforma de la normativa reguladora de las prestaciones por desempleo

Como es habitual, la Ley contempla también un amplio proceso de implementación normativa por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria administrativa, en reiteradas ocasiones con mención directa y expresa al contenido de la disposición reglamentaria a aprobar o al concreto Real Decreto a modificar. Lo que me interesa resaltar en este momento, por ser lo más relevante a estos efectos, es que para algunas concretas materias se posterga la efectiva entrada en vigor de la norma al instante más o menos próximo en el tiempo en el que el Gobierno proceda a aprobar el mencionado texto reglamentario. Caso emblemático al efecto es todo lo relativo a la puesta en funcionamiento de las agencias de colocación y de recolocación con fines lucrativos.

Con una funcionalidad muy parecida, en el típico juego del principio de complementariedad en las relaciones entre diversas fuentes jurídicas, la reforma procede a efectuar una muy directa remisión a la negociación colectiva para que concrete su alcance. Y, en especial de nuevo a los efectos de lo que estamos tratando en estos momentos, posterga la entrada en vigor material de la medida contemplada en la Ley al instante en el que los convenios colectivos aborden la materia de referencia. Por mencionar un solo ejemplo al respecto, baste con citar lo relativo a la extensión de la actividad de las empresas de trabajo temporal al ámbito del sector de la construcción y otros próximos o

similares. Y ello, sin olvidar el mandato general de actuación sobre el marco regulatorio de la negociación colectiva ya mencionado.

Aunque sea también con un mero valor anecdótico, cabe mencionar cómo las previsiones de intervención se condicionan en alguna ocasión a la celebración de un concreto convenio internacional, como es lo que afecta a la seguridad social de los trabajadores transfronterizos de Andorra.

Finalmente, sin necesidad de utilización de la intermediación de otra fuente del Derecho, a través de diversos mecanismos, en repetidas ocasiones se retarda en el tiempo la efectiva entrada en vigor de la medida o bien se suaviza a tenor de un largo proceso de aplicación práctica a nuestro mercado de trabajo. Así, en unas ocasiones las medidas sólo resultan de aplicación a los contratos de trabajo celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, caso paradigmático de las reglas limitativas de la contratación temporal o bien de la asunción por parte del Fondo de Garantía Salarial de parte de la indemnización por despidos en los nuevos supuestos contemplados por la norma. En otras ocasiones se procede a utilizar una típica técnica de progresiva entrada en vigor de la medida contemplada, como sucede en el caso prototípico del incremento de la cuantía indemnizatoria en las resoluciones de los contratos temporales causales, en términos tales que la previsión final de elevarla a los 12 días de salario por año de antigüedad a partir de los iniciales 8 días sólo se materializará a partir del 1 de enero de 2015, es decir, transcurridos cuatro años y medio desde que se aprobó la reforma.

Una vez más, a los efectos de evitar una pérdida de los referentes básicos de la reforma, constatado como nos enfrentamos a un bien amplio abanico de fórmulas que postergan en el tiempo la aplicación práctica de la misma, resulta necesario realizar un esfuerzo de comprensión general, un intento de explicación de las claves justificativa del uso tan reiterado de fórmulas retardatarias de las medidas, particularmente cuando se presume que la reforma se afronta en el marco de un escenario de intensa crisis económica, de reacción a la misma y, por qué no decirlo también, como respuesta a cierto tipo de reclamaciones externas de abordar reformas estructurales de urgencia en nuestro sistema económico.

Sin poder tampoco en estos momentos entrar en mayores precisiones, una de las principales explicaciones de todo ello puede situarse en el dato de que la presente reforma pretende orientarse como instrumento de apoyo al momento en el que se verifique el retorno a la senda del crecimiento por parte de nuestra economía, de modo que se es consciente de que la capacidad de influencia inmediata es mucho menor y sobre todo que la reforma laboral no se concibe como el instrumento que marque el punto de inflexión en la destrucción del empleo. Más aún, en una coyuntura en la que puede valorarse que todavía no se ha producido la total depuración de los excedentes de plantilla que pudieran

existir en nuestras empresas, no se desea que una alteración brusca de los costes del despido pueda valorarse como una invitación desde la norma a acentuar los procesos de destrucción de empleo. Al mismo tiempo, un escenario como el actual de restricción del gasto público o de restricción de los costes empresariales obliga a que ciertas medidas que de una u otra forma incorporan elementos de signo contrario se posterguen hasta los momentos en los que se prevé se retome la senda del crecimiento económico. A todo ello, habría que añadir también como cuestión no menor la significativa complejidad jurídica y dificultad de ponderación de costes actuariales futuros de ciertas innovaciones que se proyectan en la reforma, que igualmente aconsejan una cierta prudencia y acometer con cautela el diseño final del modelo que se quiere establecer.

Ejemplo paradigmático de todo lo anterior se puede encontrar en el caso emblemático de la pretensión de incorporar a nuestro país el denominado modelo austriaco de socialización o mutualización de los costes empresariales por despido, primero por la vía de su atención a través de una prestación nueva a cargo del Fondo de Garantía Salarial, sucesivamente por medio de la instauración del llamado Fondo de Capitalización, sin descartar que tras ello también subyaga una idea más o menos implícita de reconsideración de la regulación actual en materia de prestación por desempleo.

Para empezar, el sistema previsto como de aplicación inmediata y de vigencia muy limitada en el tiempo, vía prestación por parte del Fondo de Garantía Salarial, conviene advertir, de un lado, que su entrada en vigor no va a ser tan inmediata como a primera vista pudiera pensarse, de otro lado, que concurren razones fundadas para prever que su vigencia se va a postergar en el tiempo mucho más allá de lo teóricamente previsto por la Ley, incluso no puede descartarse que lo que se recoge en la norma como una mera disposición transitoria pueda acabar constituyéndose en un sistema permanente y definitivo de cobertura parcial de la indemnización por despido.

De un lado, la postergación aplicativa del Fondo deriva esencialmente de dos reglas muy concretas al efecto: una, que sólo resulta de aplicación la nueva prestación a los contratos indefinidos celebrados a partir de la entrada en vigor de la reforma; dos, que se exige para que el Fondo asuma la correspondiente cuantía de la indemnización que cuando se produzca la extinción el contrato haya durado un mínimo de un año. Sumados ambos requisitos da como resultado que cuando menos el Fondo no comienza a asumir el pago de concretas cantidades hasta mediados de junio de 2011, con el añadido de que el número de solicitudes presentadas a estos efectos al Fondo será muy escaso en una primera fase a la vista del volumen de contratos afectados en un primer momento, a la expectativa de que a partir de ese momento los procesos de reestructuración empresarial se hayan reducido notablemente.

Por otra parte, la teórica previsión legal es que el diseño del nuevo modelo definitivo a través de la Ley reguladora del futuro Fondo de Capitalización se encuentre plenamente en vigor al inicio del año 2012. Ello conduce a un cálculo teórico conforme al cual de facto el sistema previsto de vigencia de la nueva prestación del Fondo de Garantía Salarial se reduciría apenas a seis meses, de modo que con dificultad se entiende que el legislador haya previsto un sistema de estas características con cargo al Fondo para regir durante tan breve plazo. En principio, la previsión de aprobación relativamente inmediata del nuevo Fondo de Capitalización resulta comprensible en términos políticos, en la medida en que se recuerde la fecha de agotamiento de la presente legislatura. Pero de igual forma, a mi juicio personal, hay fundadas razones para contemplar un escenario conforme al cual no se logre aprobar la regulación anunciada del Fondo de capitalización e, incluso, ante la hipótesis de que se implante el mencionado Fondo no es descartable que durante una relativamente larga fase conviva un régimen de funcionamiento complementario de ambos Fondos, el de garantía salarial y el de capitalización.

Conviene tener presente que la traslación del modelo austríaco a la realidad española no resulta nada fácil de articular, técnicamente puede resultar bastante complejo, económicamente es previsible que resulte costoso, altera la esencia del abono de las cantidades como compensación por la pérdida de empleo, sin olvidar que puede advertirse que la instauración del mencionado Fondo de capitalización de principio no ha recibido ni el respaldo de las organizaciones sindicales ni siquiera por parte de las representaciones empresariales. De las organizaciones sindicales por cuanto que se muestran contrarias a que se produzca una indirecta reducción de los costes indemnizatorios por despido para las empresas, por el juego que estos tienen de contención de las decisiones de ajustes de empleo por esta vía. De las organizaciones empresariales por cuanto que lo perciben como un sistema de posibles incrementos de los costes laborales por la vía de la presencia de una nueva partida correspondiente a cotizaciones sociales. A su vez, una vez que comience a actuar el Fondo de Garantía Salarial como responsable parcial del pago de la indemnización por despido, a través de un mecanismo ciertamente simple en cuanto a su mecánica y sobre todo respecto a su gestión, resultará bastante más complejo abordar una medida de superior dificultad técnica y económica como es el Fondo de Capitalización, con seguridad más costosa y con elevadas incertidumbres en cuanto a la eficiencia en su gestión. Baste con tener en cuenta, aplicando el símil propio de las técnicas de cobertura de Seguridad Social, que la prevista prestación a cargo del Fondo de Garantía Salarial se instituye conforme a un modelo de "reparto", en tanto que como su propio nombre indica sea cual sea el diseño que se elija del Fondo de capitalización el mismo responderá a un modelo de "ahorro" propio de los regímenes de "capitalización. A nadie se le

escapan las enormes dificultades que comporta el trasvase de un régimen de "reparto" a otro de "capitalización", al extremo de que en ocasiones resulta de todo punto inviable, salvo que se proceda a abrir un largo proceso de ausencia o fuerte deterioro de las prestaciones contempladas a asumir por el nuevo Fondo. Por lo demás, tal como apuntábamos, el paso del sistema del Fondo de Garantía Salarial al diseño pensado para el Fondo de Capitalización provocaría una alteración cualitativa, en la medida en que transformaría la esencia de la prestación del abono de las cantidades como compensación por la pérdida de empleo: al abonarse para todo tipo de situaciones de abandono temporal o definitivo de la condición de trabajador ocupado, materialmente se convertiría en un remedio de un fondo de pensiones, que en ciertas ocasiones se permite que se puede anticipar el cobro del mismo, con lo cual se aparta por completo de una situación vinculada al despido; en estos términos difícilmente se podría calificar jurídicamente como indemnización por despido, pues es una fórmula de ahorro o salario diferido a todo tipo de trabajadores, con independencia de que sean o no despedidos.

En particular, el sistema no será nada rentable para los trabajadores de edad avanzada, no tendrá apenas rentabilidad en el primer período de acumulación del plan de aseguramiento que conlleva el sistema y, por esa misma razón, apuntamos que incluso en la hipótesis de lograrse diseñar legalmente el régimen de ese Fondo de capitalización, hasta tanto el mismo no acumule unas reservas de cierta cuantía, parcialmente el Fondo de Garantía Salarial debería continuar asumiendo parte de la indemnización, salvo que se retorne al sistema de que el empresario deba abonar todo aquello que no pueda asumir el Fondo de capitalización, algo difícilmente concebible en cierto tipo de procesos de reforma legislativa que la experiencia muestra que resultan irreversibles en la práctica.

Por todo ello, no es nada descartable desearle larga vida al nuevo sistema de abono parcial de la indemnización por despido con cargo al Fondo de Garantía Salarial.

Dejando ya de lado el ejemplo concreto de la cobertura parcial por parte de un Fondo de la indemnización por despido, las consideraciones que venimos haciendo acerca de la postergación de efectos de las medidas contempladas en la reforma, e igualmente más allá de las razones que lo puedan justificar, conviene también llamar la atención sobre el impacto que esta técnica de postergación pueda llegar a tener sobre los cambios reales que se puedan producir en nuestro modelo laboral y, en particular, en las opciones empresariales en la gestión de sus políticas de personal. Dicho de otro modo, la postergación de referencia no sólo puede tener un impacto en el corto plazo sino que puede acabar por neutralizar los efectos principales y los objetivos más importantes buscados por la reforma. Los cambios de hábitos y las modificaciones de los

criterios más asentados en la gestión de personal sólo pueden producirse por cambios no sólo profundos sino también bruscos en la reforma de referencia. En sentido contrario, lo cambios postergados en el tiempo puede que no acaben teniendo impacto material en las opciones de contratación y de gestión empresariales. A mero título de ejemplo, si se pretende que un incremento de los costes de la extinción de los contratos temporales pueda desmotivar a las empresas del uso abusivo e injustificado de dicha contratación temporal, a nuestro juicio dicho incremento debería ser perceptible con claridad por el empleador, pues de lo contrario lo irá digiriendo poco a poco, sin alterar sus reglas de conducta en la práctica. Del mismo modo, que si la reducción de costes del despido, por la progresiva asunción de la indemnización por parte de un Fondo externo, resulta igualmente lenta, es posible que ello tampoco impacte sobre los criterios de gestión empresarial, y se mantengan las culturas tanto de contratación como de ajustes de empleo del pasado. Conviene aclarar que con ello no estamos olvidando, dejando de tener presente, ni minusvalorando las razones de tipo económico que hayan podido condicionar al legislador para optar por este proceso técnico de entrada en vigor muy lenta de, con una repercusión en una primera fase una escasa respecto de las cifras totales de contratación en nuestro mercado de trabajo. Pero también constituye una llamada de atención acerca de la cautela con la que se deben efectuar los cálculos de futuro en cuanto a los efectos materiales que puede producir una reforma vehiculada a través de procedimientos tan lentos de implementación práctica.

Para concluir, conviene insistir en la relevancia que tiene en esta materia la fase de implementación de las medidas contempladas en el texto legal. Aspectos importantes de la reforma en cuestión, dependen en gran medida del desarrollo que se produzca con posterioridad, a resultas de las actitudes y conductas que adopten los diversos protagonistas de las relaciones laborales. En unas ocasiones, por cuanto que depende del modo como sea interiorizada o no por parte de la negociación colectiva; en otras ocasiones, por cuanto que depende de la predisposición de los gestores de empleo en las empresas o los asesores de las mismas; finalmente en algunos supuestos viene condicionada también por la predisposición de las Comunidades Autónomas para adaptar el ejercicio de sus competencias de ejecución de la legislación laboral a los cambios producidos. Se trata, como bien es sabido, de un dato presente en la inmensa mayoría de las reformas laborales que han precedido a la actual en décadas anteriores, al extremo de que la experiencia muestra que algunas de ellas fracasaron en gran medida a resultas del rechazo o de la simple tibia acogida obtenida por parte de los interlocutores sociales o bien de los poderes autonómicos. A la luz de esta experiencia, no cabe la menor duda de que la capacidad de lograr los efectos pretendidos de la presente reforma dependerá mucho del modo como se materialice la implementación a la que nos venimos

refiriendo y, en particular, del grado de colaboración o no de los mencionados protagonistas en el complejo proceso aplicativo de la reforma. A la luz de todo ello, y más allá de la predisposición política de tales protagonistas, no cabe la menor duda de que desde esta otra perspectiva se reafirma la relevancia de la recuperación del diálogo social y de los puentes de entendimiento entre los poderes públicos y los agentes sociales.

7. UNA NOTA FINAL ACERCA DE LA TÉCNICA NORMATIVA: REFORMA DE "HARD LAW"

Para concluir este análisis introductorio de valoración general de la reforma de 2010, resulta oportuno destacar la caracterización esencialmente clásica del texto legal en lo que se refiere a las técnicas jurídicas empleadas por la misma. En efecto, después de un ya largo periodo de reflexión por parte de la doctrina y los protagonistas laborales acerca de la trascendencia de la utilización de las técnicas jurídicas más novedosas de influencia sobre la evolución del mercado de trabajo y de nuestras relaciones laborales, bajo el denominador común de lo que se ha venido en calificar como el tiempo del "soft law", resalta cómo esta reforma incorpora esencialmente reglas jurídicas típicas del "hard law", es decir, aquellas que afectan directamente al régimen de derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo, así como de las posiciones de poderes o de influencia directa de los representantes colectivos de trabajadores y empresarios. Directamente se va al corazón de las instituciones laborales más plenamente afectadas por las reglas de "hard law": modalidades de contratación laboral, facultades de modificación de condiciones de trabajo, incluida la alteración del régimen salarial, instrumentos de reestructuración empresarial, régimen del despido, costes directos del trabajo, eficacia vinculante de las reglas contenidas en los convenios colectivos, poderes de control de los representantes de los trabajadores.

Más aún, cuando se aborda el espacio de intervención de la Administración laboral en el desarrollo de las relaciones laborales aparecen sobre todo medidas que aluden, de manera directa o indirecta, a potestades de intervención fuerte en el desarrollo de las relaciones laborales; atribución de facultades de control "fuerte" de las iniciativas o conductas de los sujetos privados. Ante todo, se aprecia una importante previsión de conductas tipificadas como infracciones administrativas que, como tales, dan juego a un intenso ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad laboral. Pero no se queda solo en esa vertiente más tradicional de la potestad de policía de la Administración laboral. También hay previsiones de relevancia a través de otras técnicas que se enmarcan también en este terreno; baste con referirnos a la contemplación

de la autorización administrativa en dos materias significativas: una, la intermediación laboral por lo que afecta a las agencias de colocación con fines lucrativos; dos, la pervivencia con ciertos retoques del control administrativo de los expedientes de regulación de empleo, tanto para los despidos colectivos como para las suspensiones y reducciones de jornada de trabajo. Sin dejar de mencionar otros instrumentos de intervención menor, pero en campos novedosos, como es el caso del certificado que ahora se contempla de contratos encadenados celebrados a los efectos de una posible demostración en la sede que corresponda de la condición de trabajador fijo. Incluso, frente a una tendencia progresiva perceptible en reformas precedentes a la disminución del intervencionismo administrativo en el desarrollo de las relaciones laborales, en esta ocasión no se puede mencionar un solo ejemplo de medida que produzca algún tipo de repliegue en la capacidad de influencia de la autoridad laboral en el desarrollo de las relaciones laborales.

De igual forma, el hecho de que la reforma afecte a aspectos claves de las reglas propias del "hard law" y, en particular, al ámbito del ejercicio de los correspondientes derechos subjetivos y facultades de decisión unilateral de las partes, conduce a una presencia subyacente muy protagonista del poder judicial. Se es plenamente consciente de que uno de los destinatarios esenciales de la aplicación de la presente reforma laboral serán los Juzgados y Tribunales Laborales, al extremo que en todo el debate acerca de la redacción oportuna de ciertas reglas late la previsión de cuál puede ser la interpretación que de las mismas hará el poder judicial y la oportunidad de lograr resultados de garantía efectiva del principio de seguridad jurídica; baste con mencionar al efecto el caso más emblemático y bien conocido de la definición de las causas justificativas de los despidos objetivos y colectivos. E incluso, un rápido rastreo del texto legal, permite identificar directas reformas de la legislación procesal laboral, reglas que indirectamente afectan al contenido del fallo judicial en ciertas materias, sin olvidar tampoco el importante mandato legal de ampliación de las materias objeto de conocimiento por parte del orden social de la jurisdicción por medio de la inmediata presentación de un proyecto de Ley de reforma de la Ley de Procedimiento Laboral.

No obstante lo anterior, tampoco puede desconocerse que esta Ley no renuncia a la utilización de otras técnicas que se desenvuelven en el ámbito de lo que se conoce como "soft law", si bien en la mayoría de las ocasiones se trate de aspectos que han pasado más inadvertidos en la presente reforma. Esto último se debe, probablemente, a que estas técnicas presentan un menor calado en el contexto general de los cambios introducidos por la reforma de 2010 y en la mayoría de las ocasiones incorporan escasas novedades respecto de lo que se venía haciendo hasta el momento presente. Ejemplo más típico de todo ello puede encontrarse en las reglas modificativas de las bonificaciones en las coti-

zaciones sociales, o bien el papel de acompañamiento de la prestación parcial por desempleo a los procedimientos de reducción de jornada de trabajo.

Otras medidas han pasado más inadvertidas, a pesar de poder tener un juego relevante en el campo correspondiente, como pueden ser los convenios de colaboración entre los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación o de recolocación con fines lucrativos. Aunque se trate de una técnica de actuación ya conocida entre nosotros desde la progresiva mayor presencia de sujetos privados en los procesos de intermediación, es bastante probable que estas fórmulas que ahora se institucionalizan de forma más acabada, puedan desplegar un juego muy superior.

Para concluir, el instrumento más novedoso de intervención en este campo de las medidas de aliento, de incentivo o de fomento del cambio de conductas que acaben influyendo sobre la conformación de nuestro mercado de trabajo lo puede constituir la institución apenas pergeñada o apuntada del Fondo de capitalización. En efecto, el mismo puede tener un importante impacto tanto en el funcionamiento práctico de la institución del despido en los procesos de reestructuración empresarial como sobre todo en el acentuarse de los procesos voluntarios de movilidad laboral externa y, con ello, una nueva compresión en nuestro sistema de las llamadas transiciones laborales. En todo caso, a la vista de la ausencia de un desarrollo suficiente del diseño del mencionado Fondo de capitalización resulta enormemente aventurado efectuar conjeturas de futuro, más allá de lo dicho, por lo que habrá que estar a la espera de lo que sucede en el inmediato futuro al respecto, incluso con las cautelas antes apuntadas de dudas acerca de si realmente funcionará dicha institución en nuestro sistema legal e institucional.

DOS CUESTIONES CLAVES DE LA REFORMA LABORAL: DESPIDOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Carlos García Serrano
Profesor Titular del Fundamentos del Análisis Económico
Universidad de Alcalá
Miguel Ángel Malo Ocaña
Profesor Titular del Fundamentos del Análisis Económico
Universidad de Salamanca
José Ignacio Pérez Infante
Profesor Asociado
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO **Palabras clave: Despido, negociación colectiva**

En este artículo, se estudian los dos puntos clave de la reforma laboral de 2010: los despidos y la negociación colectiva. Los despidos se han visto afectados por una nueva redacción de la causa económica para despedir. La negociación colectiva ha incorporado un cambio que más que tener que ver con su regulación tiene relación con la posibilidad de que no se apliquen los acuerdos logrados en ámbitos superiores al de la empresa, es decir, una mayor facilidad para el descuelgue salarial. A partir de una revisión de la evolución reciente del empleo, de la utilización estratégica del sistema de despido y del funcionamiento de la negociación colectiva, se juzgan los cambios introducidos como reformas en el sentido adecuado para corregir la distorsión del sistema de despido, desincentivar el recurso a la temporalidad y facilitar ajustes que no sean en términos de personas. Sin embargo, se explica que existen riesgos de que los cambios no sean verdaderamente efectivos, pues deberían ser complementados por modificaciones que compensen posibles efectos negativos y refuercen los desincentivos a recurrir a la temporalidad y en general al ajuste de personas como casi única medida de adaptación a las malas situaciones económicas.

ABSTRACT **Key Words: Labour reform, economic perspective**

In this article, we study two key points of the 2010 labour law reform: dismissals and collective bargaining. Dismissals are affected by the new clause of "economic causes" that has been rewritten. And the collective bargaining has incorporated a change that deals more with the possibility that the agreements reached could not be applied in exclusively certain company's sphere; in other words, it provides a better space for the salary opt out. Analysing the labour market evolution and performing an evaluation, and while studying the use of the dismissal strategy and the collective bargaining process, we judge those changes made to the reform to correct the dismissal system and to stop temporality recourse and facilitate that the adjustments which shall not mean to discharge people. Anyway, there are certain risks that these changes are not as effective as it is desired, because those changes shall be applied along with certain measures to protect workers. It should be reinforce in general terms, that temporal contract are not always the right answer to the problem and the use of adjustment of people as the only measure to be applied in this economic crisis situation.

ÍNDICE

1. Introducción
2. La evolución del empleo y el paro
3. Los despidos
4. Las características de la negociación colectiva y propuestas de reforma
   4.1. Situación actual de la negociación colectiva en españa
   4.2. La negociación colectiva y los salarios
   4.3. Propuestas de reforma de la negociación colectiva y modificaciones del real decreto-ley de 16 de junio
5. Conclusiones
Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se analizan dos cuestiones claves que deberían afrontarse en cualquier reforma del sistema español de relaciones laborales: el despido y la negociación colectiva. Mientras que el primero ha sido objeto de modificación en la reciente reforma de la normativa laboral (sobre todo en cuanto a la definición de la causa económica del despido), la segunda apenas se ha visto alterada excepto en la regulación de la inaplicación de los acuerdos salariales en los ámbitos superiores al de la empresa y en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Estas cuestiones se analizan en el artículo en el siguiente orden. En la sección dos se describe la evolución del empleo y el paro a lo largo de la crisis actual, poniéndola en relación con lo sucedido en el mercado de trabajo en las dos décadas anteriores. En la sección tres se analiza la cuestión de los despidos, en particular, la relación entre los costes de despido y el empleo, las características de los despidos individuales y el mecanismo de los despidos colectivos, describiendo la situación actual y los principales cambios. En la sección cuatro, se pasa revisa al sistema de negociación colectiva, a sus características actuales y al modelo de negociación salarial, tras lo cual se presentan algunas propuestas de reforma. En la quinta sección, se realizan una serie de reflexiones finales de cara al futuro inmediato.

2. LA EVOLUCIÓN DEL EMPLEO Y EL PARO

La crisis que ahora sufrimos en España aúna varias causas. Con el agotamiento del largo periodo expansivo iniciado a mediados de los años noventa del siglo pasado, en un primer momento se producen, a nivel internacional, una importante subida del precio de los alimentos y del petróleo y, a nivel nacional, el final de la desmesurada expansión del sector de la construcción y de la bur-

buja inmobiliaria que comienza a mostrar su impacto negativo sobre el mercado de trabajo a finales de 2007 (el tercer trimestre de 2007 marca el máximo histórico de ocupación, por lo que cabe situar en dicho momento el punto de inflexión del ciclo económico). La situación se va agravando paulatinamente y en el segundo semestre de 2008 da un giro hacia una recesión de gran intensidad con el colapso del sistema financiero a nivel internacional (aunque los problemas financieros de algunas economías ya venían de atrás). La gravedad de la situación del mercado de trabajo español puede apreciarse en la evolución reciente de las cifras de paro y empleo: primero, los 4,6 millones de parados en el primer trimestre de 2010, cuando la cifra no llegaba a los 1,8 millones en el tercero de 2007; y, segundo, el volumen total de ocupados de 18,3 millones en el primer trimestre de 2010, cuando había alcanzado los 20,5 millones en el tercero de 2007.

¿Cómo se ha llegado a esta situación de destrucción de empleo y de aumento desmesurado del paro y qué características posee este período? En primer lugar, podemos realizar una comparación de la actual crisis del empleo con la de comienzos de los años noventa. En dicha crisis, tras comenzar a aumentar en la segunda parte del año 1991, en 1994 la cifra de parados se acercó a los 4 millones, es decir, a la misma cifra que se alcanzó en el primer trimestre de 2009 y que ya ha sido superada con los 4,6 millones en el primer trimestre de 2010. Sin embargo, la tasa de paro de 1994 fue superior a la actual (24,5% frente al 20,1%) porque la población activa era muy inferior: 16 millones frente a los 23 millones actuales[1].

Además, la evolución de la población activa, el empleo y el paro fue diferente en los años noventa de lo que ha sucedido en la crisis actual. Entre el segundo trimestre de 1991 y el primero de 1994 (momentos cíclicos máximo y mínimo), el empleo disminuyó en 1 millón y la población activa aumentó en medio millón, por lo que el paro aumentó en 1,5 millones. Pero en el comienzo de la crisis actual, en un periodo de un año (del tercer trimestre de 2007 al tercero de 2008), el empleo apenas se redujo (164 mil) y la población activa creció intensamente (643 mil), lo que explica el aumento inicial del paro (807 mil). Pero en el año y medio siguiente (entre el tercer trimestre de 2008 y el primero de 2010), el empleo ha caído drásticamente (casi 2 millones) y la población activa apenas ha variado (62 mil), de modo que el paro se ha incrementado sustancialmente (algo más de 2 millones).

Esta evolución tan virulenta del desempleo requiere ser examinada con atención. En primer lugar, en la crisis actual, la cuarta parte del aumento del

[1] Hay que tener en cuenta que en 2002 se produjo un cambio metodológico en la definición del desempleo que afectó a la estimación del número de parados y, por tanto, de la tasa de paro. El impacto es de algo más de dos puntos porcentuales a la baja a partir de dicha fecha.

paro se debe al aumento de la población activa, pero esta proporción fue de algo más de tres cuartas partes en la primera etapa que se acaba de comentar. El incremento ha sido especialmente significativo entre las mujeres, en cuyo caso aumenta incluso durante la segunda etapa; la población activa masculina también aumentó en la primera etapa, algo que no sucedió en la crisis de los noventa, aunque después se ha reducido incluso más intensamente.

Pero ese aumento, aun siendo significativo, no es la principal explicación. En efecto, la segunda parte del aumento del paro es el fuerte descenso del empleo, sobre todo desde el cuarto trimestre de 2008. Como en la crisis de los noventa, el descenso del empleo actual se concentra principalmente en los varones. De hecho, la primera mitad de la crisis recuerda mucho a la de hace casi veinte años ya que sólo se destruyó empleo masculino. Pero a continuación sucede algo que no sucedió entonces: disminuye de forma visible el empleo femenino, arrastrado seguramente por la agudización del descenso del empleo de los varones.

Esta fuerte caída del empleo y las pautas temporales y por sexo que se acaban de mencionar sugieren que al menos una parte del problema quizá no tenga que ver completamente con el (mal) funcionamiento del mercado de trabajo, sino con otros factores anteriores (no debe olvidarse que la demanda de trabajo es una demanda derivada) que es menester analizar. Para ello veamos qué sucedió en el mercado de trabajo español en los años posteriores a la crisis de los noventa. A partir de mediados entonces, la economía española fue capaz no sólo de aumentar la población activa en 6 millones hasta mediados de 2007 (el momento en el que vira la tendencia) sino que el empleo aumentó en más de 8 millones, reduciendo el volumen de paro a una cifra inferior a los 2 millones, equivalentes a menos del 8% de la población activa. Durante ese periodo, se creó empleo de tal manera que el volumen total aumentó en un 38,5% entre 1999 y 2007.

Para comprobar en qué sentido ha sido diferente o no la evolución de la ocupación en España respecto al resto de países de la Unión Europea, el cuadro 1 presenta la información sobre dicha evolución según sectores de actividad económica en el período 1999-2007. Puede verse que España fue el país que creó más empleo (sólo Chipre o Irlanda muestran unos resultados que se acercan a los españoles) pero además fue el que aumentó más su ocupación en los servicios y en la industria (sólo superado por Chipre) y fue uno de los que más elevó su empleo en la construcción (superado por los tres países bálticos e Irlanda). Con respecto a este último sector, debe mencionarse que España partía de un peso de la construcción en el empleo total (10,7%) que era el más elevado junto a Portugal en 1999 y que la evolución posterior de la ocupación le llevó a mantener dicha posición junto a Irlanda en 2007.

Cuadro 1. Evolución del empleo total y por sectores en los países europeos entre 1999 y 2007 (índice 1999=100) y peso de la construcción respecto al empleo total. Fuente: Eurostat (Encuesta de Fuerza de Trabajo de la UE).

	Evolución empleo (índice 1999=100)						Peso construcción		
	Total	Agric.	Indust.	Constr.	Serv.		1999	2007	Var.
Bélgica	109,3	102,3	134,6	110,8	112,9		6,8	6,9	0,1
República Checa	104,4	71,3	134,8	100,8	108,3		9,4	9,1	-0,3
Dinamarca	103,9	95,2	123,0	106,0	109,5		6,8	7,0	0,1
Alemania	105,9	83,1	125,7	80,3	113,6		8,7	6,6	-2,1
Estonia	113,0	62,2	157,8	217,5	113,4		6,4	12,3	5,9
Irlanda	132,9	85,1	186,4	197,7	141,3		8,9	13,3	4,4
Grecia	111,9	71,9	159,7	138,4	124,6		7,1	8,7	1,7
España	138,6	88,3	201,5	171,6	147,9		10,7	13,3	2,5
Francia	116,3	92,1	133,2	121,8	120,1		6,4	6,7	0,3
Italia	112,2	81,4	135,3	124,1	119,4		7,6	8,4	0,8
Chipre	135,3	127,7	210,6	162,5	139,3		9,8	11,8	2,0
Letonia	115,0	65,1	166,4	214,8	124,7		6,1	11,3	5,3
Lituania	103,1	53,7	154,1	175,1	114,8		6,6	11,1	4,6
Luxemburgo	115,2	108,8	149,8	108,3	123,5		8,9	8,4	-0,5
Hungría	103,6	69,5	122,5	129,0	110,5		6,8	8,4	1,7
Países Bajos	111,3	109,4	140,9	109,5	115,4		6,1	6,0	-0,1
Austria	109,1	101,2	138,1	101,5	115,1		8,8	8,2	-0,6
Portugal	105,3	96,7	137,0	106,2	115,1		10,9	11,0	0,1
Rumanía	87,8	61,4	114,1	170,9	115,0		3,7	7,3	3,5
Eslovenia	111,6	106,9	118,8	125,6	118,0		5,3	6,0	0,7
Eslovaquia	110,6	63,2	147,3	125,1	115,1		8,9	10,1	1,2
Finlandia	108,5	78,3	131,1	116,6	114,9		6,5	7,0	0,5
Suecia	112,0	83,9	123,8	130,5	118,0		5,5	6,4	0,9
Reino Unido	106,4	93,2	124,6	124,7	112,1		7,0	8,2	1,2

Nota: los niveles de empleo total y de cada sector en cada país toman el valor 100 en el año 1999.

¿Qué sucedió con el advenimiento de la crisis a partir de 2007? Para verlo, el cuadro 2 presenta el desglose sectorial de la evolución del empleo entre el tercer trimestre de 2007 y el tercero de 2008 y entre éste y el primero de 2010. Los datos se presentan con dos grupos de columnas de cifras referidas al tercer trimestre de 2008 porque en dicho año se produjo una adaptación de los datos de la EPA a la nueva clasificación de actividades (CNAE-2009), por lo que es imposible contar con una única serie para todo el periodo considerado. Los datos del cuadro 2 son muy significativos. Al comienzo de la crisis se perdieron

164 mil empleos. Pero mientras las pérdidas fueron pequeñas en la industria (32 mil) y en la agricultura (37 mil), la construcción acumuló una pérdida de 354 mil (un 13% del empleo en el sector), compensada parcialmente por los servicios (principalmente los colectivos o públicos: administración, educación y sanidad) con un aumento de 258 mil empleos. Por consiguiente, la caída del empleo se concentró de forma muy mayoritaria en la construcción cuando se considera la primera parte de la crisis.

Cuadro 2. Evolución del empleo en España por ramas de actividad entre el III trimestre de 2007 y el III trimestre de 2008 (CNAE-1993) y entre el III trimestre de 2008 y el I trimestre de 2010 (CNAE-2009), miles de personas. Fuente: INE (EPA).

	Niveles (CNAE-1993)		Niveles (CNAE-2009)		Variación absoluta		Variación relativa	
	III-2007	III-2008	III-2008	I-2010	III-07/III-08	III-08/I-10	III-07/III-08	III-08/I-10
Agricultura	885	849	787	835	-37	48	-4,1	6,1
Ind. extractivas	172	167	250	239	-5	-10	-2,7	-4,2
Ind. manufactureras	3087	3061	2946	2361	-27	-585	-0,9	-19,9
Construcción	2718	2363	2413	1663	-354	-750	-13,0	-31,1
Serv. tradicionales	5905	5984	6301	5612	79	-689	1,3	-10,9
Serv. avanzados	2545	2607	2461	2279	62	-181	2,4	-7,4
Serv. públicos	3573	3687	3686	3925	114	239	3,2	6,5
Otros servicios	1626	1629	1504	1480	4	-24	0,2	-1,6
TOTAL	20511	20346	20346	18394	-164	-1953	-0,8	-9,6

Nota: "servicios tradicionales" incluye comercio, reparaciones, hostelería, transportes y comunicaciones; "servicios avanzados" incluye intermediación financiera, actividades inmobiliarias y de alquiler y servicios a empresas; "servicios públicos" incluye administración pública, educación, actividades sanitarias y organismos extraterritoriales; "otros servicios" incluye otras actividades sociales y hogares que emplean personal doméstico.

Los datos de la segunda parte del cuadro 2 permiten profundizar en la evolución de los acontecimientos a partir de mediados de 2008. En efecto, en la segunda parte de la crisis, la caída de la ocupación fue mucho más intensa que en todo el año anterior (y, además, se concentró en el otoño-invierno de 2008-2009). Pero aunque la construcción fue el sector que siguió predominando en explicarla (destruyó 750 mil empleos, un 31% de la ocupación que tenía en el tercer trimestre de 2008), otros sectores se unieron a la destrucción masiva de empleos: la industria cayó de forma intensa (pérdida de 585 mil empleos) e incluso los servicios (sobre todo comercio, hostelería y transportes) perdieron empleo (894 mil), si bien los servicios colectivos continuaron con la creación neta de puestos (239 mil).

Otra forma de aproximarse a la evolución desagregada del empleo es adoptar la perspectiva de las ocupaciones. A tal fin, en el cuadro 3 se ofrecen los resultados de ordenar las variaciones del empleo por ocupaciones para el período expansivo 1996-2007 y para el período recesivo 2007-2010. Sólo se presentan las diez ocupaciones que más crecieron y disminuyeron, respectivamente, en términos absolutos. Puede verse que seis de las ocupaciones que más crecieron durante la expansión y ocho de las que más se redujeron durante la recesión estaban asociadas directa o indirectamente al sector de la construcción, lo que abunda en el análisis realizado anteriormente.

Cuadro 3. Ocupaciones que más aumentaron su empleo en el período de expansión 1996-2007 y que más redujeron su empleo en el período de recesión 2007-2010, miles de personas. Fuente: INE (EPA).

OCUPACIONES QUE MÁS AUMENTARON EN 1996-2007	
91 Empleados domésticos y otro personal limpieza interior edificios	654
71 Trabajadores cualificados en obras estructurales de construcción y asimilados	531
34 Técnicos apoyo: en gestión administrativa	445
50 Trabajadores en servicios de restauración	426
51 Trabajadores en servicios personales	386
72 Trabajadores cualificados de acabado de construcciones y asimilados; pintores y otros	384
53 Dependientes de comercio y asimilados	381
33 Técnicos apoyo: en operaciones financieras y comerciales	342
30 Técnicos apoyo: en ciencias físicas, químicas e ingeniería	300
96 Peones de construcción	276
OCUPACIONES QUE MÁS DISMINUYERON EN 2007-2010	
71 Trabajadores cualificados en obras estructurales de construcción y asimilados	-453
96 Peones de construcción	-269
72 Trabajadores cualificados de acabado de construcciones y asimilados; pintores y otros	-226
50 Trabajadores en servicios de restauración	-191
91 Empleados domésticos y otro personal limpieza interior edificios	-121
83 Operadores de máquinas fijas	-98
75 Soldadores, chapistas, montadores de estruct. metal., herreros, elabor. de herram. y asim.	-93
44 Auxiliares administrativos (con tareas de atención al público) no clasificados anteriormente	-92
33 Técnicos apoyo: en operaciones financieras y comerciales	-88
76 Mecánicos y ajustadores maquinaria y equipos eléctricos y electrónicos	-87

Finalmente, también resulta de interés examinar la evolución del empleo según la situación profesional y el tipo de contrato. Esta información se ofrece en el cuadro 4. Puede observarse que en la primera etapa de la crisis actual la

destrucción neta del empleo se centra tanto en los empleadores sin asalariados o trabajadores independientes (autónomos), que pierden casi 100 mil efectivos, y en los asalariados, que pierden 124 mil. Sin embargo, dentro de este último colectivo, dicha pérdida obedece a una disminución mayor de los asalariados privados (182 mil) y, sobre todo, a una drástica reducción de los asalariados con contratos temporales (444 mil), mientras que los asalariados públicos y aquellos con contratos indefinidos aumentan. En la segunda etapa de la crisis, algunas de las pautas anteriores se acentúan: las pérdidas de empleo de los autónomos llegan a 239 mil y las de los trabajadores del sector privado casi a 1,6 millones. Además, la reducción del empleo asalariado, si bien se concentra en los trabajadores con contrato temporal (-1,2 millones), también alcanza a quienes tienen contrato indefinido (-269 mil).

Cuadro 4. Evolución del empleo en España por situación profesional y tipo de contrato entre el III trimestre de 2007 y el I trimestre de 2010, miles de personas. Fuente: INE (EPA).

	Niveles			Variación absoluta		Variación relativa	
	III-2007	III-2008	I-2010	III-07/ III-08	III-08/ I-10	III-07/ III-08	III-08/ I-10
SITUACIÓN PROFES.							
Cuenta propia: total	3633	3585	3131	-48	-454	-1,3	-12,7
Empleadores	1142	1182	1048	40	-134	3,5	-11,3
Autónomos	2213	2119	1880	-94	-239	-4,3	-11,3
Miembros cooperativas	73	64	33	-9	-32	-12,2	-49,1
Ayudas familiares	205	220	170	15	-50	7,3	-22,7
Asalariados: total	16870	16746	15253	-124	-1493	-0,7	-8,9
Asalariados públicos	2932	2990	3088	58	98	2,0	3,3
Asalariados privados	13938	13756	12165	-182	-1591	-1,3	-11,6
Total ocupados	20511	20346	18394	-164	-1952	-0,8	-9,6
TIPO DE CONTRATO							
Indefinidos	11481	11801	11533	320	-269	2,8	-2,3
Temporales	5389	4945	3721	-444	-1224	-8,2	-24,8
Total asalariados	16870	16746	15253	-124	-1493	-0,7	-8,9

En suma, la crisis de la economía y del empleo, cualesquiera que sean sus causas últimas, está muy ligada al hundimiento del sector de la construcción que se inició en la segunda mitad del año 2007 y se extendió a lo largo de los años 2008 y 2009, que arrastró a otros sectores tanto por la vía de la demanda específica de bienes, en el caso de los sectores vinculados a la construcción, como por la vía del descenso general de la demanda agregada que acompaña a cualquier caída de los ingresos como la que trajo consigo la fuerte destruc-

ción de empleo ocurrida en 2008-2009. Por tanto, parece que la construcción estuvo en el arranque de la recesión española pero su crisis acabó arrastrando al resto de la economía al tiempo que España sufría un intenso shock negativo adicional por los problemas del sistema financiero internacional. Esto último ha repercutido en generar una escasez de financiación de las empresas que extiende sus efectos negativos a todos los sectores.

3. LOS DESPIDOS

¿Afectan los costes de despido al volumen total de empleo y paro? Los modelos dinámicos de demanda de trabajo (Nickell, 1991) son claros: si se toma un periodo de tiempo lo bastante largo (con crisis y expansiones) el efecto sobre el volumen medio de empleo es nulo o muy pequeño. No obstante, este efecto nulo escondería unas variaciones del empleo a lo largo del tiempo bien diferentes: con costes de despido más bajos hay más transiciones entre empleo y desempleo (y viceversa) que con costes de despido más altos. En términos de desempleo, estas predicciones pueden reformularse como un efecto nulo o muy pequeño de los costes de despido sobre el volumen total de desempleo, pero un importante efecto sobre la composición del paro, de forma que habrá más paro de larga duración en economías con costes de despido relativamente más altos (debido al menor volumen de transiciones entre empleo y paro y viceversa).

En cuanto a la evidencia empírica internacional, aunque el trabajo clásico de Lazear (1990), usando datos de varios países, señalaba un impacto negativo sobre el volumen de empleo y positivo sobre el volumen de paro, dichos resultados no son la norma. Antes bien, el resultado más habitual es la ambigüedad del impacto sobre los volúmenes de empleo y paro[2]. La evidencia empírica ratifica la influencia de diferentes medidas de protección del empleo que podemos interpretar como distintos costes de ajuste, de forma que mayores (menores) costes de ajuste dan lugar a menor (mayor) movilidad entre diferentes situaciones. Así pues, la evidencia empírica está en línea con lo predicho por los modelos dinámicos de demanda de trabajo.

Como hemos visto en el apartado anterior, España ha sufrido (tanto en esta recesión como en la de los noventa) una fuerte variación negativa del empleo. ¿Significa esto que los costes de despido son relativamente bajos y por ello se produce una gran cantidad de transiciones del empleo al paro al producirse una crisis? Si uno atiende a las comparaciones internacionales existentes más bien parecería lo contrario[3], que España tiene unos costes de despido relativamente altos en comparación con otros países. La contradicción sólo es aparente: en

[2] Véase, por ejemplo, el resumen de Boeri y Van Ours, 2008, pág. 212.

[3] Por ejemplo, véanse los informes "Doing Business" que realiza anualmente el Banco Mundial (http://www.doingbusiness.org/).

España hay dos grupos de trabajadores con costes de salida de la empresa claramente distintos, los temporales y los indefinidos. En todos los países existen ambos tipos de contrato, pero en España la distancia entre los costes de salida de cada uno de ellos es más amplia que en otros países.

Si las crisis al fin y al cabo son malos momentos económicos, la indemnización más habitual con la que se despediría a los indefinidos sería 20 días de salario por año trabajado. En cuanto a los temporales, al finalizar su contrato se les pagaría la cantidad correspondiente (que sería de 8 ó 12 días). Aparentemente, el "escalón" entre ambos tipos de contrato estaría entre 12 y 8 días de salario por año trabajado. Sin embargo, lo que ha venido sucediendo habitualmente es que la práctica ha llevado a una distancia de 37 a 33 días, pues la indemnización más habitual con la que se han venido resolviendo los despidos de indefinidos ha sido la de 45 días de salario por año trabajado (correspondiente a la situación de improcedencia del despido). Es bien conocido el procedimiento del a veces denominado *despido exprés* al que ha dado pie la Ley 45/2002 (Malo y Toharia, 2008), pero este resultado indemnizatorio ya era lo habitual con anterioridad a dicha ley, si bien por caminos distintos como la anticipación de resultados judiciales adversos para la empresa que llevaban a pactos sobre todo en los servicios de mediación (Malo y Toharia, 1998). No repetiremos aquí los detalles de la Ley 45/2002, pero sí que hay que destacar que su aplicación ha conllevado que la indemnización de improcedencia (45 días de salario por año trabajado) haya sido la referencia para las empresas a la hora de tomar las decisiones sobre despido y que ha dado lugar a un proceso muy rápido (como máximo 48 horas) y sencillo (carta de despido, reconocimiento de improcedencia y depósito de la indemnización). Como se muestra en Malo y Toharia (2008) en torno a las tres cuartas partes de todos los despidos se han venido resolviendo por esta vía.

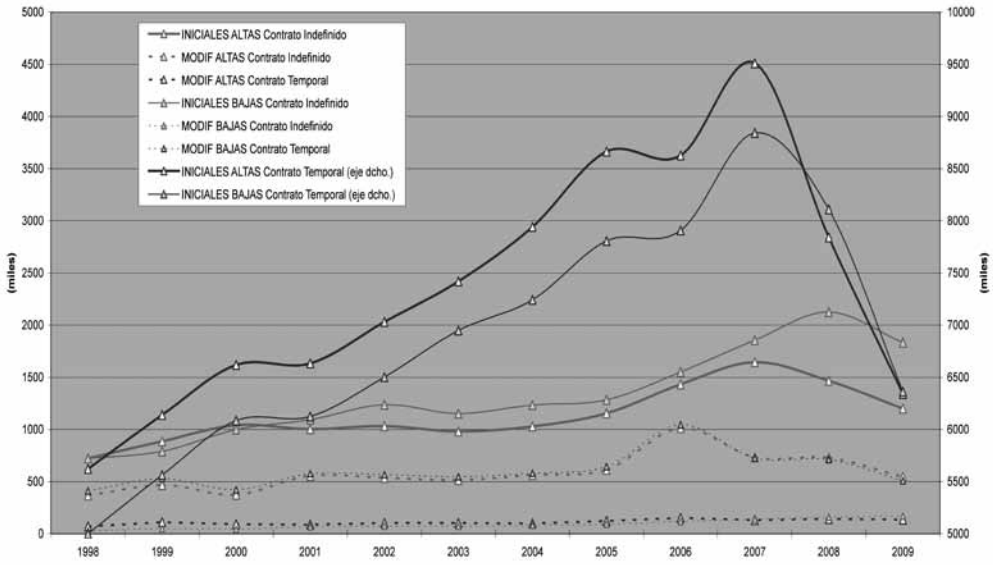
Por tanto, lo que ha creado la amplia diferencia en los costes de salida de la empresa entre temporales e indefinidos no es tanto la letra de la ley como la distorsión creada por el uso de la normativa, que ha hecho que la principal referencia para el despido de los indefinidos durante situaciones de crisis hay sido la indemnización de improcedencia (45 días), la cual más que dobla la correspondiente a un despido económico procedente (20 días).

Los datos muestran un impacto claro de esta diferencia en costes de despido sobre la dinámica de las entradas y salidas en el empleo. Los Gráficos 1 y 2 muestran las altas y bajas de contratos indefinidos y temporales en la economía privada no agraria[4].

[4] Los datos que se exponen a continuación en el resto de este apartado proceden de la Encuesta de Coyuntura Laboral (ECL), la cual es representativa de todos los centros de trabajo con al menos un trabajador. Usamos aquí esta base de datos porque permite ver los flujos brutos de entrada y salida por tipo de contrato exclusivamente en el sector privado, algo bastante difícil de apreciar de forma homogénea con otras bases de datos.

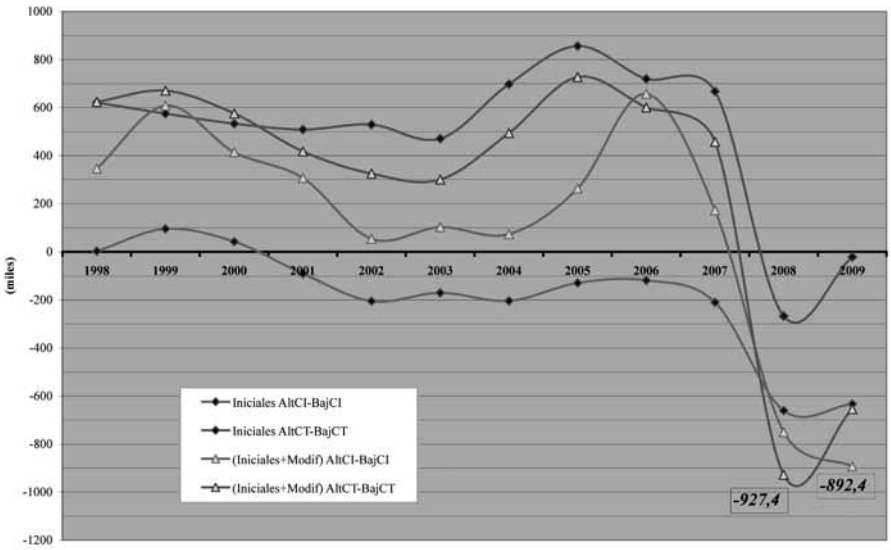
Debido a las reformas de 1997 y 2006 tendremos en cuenta en la movilidad las modificaciones de contratos temporales en indefinidos. En el Gráfico 1 se denominan como "iniciales" aquellos contratos que suponen un alta o una baja en la empresa, mientras que se denotan como "modificaciones" aquellas altas o bajas que proceden de otro contrato en la misma empresa[5]. En primer lugar, el Gráfico 1 permite apreciar el volumen tan grande que suponen las altas y bajas de temporales en comparación con las de los contratos indefinidos. Comparando las altas y bajas de contratos temporales "iniciales" se aprecia que durante la expansión hay una brecha más o menos constante entre ambas (alrededor de 500 mil contratos), que se expande en 2005 y después de 2007 se cierra con rapidez hasta casi anularse, disminuyendo tanto la cantidad de las altas como las bajas de contratos temporales iniciales, pero lógicamente más las altas: las altas de contratos temporales iniciales pasan del máximo de 9,5 millones en 2007 a casi 6,4 millones en 2009, mientras que las bajas de contratos temporales iniciales se mueven desde algo más de 8,8 millones a algo más de 6,3 millones.

Gráfico 1. Altas y bajas brutas por tipo de contrato en la economía privada no agraria (Encuesta de Coyuntura Laboral, 1998-2009).



[5] Puede entenderse que las altas y bajas "iniciales" dan cuenta de lo que suele ser la movilidad que se tiene en cuenta, mientras que las altas y bajas por "modificaciones" es una movilidad que podríamos denominar "jurídica", puesto que supone un cambio del tipo jurídico de la relación laboral que el trabajador mantiene con la empresa.

Gráfico 2. Saldos de altas y bajas brutas por tipo de contrato en la economía privada no agraria (Encuesta de Coyuntura Laboral, 1998-2009).



En cuanto a las altas y las bajas de los contratos indefinidos iniciales se aprecia que las bajas están por encima de las altas desde 2001. Al igual que antes, la entrada en la crisis se caracteriza por una caída de las altas, pero con unas bajas que permanecen en niveles relativamente altos. Si estas fueran las únicas altas y bajas de contratos indefinidos el stock de trabajadores con contrato indefinido en el sector privado no agrario habría disminuido, algo que no ha sucedido. La explicación está en las altas de contratos indefinidos por modificación de contrato, las cuales más que compensan hasta 2007 la diferencia negativa entre altas y bajas de contratos indefinidos iniciales. Por tanto, han sido esas conversiones de temporales en indefinidos (porque las bajas de contratos temporales por modificación de contrato casi coinciden con las altas de indefinidos por modificación) las que han sostenido el aumento del stock de indefinidos que se ha producido durante la última década.

El Gráfico 2 ayuda a completar esta perspectiva ofreciendo los saldos de altas y bajas brutas con y sin modificaciones de contrato. El saldo positivo de las altas y bajas totales de contratos indefinidos muestra de forma muy clara lo que sin duda es resultado de la reforma de 2006, una aportación positiva de más de 600 mil, dato que sólo puede compararse con el de 1999, cuando se alcanzó también un saldo positivo de 600 mil. Sólo en estos dos años el saldo positivo de las altas y bajas totales de indefinidos está en niveles semejantes al mismo saldo de contratos temporales. El Gráfico 2 también nos permite apreciar la profundidad de la destrucción de empleo neto indefinido en la economía

privada no agraria: el saldo de altas y bajas totales de contratos indefinidos alcanza su mínimo en 2009 con un valor de -892.400. La caída de este saldo es semejante a la de los temporales, si bien el mínimo para éstos se da un año antes, en 2008, y llega a -927.400.

Así pues, los temporales tienen unos saldos positivos de los flujos de altas y bajas totales sustancialmente más altos que los indefinidos durante las expansiones, como cabe esperar de sus menores costes de despido. Además, el saldo positivo de los flujos totales de los indefinidos se debe a la aportación que generan las conversiones de contratos. Pero al llegar la crisis la caída de los saldos de altas y bajas totales de temporales e indefinidos muestran una pauta muy semejante y unos valores también semejantes.

Esto último no encaja con el relato más sencillo de la dualidad según el cual los indefinidos tienen menor movilidad gracias a tener unos costes de despido más elevados que los de los temporales y que están protegidos gracias a la mayor movilidad de los temporales. Estos datos nos muestran que, efectivamente, en la expansión los mayores costes de despido de los indefinidos desaniman la contratación en comparación con los temporales: este es el impacto del escalón entre los 45 días de los indefinidos y los 8 ó 12 días de los temporales. Ahora bien, la semejanza de la caída del saldo de flujos brutos del Gráfico 2 al llegar la crisis, muestra que es fácil deshacerse de los temporales y también es fácil deshacerse de los indefinidos. En el caso de los temporales la facilidad está relacionada con el propio tipo de contrato. En el caso de los indefinidos, está relacionada con la facilidad en la tramitación de los despidos. Por tanto, en el caso español esta conjunción de diferentes costes de despido y el sistema de tramitación de los despidos da lugar a los dos peores resultados de ambas situaciones: desanimar la contratación indefinida en la expansión a favor de la temporal y facilitar el ajuste tanto de temporales como de indefinidos en la crisis.

Teniendo en cuenta lo anterior, los cambios introducidos en relación con los costes de despido por el Real Decreto-ley 10/2010 primero y por la Ley 35/2010 después atienden a la resolución de los problemas mencionados. Por un lado, la nueva redacción de la causa económica busca corregir la distorsión del sistema de despido para conseguir que sea la indemnización por despido económico procedente la nueva referencia del sistema. La elevación paulatina (un día por año) de los costes de fin de contrato de los temporales hasta 12 días de salario por año también va en la misma dirección de reducir el escalón con los costes de despido de los indefinidos. Al final del proceso (con un calendario temporal que permitiría la adaptación paulatina de los sectores más ligados al uso de la temporalidad) la diferencia en costes de salida por tipo de contrato

quedaría en 8 días[6]. Como es obvio, esta diferencia será relevante si la nueva redacción de la causa económica es efectiva. Si no es así, la diferencia será la misma que antes o la que se generaría en comparación con la indemnización de improcedencia de 33 días si el contrato de fomento efectivamente se generaliza[7].

Si la nueva definición de causa económica introducida ahora realmente va a permitir hacer despidos económicos cuando haya causa económica, eso significará que la indemnización normalmente pagada en despidos económicos será de 20 días de salario y éste no es un cambio en el margen; es decir, no afecta solamente a los nuevos entrantes en el mercado de trabajo, sino a todos desde el momento de su promulgación. Por tanto, este cambio puede tener efectos inmediatos en el funcionamiento del mercado de trabajo y en los incentivos para firmar contratos indefinidos en lugar de temporales. Al reducirse la diferencia de costes de salida (o incluso anularse cuando en el futuro se extienda el pago por parte del FOGASA de 8 días) no debería ser más una razón para fomentar el recurso a la temporalidad. La discontinuidad que restaría entre los costes de despido de ambos tipos de contrato consistiría en el coste burocrático de la tramitación del despido frente a la terminación del contrato temporal y el preaviso (que, además, se ha rebajado de un mes a 15 días, pues prácticamente nunca cumplía su función de preaviso sino que servía para añadir un mes de salario adicional al coste monetario del despido). En definitiva, un funcionamiento efectivo de la nueva redacción de la causa económica, complementado por los otros cambios mencionados, debería dar lugar a una mayor extensión del uso del contrato indefinido. Por tanto, aunque la indemnización habitual para los contratos indefinidos pase de 45 a 20, en realidad para todos los que tendrían un contrato indefinido en vez de uno temporal su indemnización sería de 20 en lugar de 8 (como sucede para los temporales antes del Real Decreto-ley 10/2010), además de contar con el compromiso inicial de estabilidad que supone la firma de un contrato indefinido frente a uno temporal (compromiso de estabilidad que tiene sentido en tanto en cuanto hay contratos temporales e indefinidos).

Es difícil dejar de insistir en que el eventual éxito de la vía elegida para combatir la dualidad depende en gran medida de que realmente la nueva redacción de la causa económica permita despedir a la empresa cuando haya

[6] Es más, con el desarrollo del FOGASA y del futuro fondo "a la austriaca", la diferencia en el momento del despido sería nula para los contratos indefinidos firmados tras la reforma (y siempre y cuando la nueva redacción de la causa económica sea efectiva).

[7] De nuevo, cuando el mecanismo del FOGASA y el futuro fondo de capitalización se apliquen a una cantidad sustancial de contratos (los cuales serían mayoritariamente de fomento), si no fuera efectiva la nueva redacción de la causa económica, la diferencia en los costes de salida en el mismo momento del despido sería de 13 días (indefinidos: 33-8=25 días; temporales=12 días).

causa económica. La redacción de la causa económica en la Ley 35/2010 dice que el despido ha de tener una justificación razonable. Esta frase parece querer limitar la forma en que el Real Decreto-ley 10/2010 recogía la doctrina del Tribunal Supremo al respecto según la cual el despido no debería ser considerado improcedente sólo porque fuera posible alguna otra opción de gestión empresarial o porque la empresa no esté en una situación desesperada[8]. Comparando ambas normas, parece que la intención final es la de dar lugar a una justificación menos laxa del despido económico (por la sustitución de la expresión "mínima razonabilidad" por la de "razonabilidad"). Ahora bien, la enumeración explícita de un conjunto de causas económicas que justifican el despido puede ir más bien en el sentido de evitar incertidumbre judicial en este tipo de despidos. Esas causas son la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos de la empresa. No obstante, estas causas parecen ser ejemplos explícitos de algo más amplio: situaciones económicas negativas que puedan afectar a la viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo. Por tanto, todo lo que no encaje en esos ejemplos que la ley menciona de forma explícita caería en el amplio y difuso terreno de las situaciones económicas negativas. Con todo, hay que reconocer que las causas económicas más habituales que pueden pensarse encajan en los ejemplos mencionados. Si se trata efectivamente de las más habituales, entonces se puede tener un efecto de disminuir la incertidumbre sobre el resultado judicial futuro al alegar esas causas. Esto conllevaría que en esos casos se pudiera pactar y resolver la extinción sin realizar todo el trámite judicial, aligerando así los costes burocráticos del despido, añadiendo certidumbre a la cuantía del coste del despido para la empresa y reduciendo la litigiosidad por una vía bien distinta a la de la Ley 45/2002 (que la redujo a través del despido exprés y su apoyo en la improcedencia del despido).

Ahora bien, tal vez lo más preocupante de la redacción de las causas económicas de la Ley 35/2010 (frente a la que había en el Real Decreto ley 10/2010) es que la definición parece aludir de nuevo al futuro (como sucedía con la redacción vigente desde la década de los noventa), pues se habla del impacto que dichas causas económicas han de tener sobre la viabilidad o su capacidad para mantener el volumen de empleo. Es muy difícil comprobar adecuadamente si la causa es procedente si hay que relacionarla con un resultado que es imposible de contrastar en el presente y sobre el cual, en el mejor

[8] Autores como Del Rey (2009) han venido proponiendo la inclusión del principio de la mínima razonabilidad de los despidos de una forma explícita en el Estatuto de los Trabajadores y en Malo et al. (2010) se relacionaba la posibilidad de incluir dicho principio con la conversión del despido económico procedente en la nueva referencia del sistema de despido y en una pieza clave de una reforma de calado de la legislación para reducir la dualidad y mejorar la eficiencia del mercado de trabajo español.

de los casos, sólo puede tenerse una conjetura basada en los datos presentes. Los "ejemplos explícitos" de causas proporcionados en la ley están referidos a situaciones presentes y no futuras, pero cabe la posibilidad que la aplicación de la norma vuelva a seguir la pauta de estimar la procedencia del despido en términos de su impacto futuro sobre la viabilidad algo que es muy difícil de valorar por mucha información de que se disponga. Esta es una puerta por la que puede volver a entrar toda la incertidumbre que la nueva redacción de la causa económica debería haber disipado.

Así pues, en todo caso, resultará esencial comprobar si efectivamente esta nueva redacción puede dar lugar a todos estos efectos a través de su impacto sobre los incentivos para un uso no distorsionado de la normativa sobre despidos.

Una cuestión importante es que el cambio de las causas económicas no sea en el margen junto con la extensión paulatina de la aplicabilidad del nuevo papel del FOGASA puede ayudar a alterar la actual tendencia a aplicar una regla LIFO en la salida de los trabajadores de las empresas. En este contexto, una regla LIFO significaría que se despide antes al menos antiguo, es decir, al que más recientemente ha entrado en la empresa. Esto sucederá no sólo porque hay temporales e indefinidos, sino por el incremento que se produzca en la indemnización por despido como consecuencia de la antigüedad. Una regla LIFO puede ser problemática porque puede dar lugar a que salga de la empresa el trabajador menos antiguo a pesar de ser más productivo por el mero hecho de tener una indemnización sustancialmente más baja por ser menos antiguo. Las actuales fórmulas en España suponen un incremento marginal lineal con la antigüedad, que es distinto en función de si el despido es procedente o improcedente. La regla LIFO es más probable que aparezca si lo normal es la improcedencia que si es la procedencia, pues en el primer caso el incremento marginal de la indemnización con la antigüedad es 45 días de salario (ó 33 en el caso de los contratos indefinidos de fomento) mientras que es de 20 días de salario en el segundo caso[9]. Los datos del Cuadro 5 muestran que efectivamente antes de la reforma debía de estar produciéndose una regla LIFO dentro del colectivo de los trabajadores indefinidos.

[9] Un hipotético sistema de indemnización por despido creciente con la antigüedad tendría un coste marginal no lineal en relación con la antigüedad, aumentando de forma más que proporcional al superar determinados umbrales de antigüedad. Esto haría permanecer un sistema LIFO ordenando los trabajadores indefinidos por escalones de antigüedad.

Cuadro 5. Antigüedad media (en años) de los despedidos en 2008 que tenían un contrato indefinido. Fuente: Muestra Continua de Vidas Laborales 2008.

Tipo de Contrato Indefinido		Media	Desv. Típica
Tiempo Completo	Ordinario	4,3	5,7
	Conversiones bonif.	2,7	1,5
	Minusválidos	3,2	3,4
	Minusválidos convers.	4,0	2,5
	Iniciales Reforma 97	1,9	2,9
	Conversiones no bonif.	1,9	1,4
Tiempo parcial	Ordinario	2,4	2,9
	Conversiones bonif.	2,8	1,5
	Minusválidos	1,3	1,2
	Minusválidos convers.	3,3	3,0
	Iniciales Ref97	1,0	1,4
	Conversiones no bonif.	1,8	1,3
Fijo discontinuo	Ordinario	0,3	0,5
	Conversiones bonif.	0,7	0,6
	Minusválidos	0,6	0,2
	Iniciales Ref97	0,3	0,3
	Conversiones no bonif.	0,6	0,5

El Cuadro 5 muestra que la antigüedad media más alta de los despedidos en 2008 corresponde a los que tenían un contrato indefinido ordinario a tiempo completo y alcanzaba los 4,3 años. Esto supone indemnizaciones en promedio de casi 7 meses de salario (suponiendo que en el despido se están pagando 45 días de salario por año de antigüedad). Los despedidos en el mismo año con contratos indefinidos (también a tiempo completo) de conversiones bonificadas tenían una antigüedad media de 2,7 años y los iniciales de fomento (a tiempo completo) 1,9 años. Las indemnizaciones correspondientes (bajo los mismos supuestos) serían 4 meses de salario y casi 3 meses, respectivamente.

Por supuesto, estas no son las indemnizaciones que percibiría un indefinido tomado al azar del stock total de indefinidos, pues la antigüedad media del total de indefinidos es más alta[10]. Esto significa que ha existido una fuerte tendencia a despedir a los indefinidos menos antiguos, porque era más barato

[10] De hecho, la antigüedad media de todos los asalariados en España en 2008 (según la Encuesta de Población Activa) es de 9 años.

despedirlos, aunque pudieran ser más productivos que los indefinidos más antiguos. Sólo cuando el diferencial de productividad sea muy amplio le compensaría a la empresa cambiar esta regla LIFO de despido entre indefinidos. Por tanto, no ha existido meramente una dualidad por tipo de contrato sino que la misma antigüedad dentro de las fórmulas de despido (muy relacionada con pagar 45 días de salario por cada año de antigüedad adicional en lugar de 20) ha venido creando dentro del grupo de los indefinidos un incentivo para aplicar un criterio LIFO que colabora en que los despidos no sean herramientas eficaces para mejorar la situación de la empresa.

Los cambios introducidos por la nueva reforma de la normativa pueden colocar en una situación más paritaria a todos los indefinidos entre sí y salvo que el diferencial de productividad fuera relativamente reducido, a la empresa le compensaría mantener al trabajador más productivo y despedir al menos productivo aunque éste fuera más antiguo. Esto llevaría a que el despido realmente fuera útil para mejorar la situación de la empresa incrementando la productividad media en la misma. Sin embargo, no debe desdeñarse que esto tiene un lado negativo en términos sociales: habrá más trabajadores menos productivos, menos cualificados (y presumiblemente mayores) perdiendo su empleo. Estos trabajadores suelen tener más problemas para volver a entrar en el mercado de trabajo, por lo que esta reforma debería estar acompañada de medidas complementarias que rebajaran el coste laboral de contratar a los trabajadores con menos cualificación (parcialmente tenido en cuenta con algunas de las bonificaciones a la contratación previstas) y que los cualificaran en nuevas habilidades (algo que debe hacerse a través de políticas activas, que sólo aparecen implícitamente en la reforma y que parece que serán objeto de atención por parte del gobierno en el futuro inmediato) .

Otro punto, acertado, de la nueva definición de la causa económica es que ahora es exactamente la misma para los despidos económicos objetivos y para los despidos colectivos. Las anteriores redacciones eran muy similares pero no iguales, lo cual ha dado lugar a algunas discusiones jurídicas que añadían incertidumbre al uso de las causas económicas y de los ERE (Expedientes de Regulación de Empleo).

Finalmente, y al hilo de lo anterior, hay que considerar que la salida de los indefinidos también puede hacerse a través de un despido colectivo. Su forma legal (los ERE) acumula diferentes disfuncionalidades que llevan a un uso tradicionalmente escaso. Por ejemplo, en Malo et al. (2010) se analizan en detalle los problemas de los ERE y diferentes propuestas detalladas para afrontarlos. Por razones de espacio, cabe resaltar la característica que más los singulariza en el entorno europeo: la autorización administrativa previa. Esa intervención administrativa da pie a que determinadas

reclamaciones (incluso de afectados individuales estando el ERE pactado con los representantes de los trabajadores) entren por la jurisdicción administrativa, con lo que es como si los ERE entraran en una especie de "túnel del tiempo" (Desdentado, 2007). Además, tras la resolución administrativa en ocasiones es necesario continuar con el caso en la jurisdicción laboral. Esto introduce una gran incertidumbre sobre esta vía de despido económico, de manera que las empresas evitan realizar un ERE siempre que pueden. La Ley 35/2010 introduce un cambio (o promesa de cambio a través de una disposición adicional) para que estos casos sólo tengan que pasar por la jurisdicción laboral y no por la administrativa, lo cual constituye una transformación que puede eliminar desincentivos importantes para que las empresas recurran a los ERE en lugar de a un "goteo" de despidos individuales a lo largo del tiempo.

En España (como en otros países europeos) las consultas se convierten en un proceso de negociación casi en exclusiva sobre las indemnizaciones que se van a pagar y sobre la cantidad de trabajadores afectados. La empresa realiza el ERE para superar una situación negativa y salir adelante. Esto significa que como las indemnizaciones se negocian y se pactan después de producirse un shock negativo, el despido colectivo se transforma en una negociación en la que los trabajadores tratan de obtener una compensación por ser ellos los afectados por esa medida que permitirá generar beneficios empresariales en el futuro. Pero esa compensación también tiene que ver con intentar compensar las eventuales pérdidas de ingresos que van a tener los despedidos. Así pues, la empresa se ve inmersa en la resolución de un problema de distribución de la renta en el peor momento posible: cuando está sometida a un shock negativo que la ha llevado a la necesidad de realizar un ERE. Esta situación es muy difícil de evitar siempre que las consultas se transformen en una negociación ex–post (respecto del shock negativo) sobre la cuantía de las indemnizaciones (Malo, 2001). Una forma de evitarlo consiste en que las indemnizaciones se fijen ex–ante (que es un componente básico del llamado sistema austriaco). En este sentido, la generalización futura del sistema de fondo podría (en algún grado) paliar este problema.

Por último, también la Ley 35/2010 ha supuesto un acortamiento de la tramitación de los ERE. Por un lado, todos los periodos que antes se consideraban mínimos pasan a ser máximos, lo cual puede acortar sensiblemente los periodos de consultas (algo que también se ha hecho con los periodos marcados para las modificaciones de las condiciones de trabajo). Por otro lado, en caso de acuerdo el tiempo para que la Administración dé la autorización baja de 15 a 7 días, a lo que se añade una nueva redacción que alude al plan social del ERE de una forma más clara como un instrumento para conseguir la recolocación de los despedidos.

4. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE REFORMA

4.1. Situación actual de la negociación colectiva en España

Las características de los convenios colectivos en España están relacionadas con los tres principios básicos de su regulación en el Estatuto de los Trabajadores: **a)** el carácter normativo o la fuerza vinculante de los convenios a los contratos individuales; **b)** la eficacia general automática, que significa la extensión a todas las empresas y trabajadores del ámbito correspondiente del convenio; y **c)** la ultraactividad, que supone la prórroga automática del contenido normativo de los convenios cuando finalice su período de vigencia hasta que se suscriba uno nuevo, salvo que se prevea lo contrario en el propio convenio. Además, en la redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores se añadía un principio adicional, el de la no concurrencia de convenios distintos en un mismo ámbito, salvo pacto en contrario. Ahora bien, este principio de la no concurrencia se ve alterado por la modificación introducida en la reforma laboral de 1994, según la cual un convenio de ámbito superior al de la empresa puede modificar otro de ámbito superior, salvo en determinadas materias[11].

La suma del carácter normativo y la eficacia general automática explica la elevada cobertura de los convenios colectivos españoles, es decir, el elevado porcentaje de empresas y trabajadores cubiertos por los convenios colectivos. En concreto, en relación con los trabajadores la tasa de cobertura mide el porcentaje de trabajadores potencialmente cubiertos (excluidos los funcionarios y los empleados de hogar) que realmente lo están. Utilizando las cifras de afiliaciones de asalariados a la Seguridad Social, la tasa de cobertura se situaría en torno al 80%, una de las más elevadas, pese a que España, con alrededor del 15%, es uno de los países con menor tasa de afiliación sindical del área de la citada organización.

Por otra parte, la ultraactividad supone que existe un número de convenios que han cumplido ya su periodo de vigencia pero que están prorrogados. Aunque no existe información alguna sobre esa cifra, que hay que añadir a los convenios vigentes, existen motivos para pensar que puede ser relativamente elevada. En cuanto a la posibilidad de concurrencia de más de un convenio dentro del mismo ámbito y a la posibilidad de que un convenio modifique lo pactado en uno de ámbito superior se plantea un problema importante para la consecución de una articulación adecuada entre esos convenios, es decir, en el reparto de competencias entre los distintos ámbitos funcionales y territoriales.

[11] Concretamente, se consideran materias no negociables en ámbitos inferiores las de período de prueba, las modalidades de contratación, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

Con los datos disponibles el número de convenios vigentes en 2007 y 2008 (los datos de 2009 todavía son muy provisionales) serían aproximadamente de 6.000, que afectarían a alrededor de un millón seiscientas mil empresas y casi doce millones de trabajadores. A estas cifras habría que añadir el número desconocido de convenios prorrogados.

De estas cifras se deduce que la ratio número de empresas/número de convenios, es inferior a 300 y que la ratio número de trabajadores/número de convenios es de alrededor de 7.000, cifras relativamente bajas que han llevado a plantear a los propios interlocutores sociales, por ejemplo, en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva (AINC) de 1997, la excesiva atomización de los convenios como uno de los problemas principales de la negociación colectiva española. Problema que parece que se plantea fundamentalmente en los convenios de empresa, que de un total de 6.000 ascienden a 4.500. Es más, si se utiliza la ratio número de trabajadores/número de convenios parece indicar una tendencia a incrementarse el grado de proliferación de los convenios de empresa y a disminuir el de los convenios de ámbito superior, ya que si para cada 10.000 trabajadores con convenio de empresa eran necesarios algo más de veinte convenios en 1983 y casi cuarenta en 2008, en el caso de los de ámbito superior esas cifras pasan en los últimos veinte años de menos de tres convenios a algo más de uno.

Por otra parte, el número de trabajadores por empresa con convenio se sitúa en ocho, una cifra muy reducida y sólo ligeramente superior a la de los convenios de ámbito superior, en torno a siete. Pero para los convenios de empresa esta ratio es muy superior, cercana a trescientos, aunque con una tendencia decreciente desde 1983. De estos datos se obtienen tres conclusiones: el reducido tamaño de las empresas con convenio, el mayor tamaño de las empresas con convenio propio que las empresas con convenio sectorial y la reducción del tamaño de las empresas con convenio de empresa en los últimos treinta años. El reducido tamaño de las empresas con convenio, especialmente de las que tienen convenio sectorial, es consecuencia clara del fragmentado tejido productivo español, en el que predominan las pequeñas y medianas empresas, y en el que, según la Estadística de Empresas Inscritas en los regímenes general y especial de la minería del carbón de la Seguridad Social, las empresas de menos de seis trabajadores son el 77% del total y las de menos de diez trabajadores el 87%.

Ya hemos señalado anteriormente que el problema de la proliferación de los convenios de empresa se concreta en que de los seis mil convenios vigentes, sin contar los prorrogados, 4.500 son convenios de empresa. Esto significa que más de las tres cuartas partes del total de convenios, el 77% son convenios de empresa, pero sólo cubren a una parte insignificante de las empresas con convenio, el 0,3%, y a una parte muy reducida de los trabajadores también con

convenio, en torno al 10%. En los últimos treinta años la evolución de estos porcentajes ha sido creciente en el de los convenios, constante en el de empresas y decreciente en el de trabajadores, debido esto último a que el tamaño medio de los convenios de empresa ha tendido a disminuir.

Como los convenios de grupo de empresa representan una parte poco relevante del número total de convenios, son los convenios sectoriales los que sirven de contrapeso a los convenios de empresa. Dentro de los convenios sectoriales, los predominantes son los provinciales con algo menos del 20% del total de convenios, que cubren a más de las dos terceras partes de las empresas con convenio y al 53-55% de los trabajadores con convenio. A los convenios sectoriales provinciales les siguen los nacionales, que, con apenas el 1,5% de los convenios cubren en torno al 25% de las empresas y los trabajadores con convenio. Por último, los convenios autonómicos, que representan prácticamente el mismo porcentaje en el total de convenios que los nacionales, el 1,5%, no llegan al 10% de las empresas y trabajadores con convenio.

Por lo tanto, en cuanto a los trabajadores afectados, la negociación colectiva española es predominantemente sectorial y, dentro de ella, principalmente provincial, siendo los convenios nacionales, el segundo tipo de convenios con mayor porcentaje de trabajadores. Este es un tipo de negociación colectiva intermedio, entre el más descentralizado, en el que la mayor incidencia en el número de trabajadores sería el de los convenios de empresa, y el más centralizado, en el que desempeñarían un papel mayor los acuerdos intersectoriales, que afectan a más de una rama de actividad. El carácter intermedio se refleja en la valoración de la negociación colectiva española de la OCDE, que le otorga el número tres, entre el mínimo de uno y el máximo de cinco. Igual valoración intermedia le otorga la OCDE a la negociación colectiva española en cuanto al grado de coordinación o nivel de consenso en cuanto a orientaciones y criterios de los convenios colectivos de los interlocutores sociales.

Otra característica de la negociación colectiva española es que el mayor peso del contenido de los convenios descansa en la fijación de los salarios y la jornada laboral, siendo todavía escaso el porcentaje de trabajadores afectados por otro tipo de cláusulas, y ello a pesar de la ampliación de las competencias de la negociación colectiva que supuso la reforma laboral de 1994 y, en menor medida, las reformas posteriores. Las cláusulas salariales, diferentes a la fijación cuantitativa del salario, como las de garantía salarial o salvaguarda, que prevén la revisión del salario cuando la inflación real supere a la prevista, las de estructura salarial, que establecen los distintos complementos salariales, y las de descuelgue salarial, que, en principio, eran, hasta la reforma laboral de junio de este año, de contenido mínimo y obligatorio en los convenios de ámbito supraempresarial, afectan en los últimos años cada una de ellas en torno al 70% de los trabajadores con convenio.

Aun así, la incidencia de las cláusulas de garantía salarial está condicionada por la existencia de desviaciones positivas entre la inflación final y la prevista, de modo que cuando esas desviaciones positivas desaparecen y se convierten en negativas, como ocurrió en los periodos 1996-1998 y 2008-2010, el porcentaje de trabajadores cubiertos por estas cláusulas tiende a reducirse, hasta porcentajes muy por debajo del citado 70%. A su vez, la importancia de las cláusulas relativas a la estructura salarial se ve limitada porque en muchos casos no introducen cambios notables en la naturaleza de las mismas, al mantener el sistema tradicional de complementos salariales vinculados a los grupos o categorías profesionales. Y, por su parte, las cláusulas de descuelgue salarial, que hasta la reciente reforma laboral debían ser de contenido mínimo en los convenios supraempresariales, no se generalizaron suficientemente, al existir un 25% de trabajadores con ese tipo de convenios no cubiertos por esas cláusulas y, además, cuando se incluían en muchos casos parece que tendían más a limitar el descuelgue de las empresas con dificultades económicas que a facilitarlo.

Además de esas cláusulas salariales, otras cubren a un elevado porcentaje de trabajadores, superior al 75%, como las que complementan las prestaciones sociales, las de salud y seguridad laboral y las de promoción y clasificación profesional de los trabajadores, y, aunque con menor incidencia, pero por encima del 50% de los trabajadores con convenio, las de formación profesional y las de no discriminación o promoción de la igualdad de sexos.

Pero otro tipo de cláusulas han tenido hasta ahora una incidencia escasa en relación con los trabajadores afectados, como es el caso de las relativas a la flexibilidad interna de las empresas, ya que, salvo las de distribución irregular de la jornada laboral a lo largo del año, que cubren a algo menos del 50% de los trabajadores, las demás afectan a muy pocos, como son las de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores, que apenas cubren cada una de ellas al 15% de los mismos, y, aunque, con algo más de incidencia, en torno al 20% de trabajadores, pero con tendencia decreciente, también destaca la escasa relevancia de los pluses de productividad, que limita la flexibilidad de los salarios en las empresas y facilita el predominio de la parte fija de los salarios.

4.2. La negociación colectiva y los salarios

Desde los Pactos de la Moncloa el modelo salarial de la negociación colectiva se ha basado en la inflación prevista y no en la pasada. Este modelo se ha concretado desde 2002 en los Acuerdos de Negociación Colectiva (ANC), vigentes hasta 2008, en los que se posibilita que los crecimientos salariales superen la previsión de la inflación si no agotan el crecimiento de la produc-

tividad por ocupado. Además, por si se incumple la previsión de inflación, y para evitar pérdidas relevantes del poder adquisitivo de los salarios, se preveía en los ANC la incorporación en los convenios colectivos de cláusulas de garantía o salvaguarda salarial. La caída de la inflación en 2008-2009 por debajo de la previsión de inflación provocó en el último año distintos planteamientos de sindicatos y patronal sobre los criterios de fijación de salarios y sobre la repercusión en los salarios pactados de las desviaciones negativas de inflación y no se suscribió para 2009 un nuevo ANC ni se prorrogó el anterior.

La evolución de los salarios pactados desde los Pactos de la Moncloa de 1978, de moderación con algún repunte, sobre todo en los primeros años de este siglo, es muy similar a la de la inflación. Esta evolución similar de los salarios pactados y la inflación puede verse reforzada por la importancia de las cláusulas de garantía o salvaguarda salarial que se activan cuando la inflación final supera la prevista. Por lo tanto, la incidencia de estas cláusulas, que implican que el crecimiento salarial finalmente pactado sea superior al inicialmente pactado, depende principalmente de la cuantía de la desviación de la inflación así como del porcentaje de trabajadores que tienen incorporadas esas cláusulas, que, a su vez, está influido por la importancia de esa desviación. También la incidencia de las cláusulas de garantía salarial está afectada por su naturaleza, ya que no todas tienen carácter retroactivo ni todas las cláusulas, aunque sean retroactivas, son plenamente operativas.[12]

Desde 1999 a 2007 la inflación final ha superado a la prevista, por lo que el impacto de las cláusulas de salvaguarda salarial ha sido positivo en esos años. En cambio, en 2008 y 2009 la inflación descendió y la inflación final fue inferior a la prevista, por lo que la incidencia de las cláusulas de garantía salarial ha sido nula en esos dos años y el crecimiento finalmente pactado igualó también en los dos años al inicialmente pactado.

La posible repercusión de las cláusulas de garantía salarial sobre la inflación, o más bien sobre la persistencia futura de la inflación, no es algo que pueda explicarse fácilmente por la dificultad para separar ese efecto de todos los demás, teniendo en cuenta, además, el objetivo de estas cláusulas, que es evitar la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores. En cualquier caso, conviene tener en cuenta los siguientes datos:

- La indiciación salarial o, lo que es lo mismo, el impacto de la inflación en las cláusulas de revisión salarial es sólo parcial, ya que la cuantía de ese impacto es siempre inferior a la cuantía de la desviación

[12] Las cláusulas de garantía salarial pueden ser muy diferentes. No siempre coincide con la diferencia entre la inflación final y la prevista, definiéndose a veces, por ejemplo, como la diferencia entre la inflación final y el crecimiento salarial inicialmente pactado: si la inflación final es inferior a ese crecimiento de los salarios, la cláusula no es operativa, aunque la inflación final haya superado a la prevista.

de la inflación (aproximadamente la mitad), porque no todos los trabajadores tienen incorporadas esas cláusulas y porque cuando las tienen no todas son retroactivas y, además, no todas las retroactivas son siempre plenamente operativas.

- El crecimiento inicialmente pactado en los convenios que incluyen cláusulas de salvaguarda salarial es sistemáticamente inferior al crecimiento de los convenios que no incluyen esas cláusulas, lo que significa que cuando la inflación baja y, sobre todo, cuando es menor que la prevista, las cláusulas de garantía salarial pueden desempeñar un papel moderador en la evolución salarial.
- Además, en los años de mayor impacto de las cláusulas de revisión salarial, 1998, 1989, 2000, 2002, 2004, 2005 y 2007 (en los que ese impacto fue, al menos, de seis décimas), salvo en dos (1988 y 2004), en todos los demás la inflación en el año siguiente disminuyó en vez de aumentar, como hubiera parecido que tenía que ocurrir si las cláusulas de garantía salarial fueran inflacionistas.

Asimismo, otras dos cuestiones controvertidas del modelo salarial de la negociación colectiva es la escasa dispersión salarial de los convenios pactados y la falta de flexibilidad salarial a la situación económica de las empresas y a la situación del conjunto de la economía, características que se suelen señalar como propias de un sistema de negociación colectiva intermedio, como el español. Las dos primeras críticas (escasa dispersión salarial y falta de flexibilidad a la situación de las empresas) parece que, en principio, podrían aminorarse por una mayor descentralización de los convenios colectivos, aunque ello estaría condicionado por la posibilidad real de esa mayor descentralización de la negociación colectiva a la que se aludirá posteriormente. Respecto de la otra cuestión, la de la falta de flexibilidad de los salarios a la situación económica, principalmente la evolución del PIB real (o en volumen), el empleo y el paro, conviene hacer algunas matizaciones. En este sentido, además de la relación estrecha entre inflación y salarios pactados, la evolución de esos salarios, sobre todo si se considera en términos reales, una vez deflactados por la inflación[13], parece sugerir que tienen una relación inversa no despreciable con la situación económica.

Así, desde los Pactos de la Moncloa, como se explica en Pérez Infante (2008)[14], en los años de recesión económica se suele producir una reducción de los salarios reales pactados, aunque con un cierto retraso temporal, como se aprecia en la actual crisis económica, de forma que en 2008 y 2009 el salario real ha seguido creciendo, aunque en 2010 la moderación del salario pactado

[13] En concreto, por el crecimiento interanual de diciembre de cada año del IPC.
[14] Páginas 70-72.

(el 1,3% con los convenios registrados hasta el 31 de mayo) ya está produciendo pérdidas en el poder adquisitivo de esos salarios. En cambio, en las fases expansivas, aunque también con un cierto retardo temporal, el salario real pactado suele aumentar, con alguna excepción, debido a que el repunte de la inflación no siempre se puede compensar por la aplicación de las cláusulas de salvaguarda salarial, ya que, como ya se ha señalado, en la mayoría de los años su impacto viene a ser la mitad de la desviación de la inflación.

El retardo temporal de la evolución de los salarios reales a los cambios en la situación económica está relacionado con la dificultad que plantea el que la negociación colectiva se ha podido iniciar cuando todavía no eran patentes esos cambios y, sobre todo, por la inercia de esa negociación que provoca la importancia creciente de los convenios plurianuales, actualmente casi las dos terceras partes del total, firmados en años en los que la situación económica era diferente a la del año actual. Esa inercia de la negociación colectiva es lo que ha podido ocurrir en 2008 y 2009 para explicar el mantenimiento del aumento de los salarios reales pactados, pese a la situación de acusada crisis económica, situación agravada por la falta de acuerdo entre los interlocutores sociales en cuanto a la orientación salarial en 2009, año en el que no estuvo vigente ningún ANC, como sí había ocurrido ininterrumpidamente entre 2002 y 2008. Como ya se ha señalado, en 2010 y, en cierta medida, como consecuencia de un nuevo acuerdo entre los interlocutores sociales, el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), que prevé un crecimiento salarial en los convenios en este año de hasta el 1%, el aumento salarial pactado inicialmente se aminora notablemente, hasta el 1,3% con los últimos datos disponibles.

4.3. Propuestas de reforma de la negociación colectiva y modificaciones del Real Decreto-ley de 16 de junio

Ante los problemas que plantea la negociación colectiva española, se han generalizado las propuestas para reformarla. Incluso el recientemente AENC, vigente para el período 2010-2012, plantea que a partir de la firma del acuerdo, el 9 de febrero, los interlocutores sociales iniciarán un proceso durante un período de seis meses de negociación bipartita de reforma de la negociación colectiva.

En este contexto, se ha generalizado entre los economistas y distintos organismos nacionales e internacionales la defensa de una mayor descentralización de la negociación colectiva. Ello se basa en los problemas que para la teoría económica plantea una negociación colectiva intermedia (menos flexible que la descentralizada en relación con la situación económica de las empresas y menos flexible que la más centralizada en relación con la situación del conjunto de la economía) y en la evidencia empírica que recogían distintos estudios y,

en particular, los de la OCDE hasta la década de los ochenta del pasado siglo de que los resultados económicos de los países con una negociación colectiva con un nivel de centralización intermedia, como era el caso español, eran más negativos que los de los países con grados de centralización extremos, muy bajos o muy altos, es decir, que la representación gráfica que relaciona la tasa de ocupación y el grado de centralización de la negociación colectiva era una curva en forma de U y que la que relaciona las tasas de inflación y paro con dicho grado de centralización era una curva en forma de campana o de U invertida**.**

Ahora bien, los estudios más recientes de la OCDE, los realizados con datos de la década de los noventa del siglo pasado y de la primera década del siglo actual, como los de OCDE (1997), (2004) y (2006), no confirman las relaciones anteriores, sobre todo, que los resultados económicos correspondientes a sistemas de negociación colectivas muy descentralizados sean mejores que los correspondientes a los sistemas de centralización intermedia. Así, según OCDE (1997)[15] "la tasa de ocupación ha disminuido más en los países que han tendido a reducir la centralización o la coordinación… que en los que no han adoptado esas medidas" y según OCDE (2006)[16] "la mayoría de los análisis de regresión basados en datos de varios países llegan a la conclusión de que un elevado grado de centralización y coordinación de la negociación colectiva va acompañada de un nivel más bajo de paro". Por otra parte, en OCDE (2009)[17] se relaciona la menor ampliación de las perturbaciones y la menor persistencia de las mismas con los sistemas más centralizados y coordinados de la negociación colectiva.

Aparte de que esa mayor descentralización provocará un incremento de la atomización de los convenios colectivos y de que no existe demasiada certeza de que una mayor descentralización de la negociación colectiva mejore los resultados de la economía española, se plantea la dificultad de llevarla a cabo en un contexto caracterizado por un tejido productivo muy fragmentado, en el que predominan las pequeñas y medianas empresas. En efecto, como ya se ha indicado, en España predominan las empresas muy pequeñas en las que la dependencia de los trabajadores respecto de los empresarios es muy grande y es muy difícil que pueda producirse una auténtica negociación colectiva. Ese problema es precisamente el que refleja la redacción del artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores que limita la representatividad de los trabajadores, y, por lo tanto, la legitimidad para negociar convenios colectivos, a las empresas o centros de trabajo de más de diez trabajadores o cuando cuenten entre seis y diez trabajadores si así lo deciden éstos por mayoría.

[15] Página 213.
[16] Página 129.
[17] Página 39.

Ante esta dificultad y como alternativa a la mayor descentralización de la negociación colectiva, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los países, salvo con algunas excepciones, como es el caso de España, como se muestra en OCDE (2004), el grado de coordinación es mayor que el de centralización, podría plantearse el aumento de esa coordinación, al mismo tiempo que se introducen mayores mecanismos de flexibilidad de las empresas en la aplicación de los convenios colectivos sectoriales cuando la situación económica de las mismas puede ser muy diferente.

La mayor coordinación de los convenios colectivos requeriría de acuerdos interconfederales de mayor contenido y compromisos que los ANC de 2002 a 2008 y que el actual AENC vigente para el período 2010-2012 en la línea del Acuerdo Interconfederal de la Negociación Colectiva (AINC) de 1997. Estos nuevos acuerdos deberían incluir compromisos claros y mecanismos suficientes para que esos compromisos puedan cumplirse y evitar, de esa forma, la falta de desarrollo y aplicación de los acuerdos, como así ocurrió en el citado AINC-1997. A su vez, deberían establecerse nuevos mecanismos para mejorar la articulación de los distintos convenios aplicables en el mismo ámbito, lo que, posiblemente, debiera conllevar la potenciación de los convenios sectoriales nacionales en detrimento de los provinciales y, en ausencia de recomendaciones concretas en los acuerdos interconfederales, el reparto en esos convenios nacionales de las competencias de los convenios de ámbito inferior, lo que podría entrañar la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores[18].

Ahora bien, junto a esa profundización en la coordinación y articulación de los convenios colectivos, parece imprescindible que las condiciones de trabajo, la jornada laboral y los salarios pactados en los convenios colectivos puedan adaptarse en mayor medida que en la actualidad a los cambios en la situación de la economía, tanto a nivel agregado como a nivel territorial, sectorial y de cada empresa en particular. Para ello podría ser conveniente:

- Favorecer plenamente el desarrollo y aplicación de las cláusulas de descuelgue salarial, es decir, de la no aplicación del régimen salarial pactado en el convenio supraempresarial en el caso de las empresas que se encuentren en una situación económica desfavorable, superando la situación actual en la que en muchas ocasiones el carácter de las cláusulas de salvaguarda de los convenios de ámbito superior al de la empresa ha sido limitar su desarrollo, en vez de favorecerlo.
- También habría que superar la situación actual en la que las cláusulas que establecen pluses de productividad tienen una importancia escasa y, además, decreciente, al cubrir apenas el 20% de los trabajadores con convenio, con el fin de favorecer y permitir una mayor adecuación de

[18] Que permite a los convenios de ámbito superior al de empresa modificar los convenios de ámbito superior.

los salarios a la productividad de las empresas y al rendimiento de los trabajadores y aumentar la parte variable de los salarios.

- Asimismo, sería necesario favorecer el mayor contenido de la negociación colectiva, sobre todo en materia de flexibilidad interna de las empresas y de modificación de las condiciones de trabajo, lo que, además, debiera suponer la modificación de algún artículo del Estatuto de los Trabajadores que en su redacción actual la obstaculiza más que la facilita, como el artículo 41. favoreciendo el descuelgue no sólo en materia salarial, sino también en otras materias no salariales como es el caso de la jornada laboral y otras condiciones de trabajo.

Por su parte, en el modelo salarial de los ANC vigentes de 2002 a 2008 existe un elemento que ha podido provocar importantes distorsiones. Este elemento es el de la previsión oficial con base en el objetivo del Banco Central Europeo para la zona del euro y no en la situación real de la economía española. Esta falta de adecuación de la previsión de la inflación (el 1,8% en 1999 y constante en el 2% desde 2000) a la situación de la economía española ha provocado importantes desviaciones de la inflación real respecto de la prevista, desde 1999 hasta 2007 positivas y en 2008 y 2009 negativas.

En este sentido, podría ser conveniente prescindir de una previsión que sistemáticamente se incumple, como de hecho se ha acordado en el AENC recientemente pactado, al establecer límites al crecimiento salarial sin referencia a alguna previsión de inflación (hasta el 1% en 2010, del 1% al 2% en 2011 y del 1,5% al 2,5% en 2012). Ahora bien, esto no significa que cara al futuro no sea conveniente una previsión de inflación que pueda realizar alguna institución no dependiente del gobierno y asumible por los interlocutores sociales.

En cuanto a la supresión de las cláusulas de salvaguarda salarial demandada por muchos economistas e instituciones económicas tanto nacionales como internacionales, hay que tener en cuenta que su finalidad es impedir la pérdida generalizada del poder adquisitivo de los salarios en los supuestos de incremento de la inflación y que la repercusión inflacionista de estas cláusulas tampoco parece muy contundente según los datos aportados en este artículo. Además, habría que considerar los posibles efectos de esa supresión ya que, además de la pérdida de poder adquisitivo de los salarios que ello provocaría si aumentara la inflación, podría facilitar la vuelta a los criterios anteriores a los Pactos de la Moncloa, la inflación pasada, si las reivindicaciones salariales intentaran compensar la pérdida del poder adquisitivo del año ya vencido. Aparte de que esas reivindicaciones pudieran también intentar contrarrestar la ausencia de cláusulas de garantía salarial pactando crecimientos salariales más elevados, como ya ocurre actualmente en los convenios que no tienen acordadas esas cláusulas que, normalmente, pactan crecimientos salariales iniciales superiores a los que se pactan en los convenios que sí las tienen acordadas.

En este contexto, la nueva Ley 35/2010, de 9 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo ha introducido algunos cambios importantes en relación con las propuestas realizadas en párrafos anteriores. En concreto, la nueva Ley, que, a su vez, ha modificado el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de igual título, ha cambiado el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, permitiendo más fácilmente que hasta ahora la modificación de las condiciones de trabajo, así como los artículos 82 y 85 del citado Estatuto en relación con las cláusulas de descuelgue salarial.

En relación con la inaplicación por las empresas en situación económica desfavorable del régimen salarial pactado en un convenio de ámbito superior, la reforma ha suprimido la obligación de que en los convenios de ámbito supraempresarial se incluyan cláusulas que establezcan las condiciones y los procedimientos para que las empresas puedan proceder al descuelgue. En cambio, ha establecido un nuevo modelo consistente en el acuerdo directo entre las empresas y los representantes de los trabajadores, sin que necesariamente esos acuerdos estén sometidos a las condiciones previstas en un convenio de ámbito superior.

Tanto en el caso de la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo como en el de la inaplicación del régimen salarial correspondiente, se establece la obligación de incluir como contenido mínimo de los convenios, cualquiera que sea su ámbito, los procedimientos para solventar las discrepancias que puedan surgir en la negociación de estas materias, adaptando esos procedimientos a los que se establezcan, también con carácter de contenido mínimo, en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

Igualmente, prevé la reforma, tanto en el caso de la modificación de las condiciones de trabajo como de las cláusulas de descuelgue, que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico puedan establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje en caso de falta de acuerdo. Ahora bien, la falta de ese compromiso previo podría condicionar enormemente la eficacia de la reforma en estas materias si los procedimientos de mediación establecidos por los interlocutores sociales no fueran los adecuados, como sería, probablemente, el caso de remitir a las comisiones paritarias de los convenios.

Por lo tanto, la nueva reforma laboral, aun con el problema de la incertidumbre que se plantea en el caso de desacuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, introduce cambios importantes en materia de descuelgue salarial de las empresas con dificultades económicas, es decir, de no aplicación en esos supuestos del régimen salarial acordado en el convenio de ámbito superior. También se introducen cambios que posibilitan en mucha mayor medida que hasta ahora el descuelgue de las empresas en materias no salariales, modificando las condiciones de trabajo establecidas en el convenio de ámbito

superior al de la empresa en aspectos relacionados con la flexibilidad interna de las empresas, como la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y los sistemas de remuneración y de trabajo y rendimiento.

Asimismo en materia de negociación colectiva la nueva ley prevé que el Gobierno promoverá las modificaciones legislativas que sean necesarias para adaptar la actual regulación a los cambios acordados en el proceso de negociación bipartita, entre organizaciones sindicales y patronales, que, según el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012, debería haber finalizado el pasado 9 de agosto. Ahora bien, en el caso de que no se alcance ese acuerdo bipartito, en el plazo de seis meses, desde la entrada en vigor de la nueva Ley, y previa consulta con los interlocutores sociales, el Gobierno deberá abordar esa reforma de la negociación colectiva, incluyendo, entre otros, los mecanismos de articulación de los convenios de distinto ámbito.

5. CONCLUSIONES

En este artículo nos hemos centrado en estudiar los dos puntos que consideramos cruciales de la reforma introducida por la Ley 35/2010: los despidos y la negociación colectiva. El primer punto se ha visto afectado sobre todo a través de una nueva redacción de la causa económica del despido. El segundo estableciendo un mecanismo de arbitraje para solucionar el bloqueo de los desacuerdos en torno al descuelgue salarial y en medidas para regular las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Nuestro planteamiento muestra que ambas medidas están bien encaminadas, en el sentido de encajar en una estrategia para reducir la dualidad y poner las bases para que ante una futura expansión se incentive más la creación de empleo indefinido. Al mismo tiempo se trata, en lo esencial, de cambios que no se producen en el margen y, por tanto, pueden empezar a tener efectos desde el momento de su puesta en marcha.

Ahora bien, ambas medidas corren el riesgo de no tener los efectos positivos mencionados. En cuanto a la nueva redacción de la causa económica, su capacidad para influir en la reducción de la dualidad depende crucialmente de que contribuya a aumentar la certidumbre sobre los resultados judiciales procedentes en caso de despido por causa económica. Saber si la nueva de redacción es efectiva pasa, pues, por un uso de esta nueva normativa que confirme con el paso del tiempo que realmente vamos a tener muchos más despidos económicos procedentes en épocas de crisis de los que hemos tenido hasta ahora.

En cuanto al nuevo mecanismo de arbitraje para facilitar el descuelgue corre el riesgo de no ser operativo. Al tratarse de una reforma laboral que ha

nacido con desacuerdo previo de los agentes sociales podría suceder como con la reforma laboral de 1994 (también nacida tras un desacuerdo): los acuerdos de la negociación colectiva podrían de hecho "expulsar" la posibilidad de realizar un arbitraje, ya que el sometimiento al mismo es voluntario. Así pues, los sindicatos podrían ser proclives a hacer otro tipo de concesiones con tal de no incluir la posibilidad de arbitraje en caso de desacuerdo sobre un eventual descuelgue salarial. El resultado sería que permanecería el mecanismo de las comisiones paritarias, el cual ha mostrado su incapacidad para resolver el bloqueo en caso de desacuerdo sobre el descuelgue salarial. Solucionar esta cuestión conllevaría cambios adicionales que deberían ir en la línea de crear un marco que facilite los ajustes salariales y horarios para desincentivar el ajuste en términos de personas, lo cual sirve para que las empresas no tengan incentivos para mantener una plantilla de temporales para lograr flexibilidad y que el despido no sea el único recurso para responder a malas situaciones económicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Boeri, T. y Van Ours, J. J. (2008): "The Economics of Imperfect Labor Markets", MIT Press.
- Del Rey Guanter, S. 2009 "Reflexiones en torno a la posible adaptación del marco regulatorio del mercado de trabajo y de las relaciones laborales", capítulo 5 V. Gómez (ed.), La reforma laboral en España, Editorial Biblioteca Nueva – Fundación Ortega y Gasset, Madrid.
- Desdentado, A. 2007 "La crisis de la regulación de empleo: el efecto destructor del tiempo", La Ley, 8 de octubre de 2007.
- Lazear, E. (1990): "Job security provisions and unemployment", Quarterly Journal of Economics, vol. 105, nº 3, págs. 699-726.
- Malo, M.A. (2001): "European Labour Law and Severance Pay Determination in Collective Redundancies", European Journal of Law and Economics, 12(1), págs. 73-90.
- Malo, M.A. y L. Toharia (1999): Costes de despido y creación de empleo, Ministerio de Trabajo, Servicio de Publicaciones, Madrid.
- Malo, M.A. y L. Toharia (2008): "La reforma de los despidos de 2002", Revista del Ministerio de Trabajo, nº 76, págs. 111-128.
- Malo, M.A., García Serrano, C. y Pérez Infante, J.I. 2010 "Para una reforma laboral negociada", Relaciones Laborales nº 9 año XXVI, mayo, págs. 139-163.
- Nickell, S. (1991): "Modelos dinámicos de la demanda de trabajo", capítulo 9 de O. C. Ashenfelter y R. Layard (comps.), "Manual de Economía del

Trabajo", vol. I, pp. 609-665.
- OCDE (1997): "Perspectivas de empleo, 1997", capítulo titulado "Los resultados económicos y la estructura de la negociación colectiva". Traducido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.
- OCDE (2004): "Perspectivas de empleo, 2004", capítulo titulado "La fijación de los salarios: aspectos institucionales y resultados". Traducido por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid.
- OCDE (2006): "Perspectivas de empleo, 2006", capítulo titulado "Medidas generales para mejorar las oportunidades para todos". Traducido por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid.
- OCDE (2009): "Perspectivas de empleo, 2009", capítulo titulado "La crisis del empleo: ¿cuáles son las consecuencias para la política de empleo y para la política social?. Traducido por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid.
- Pérez Infante, José Ignacio (2008): "Negociación colectiva y salarios. Aspectos metodológicos. Evolución y situación actual". Arxius nº 18/junio. Número monográfico sobre "Relaciones Laborales en España. Problemas y retos".

LAS ACTUACIONES PARA REDUCIR LA TEMPORALIDAD EN LOS CONTRATOS LABORALES

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València – Estudi General

EXTRACTO **Palabras Clave: Contrato de trabajo, temporalidad**

En el presente artículo se analizan las medidas introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en materia de contratación temporal, especialmente las contempladas en su art. 1. Así, se analiza el establecimiento de un plazo máximo para el contrato temporal para la realización de obra o servicio determinado, plazo que se concreta en tres años, ampliables hasta doce meses más mediante negociación colectiva sectorial. Se analiza también la nueva regulación del encadenamiento o sucesión de contratos temporales con el mismo trabajador, especialmente en cuanto a las novedades que se introducen permitiendo que se contemple toda la cadena, aunque se trate de atender diferentes tareas, y matizando la exigencia precedente de que esos contratos fuesen con el mismo empresario para incorporar los supuestos de grupos de empresas y los fenómenos de sucesión y subrogación empresarial. Finalmente, se analiza la elevación de la indemnización por cese o finalización de contratos temporales hasta la cuantía de doce días de salario por año, si bien sujeta a una amplia transitoriedad.

Todas estas medidas se abordan conjuntamente con las disposiciones transitorias y, además, a título introductorio, se exponen unas breves consideraciones sobre la necesidad de una reforma laboral que afectase a aspectos clave de la contratación temporal y la relación que tienen esas medidas con la intención de incrementar la flexibilidad interna en las empresas y favorecer, así, que en situaciones de crisis, los ajustes de empleo no se expresen en forma de eliminación de contratos temporales o reducciones de plantilla, sino mediante otras fórmulas que defiendan mejor el empleo.

ABSTRACT **Key Words: Reduction of temporal contracts**

In the present article we analyze the measures implemented by the Law35/2010 of September 17th, about the urgent measures implemented in the labour market as regards temporal jobs, especially we focus on the Art 1. We analyze how long does it take to find a temporal job to perform a work or services, the time frame is three years, and it could be extended twelve months more depending on the specific collective agreement per sector. We analyze, as well, the new regulation about the contract succession or when there's one contract after another for the same worker, especially when the worker is hired for performing certain tasks of the same work-chain. And that those contracts are not signed by the same employer but by other companies that are merged or acquired by other firms and so on.

Finally we analyze the finalization of the temporal contract compensation up to twelve more days of the salary per worked year, while being quite transitorily.

All these measures are analyzed as a whole, including midway dispositions and as an introduction to the topic, we espouse, briefly, some considerations about the need for a labour reform that affects key aspects of the temporal hiring and point out that the measures shall increase private sector's internal flexibility. In a crisis context, foster in this sense, employment adjustments that do not lead directly to reduce the employment or the elimination of temporal conditions, but given that case, that other type of measures are taken that protect the employment itself.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 87-122

ÍNDICE

1. Introducción
2. La necesidad de una reforma laboral
3. Las medidas laborales razonables
4. Las medidas que se han adoptado en materia de contratación temporal
   4.1. El establecimiento de una duración máxima para el contrato de obra o servicio determinado
   4.2. Los cambios en la regulación del encadenamiento contractual
   4.3. La elevación de la indemnización por la extinción de los contratos temporales
5. Una valoración sobre las medidas adoptadas

1. INTRODUCCIÓN

En la exposición de motivos o preámbulo de La Ley, igual que en el del precedente Real Decreto-Ley 10/2010, se señala como uno de los elementos negativos de nuestras relaciones laborales el exceso de temporalidad existente en la contratación laboral y los efectos dualizadores que ello produce en nuestro mercado laboral, fijándose como uno de los objetivos de la reforma promover la estabilidad en el empleo, lo que se vincula a incrementar la flexibilidad interna en las empresas, incrementando así la creación de empleo estable y de calidad.

En esa dirección se apunta, específicamente en materia de contratación laboral, la necesidad de restringir el uso injustificado de la contratación temporal favoreciendo una utilización más extensa de la indefinida.

Esos son los objetivos de la reforma en materia de contratación y de ellos me corresponde analizar el primero de los citados, esto es, las medidas destinadas a restringir el uso injustificado de la contratación temporal.

Ahora bien, dicho análisis no se puede hacer si previamente no se ha establecido un diagnóstico que estudie las causas de la crisis, los componentes laborales que puedan estar presentes en la misma y se detenga, siquiera muy brevemente, en el contenido deseable de una reforma en la materia; solamente después pueden analizarse las medidas introducidas, estudiar su razonabilidad y atisbar sus posibles consecuencias.

2. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LABORAL

En la actual crisis se han venido oyendo con reiteración voces que proclamaban la necesidad de una reforma laboral, si bien no todas coincidían en las soluciones propuestas y, de hecho, tras la reciente actuación legislativa se sigue reclamando una reforma laboral más importante.

En general se sostiene la necesidad de esta reforma ante la pérdida de competitividad de nuestra economía, ante los elementos de lo que se denominan "rigideces" en nuestra legislación laboral y ante la dualización existente entre trabajadores temporales e indefinidos.

En muchos casos estos debates enlazan con otros que han sido tradicionales en nuestra doctrina laboralista, que sistemáticamente ha defendido la necesidad de potenciar la flexibilidad interna en la empresa, frente a las alternativas de flexibilización de la entrada y salida de la empresa.

La realidad es que una reforma laboral, especialmente en las direcciones propuestas, lleva a reflexionar un poco más detenidamente y esa reflexión pasa en primer lugar por cuestionarse si esta crisis puede solucionarse con medidas laborales.

Para responder a la pregunta sobre el papel que una reforma laboral podría jugar en esta crisis, habría que determinar en primer lugar si estamos ante una crisis producida por la regulación laboral. Mi respuesta es evidente: no.

Creo que es bastante claro que la crisis es mundial y se produce por diversos factores, entre los que pueden resaltarse los siguientes: un colapso del sistema financiero derivado de unas prácticas especulativas incontroladas; una caída del consumo estimulada además por la restricción del crédito, el temor al futuro y la reducción de las inversiones públicas al tener que destinar ingentes fondos a paliar la crisis en el sistema financiero y, en su caso, sus consecuencias sociales.

En España, además, se ha unido a todo lo anterior el estallido de la burbuja inmobiliaria y la existencia de un modelo productivo que tiene todavía un importante componente de sectores como la construcción y el turismo y de industrias de mano de obra intensiva (más vulnerables ante la competencia internacional), del automóvil (en procesos crecientes de desinversión y consiguiente deslocalización) y una gran escasez de industrias de alta tecnología. En los factores de deslocalización incide el hecho de que la crisis se produce poco después de los momentos de expansión de la Unión Europea hacia nuevos territorios y de incorporación de Estados con costes salariales inferiores, además de los acuerdos preferenciales de comercio con Estados próximos geográficamente (Marruecos) o que han solicitado la adhesión a la UE (Turquía). Es evidente que el trabajo en ellos tiene un coste muy inferior.

Por otro lado, en España, la crisis, junto a esos componentes específicos que no conviene despreciar y que pueden tener importancia para analizar la necesidad o no de una reforma laboral, pone de relieve otro elemento que debe tenerse muy presente.

En efecto, nuestro modelo productivo está basado en pequeñas empresas

Según datos del INE de diciembre de 2009, en atención al directorio de empresas tenemos 3.335.000 empresarios (por cierto el número de empresarios ha crecido en 20.000 sobre el año 2007)[1].

[1] Datos del INE, Directorio central de empresas http://www.ine.es.

En lo sucesivo se utilizarán datos que se pueden obtener en las estadísticas del INE, de la Seguridad Social, del MTIN, del Hispabarómetro (Fundación 1º de Mayo) y de EUROSTAT y en ocasiones se han realizado elaboraciones comparando los respectivos datos, a los que me remito, procuraré en cada caso indicar la fuente de origen.

Si atendemos a los datos del INE y los cruzamos con la información estadística de la Tesorería General de la Seguridad Social, podemos extraer conclusiones.

De ese total de empresarios más de la mitad no cuentan con asalariados, no son, pues, empleadores, aunque potencialmente lo podrían ser.

Del 1.600.000 de empleadores, como cotizantes a la Seguridad Social en el régimen general y del carbón aparecen 1.264.689, dato que, por cierto, nos podría dar un volumen aproximado de la incidencia de la economía sumergida o informal.

Los datos de la Encuesta de Población Activa (dato anual 2008) son ligeramente diferentes; la EPA solamente refleja 1.165.000 empleadores, si bien indica un número muy superior de empresarios sin asalariados 2.152.000 y un total de ocupados no asalariados de 3.564.000 personas, bastante coincidente con el de empresarios, incluidos los autónomos, que antes se ofreció.

Bien, dando por buenos esos datos porque en sentido aproximativo lo son, podemos seguir extrayendo conclusiones.

De ese algo menos de 1.600.000 empresarios: Más de 919.000 tienen 1 ó 2 trabajadores (704.052, según datos de la Seguridad Social). Más de 332.000 tienen de 3 a 5 trabajadores (274.446 según datos de la Seguridad Social), y más de 151.000 tienen de 6 a 9 trabajadores (117.311 según la Seguridad Social).

Por el contrario, registrados en la Seguridad Social con más de 49 trabajadores hay escasamente 28.000 empleadores, pero en todo caso se trata de empresas, no de centros de trabajo, pues algunas de esas empresas tienen centros de trabajo de muy escasas dimensiones, aunque otras cuentan con varios o muchos centros de trabajo que superan ese número de trabajadores.

Resulta así que en nuestro sistema productivo predomina la pequeña empresa, incluso la microempresa, muy dependiente del crédito y, además, se detecta un cierto volumen de economía sumergida, en torno al 20%. Incluso la mayor parte del empleo puede estar en esas pequeñas y microempresas; el porcentaje de personas ocupadas como autónomos sin trabajadores y asalariados en empresas de menos de 50 trabajadores asciende a más de 7.000.000 de trabajadores y el de empleados en empresas de más de 50 trabajadores a una cifra ligeramente superior, aproximadamente unos 7.500.000 empleados, aunque la VI Encuesta nacional sobre condiciones de trabajo[2] refleja algo más de 8.000.000 de trabajadores en empresas de hasta 49 trabajadores y algo menos de 7.000.000 en las que superan esta cifra.

Todo este conjunto de circunstancias hace, sin duda, que nuestra crisis ten-

[2] Como se sabe esta encuesta se realiza por el INSHT a efectos de valorar la situación preventiva, pero puede suministrar datos muy precisos sobre el número de trabajadores de cada centro de trabajo, pues lógicamente la situación preventiva tiene en cuenta ese elemento.

ga componentes específicos derivados del modelo productivo, del alto endeudamiento privado, de la caída del consumo y del marco de pequeña empresa y microempresa que domina en nuestro sistema.

La crisis no deriva, pues, de problemas laborales o en la regulación de esta materia. Para entenderlo basta pensar en que afecta a muy diversas realidades nacionales, con regulaciones laborales bien diferentes y, por lo que hace a España, no han existido cambios sustanciales en el ordenamiento laboral vigente en momentos de expansión y no es creíble que la misma regulación laboral que no impidió la expansión sea ahora la causante de la crisis. Por ello las medidas laborales pueden ayudar muy indirectamente o, todo lo más, servir para corregir efectos a los que luego me referiré, porque ciertamente, aunque la crisis no tiene origen laboral ni puede resolverse con medidas de este tipo, no es menos cierto que laboralmente la crisis está repercutiendo y están padeciendo sus consecuencias, especialmente, los trabajadores temporales y de ciertos sectores en los que el desempleo ha crecido considerablemente.

En todo caso, si planteamos la adopción de medidas laborales, habría que cuestionarse a quién van destinadas esas medidas, porque posiblemente las dirigidas a los autónomos y a las pequeñas empresas no sean las mismas que deberían destinarse a la mediana y gran empresa.

Por otro lado, algunos de los elementos que se han utilizado para justificar la necesidad de reformas en el ámbito laboral no son tan objetivos como pudiera pensarse.

En efecto, nuestra caída de productividad se debe, en buena medida a la incorporación de nuevos Estados a la Unión Europea, porque con los anteriores miembros, con la UE15, nuestra productividad, o ha crecido, o no presenta grandes diferencias.

Lo mismo ocurre si analizamos el coste del trabajo[3]. En 2006 (último dato global comparativo) en UE27, el coste medio global era de 2.450,2 euros mes (en UE15 el año anterior ya era de 3.466,1 euros). En España en 2007 era de 2.283,8 euros (otras fuentes sitúan el coste en diciembre de 2009 en 2.649,13 euros), por debajo de la media UE y muy alejado de otros países de la UE15 con costes cercanos o superiores a los 4000 euros/mes, pero claro, muy por encima de la media de los nuevos miembros de la UE27 (Eslovaquia tenía en esas fechas un coste salarial medio de 842,3 euros; Hungría de 1104,3; Polonia de 983,2, etc.).

Los datos miden el coste del trabajo y por tanto incorporan todos los factores que influyen en el mismo, pero la conclusión es evidente, es más barato, bastante más, trabajar en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea;

[3] Fuente Eurostat 2010 (período 2000-2007; en algunos de estos datos se omiten los sectores de agricultura, pesca y hogar familiar).

lógicamente muchas de las nuevas inversiones se dirigen hacia ellos y las empresas en las que es fácil la deslocalización y en las que el factor del coste del trabajo es un factor importante en el precio final del producto, tienden a desinvertir para instalarse en esos nuevos marcos territoriales.

No obstante es cierto que en España el coste por hora ha crecido un 2,5 (el salarial 2,7%) en pleno 2009, es decir por encima del IPC y en momentos de crisis, lo que ciertamente no parece lo más lógico.

Nuestra jornada laboral está en la media europea. En 2009, la media de la UE27[4] es de 41,7 horas semanales; la media de la UE15, es de 41,7 y la media de España, exactamente lo mismo, 41,7.

Las cotizaciones a la Seguridad Social de nuestros empleadores no son mucho más elevadas que la media europea, pero, sobre todo, quedan compensadas en el conjunto de la fiscalidad. La media europea en cuanto a cotización (UE 27)[5] se sitúa en el 11% sobre PIB, mientras que en España llega al 12,2%, pero ese dato, como he dicho, es inseparable de la fiscalidad global sobre PIB (incluidas cotizaciones), pues existen Estados en los que las prestaciones sociales se financian por vía fiscal. Si establecemos esa media[6], la europea se sitúa en el 37,5 del PIB, mientras que en España es sólo del 37,1, aunque es cierto que ha crecido del 33,6 en 1999, al 37,1 en 2009, esto es, 3,5 puntos en 10 años.

Se podrían suministrar muchos datos adicionales, prácticamente todos en la misma dirección. Si los analizamos desapasionadamente puede concluirse que, efectivamente, ha habido una cierta pérdida de competitividad, menor en todo caso de la que se afirma, pero que deriva, esencialmente, de aspectos no derivados de la regulación laboral, como: nuestra estructura empresarial, en la que predomina la microempresa y la pequeña empresa; un modelo productivo basado en sectores de escaso valor añadido; un IPC que ha estado por encima de la media europea[7] y, sobre todo, un proceso de ampliación de la UE a otros Estados con costes laborales menores.

No parece, pues, que para superar la crisis recuperando la competitividad el protagonismo lo tengan las medidas estrictamente laborales, salvo que se quiera directamente reducir nuestro coste salarial para rebajar el diferencial que tenemos con los nuevos estados miembros de la UE, algo que es defendible pero entonces, claro, lo que se plantea es una reforma laboral en clave de seria regresión de los derechos laborales y de incremento del beneficio empre-

[4] Fuente Eurostat 2010 (datos del 2009 referentes al tercer trimestre del mismo).

[5] Fuente Comisión Europea 2009 (disponible en Hispabarómetro).

[6] Fuente Comisión Europea 2009 (disponible en Hispabarómetro).

[7] Desde 2002 hasta 2008, no en 2009. Durante bastantes de esos años el diferencial con la media de la UE27 ha sido de un punto o más, en 2007 y 2008, ha sido de un 0,4%. Fuente Eurostat 2009.

sarial, es decir, se cuestiona el reparto de rentas en la sociedad. Por eso, como dije, el papel razonable de una reforma laboral es bastante modesto siempre y cuando no se solucionen los restantes factores que han determinado la aparición y persistencia de la crisis.

3. LAS MEDIDAS LABORALES RAZONABLES

Llegados a este extremo cabe plantearse si, pese a todo, se puede justificar el inmovilismo en el ámbito laboral. Pues bien, no creo que pueda prescindirse de alguna medida laboral porque a lo dicho hay que unir otras realidades que evidencian que, con crisis o sin ella, nuestra regulación laboral tiene algún problema y que esos problemas pueden haber contribuido a una destrucción excesiva del empleo y haberse agravado por el impacto laboral de la crisis; buena parte de esos problemas radican, precisamente, en la contratación laboral.

Cabe repasar, pues, algunos factores sobre los que el ordenamiento laboral sí que podría incidir.

El primero, que ya mencioné, es que en un contexto de fuerte destrucción de empleo y crisis económica, los costes salariales han crecido por encima del IPC, lo que no parece lo más lógico.

Por otro lado, existe una real dualización, segmentación, del mercado laboral, que aunque no se produce solamente entre fijos y temporales, porque inciden otros elementos (sexo, edad, nacionalidad, etc.), presenta un aspecto esencial en cuanto a la diferenciación en orden a la estabilidad de la relación laboral.

Los datos de finales del 2009 de la EPA[8] revelan que existen 15.492.600 asalariados, de los que 11.606.400 tienen contratos indefinidos y 3.886.200 temporales. La tasa de temporalidad alcanza el 25,08%, muy alta aunque ha decrecido desde el 34% que llegó a representar en 2006.

La elevada tasa de temporalidad no es razonable pues fomenta la desvinculación con la empresa, hace que no se invierta en formación de trabajadores cuya estabilidad en la empresa es incierta o inexistente porque se sabe que su estancia, su permanencia en la misma, va a ser corta. De este modo se crean trabajadores precarios, se recarga el coste de la protección social, se dificulta la actuación sindical – no ya la reivindicativa, sino la más directa de interlocución y gestión – y además se producen efectos discriminatorios porque la temporalidad parece recaer más sobre jóvenes, mujeres e inmigrantes (por ejemplo según los datos que se acaban de citar el porcentaje de temporalidad es más alto entre las mujeres, alcanzando el 27,9 en 2009).

[8] Ver datos del 4º trimestre de 2009, en el Instituto Nacional de Estadística. Cuadros estadísticos (anexo tablas) y nota de prensa sobre Encuesta de población Activa del 4º trimestre del indicado año.

Pero es que, además, hay una amplia rotación de trabajadores temporales[9]. En 2008 se hicieron más de 14.000.000 de contratos de duración temporal y en 2009 – en plena crisis – unos 13.000.000.

Por otro lado, el acceso de los jóvenes al mercado no está resultando fácil y existen amplios fenómenos de sobrecualificación en relación con el trabajo desempeñado.

Existe, también, un excesivo recurso a la subcontratación, un abuso de las medidas de descentralización productiva, lo que en su momento motivó regulaciones restrictivas en el sector de la construcción.

Es posible que estos datos no supongan una diferencia tan grande como la que revela la comparación estadística con las cifras de algunos Estados europeos, pues, como se ha expuesto[10], en algunos sistemas de relaciones laborales la duración indefinida del contrato no va necesariamente unida a la estabilidad real de la relación laboral, como consecuencia de limitaciones en la aplicación de la protección frente al despido en atención a la dimensión de la empresa o a la duración de la relación laboral, pero aunque eso relativice algo las cifras, la tasa de temporalidad es exagerada, más aún si se atiende a la limitación legal que existe para la contratación temporal conforme al art. 15 del ET y, sobre todo, si se anuda a la exagerada rotación y encadenamiento en la temporalidad que evidencia que los contratos temporales se realizan por duraciones muy cortas y muy alejadas de las necesidades productivas reales[11].

No es extraño, pues, que legalmente se determine como un objetivo esencial de las actuales medidas de reforma la reducción de las tasas de temporalidad, pero este objetivo no es nuevo; por ejemplo estuvo ya presente en el proceso de diálogo que condujo a la reforma de 2006 y en otras precedentes.

El exceso de temporalidad y de rotación y encadenamiento de de contratos en nuestro sistema de relaciones laborales produce, como avancé, numerosos efectos perniciosos no sólo laborales, desde problemas en la acción sindical, en la vida familiar, en la competencia razonable entre empresas, en la estabilidad emocional y social de las personas trabajadoras, hasta problemas de gasto público por la sobrecarga que implican para el sistema público de protección frente al desempleo.

[9] Ver tablas sobre movimiento laboral registrado, incluyendo series 1997-2008, en Instituto Nacional de Estadística, en concreto contratos registrados por modalidad.

[10] Al respecto, Pedrajas Moreno, A., Sala Franco, T. y Valdés Dal-Ré, F. *La Reforma Laboral 2006*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 46, aunque señalando que aún con esta matiz nuestra tasa de temporalidad es exagerada y superior a la del conjunto de Europa.

[11] Al respecto son reveladores y a ellos me remito los datos que aporta Liceras Ruiz, D., elaborados por el Gabinete Técnico Confederal de CC.OO., y que figuran en "Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo", en *Revista de Derecho Social*, número 34, 2006, pp. 228 a 230. También sobre la consideración de la duración artificialmente reducida de los contratos temporales, por todos, Escudero Rodríguez, R. "El AIEE y su traslación legislativa: significación general y condicionantes específicos" en AA.VV. *Las Reformas Laborales de 1997*, Aranzadi, Madrid, 1998, p. 2.

No es, pues, raro que se considere nociva esa situación, más aún si la misma profundiza en una dualización social que se viene detectando, no ya en los términos tradicionales de segregación laboral de la mujer, de los empleados del sector servicios y de ciertas zonas geográficas, a los que afecta más la tasa de temporalidad, lo que ya es especialmente preocupante[12], sino en la perspectiva novedosa que presenta la situación de los inmigrantes, sobre los que recae modernamente la mayor incidencia de temporalidad[13].

Las explicaciones para esta elevada tasa de temporalidad son muchas y muy diversas, habiendo sido abordadas en extenso en el Informe del Comité de expertos para el diálogo social, que con el título de *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, se dio a conocer en Enero de 2005. En todo caso conviene detenerse algo al respecto pues posiblemente la explicación de esta alta tasa de temporalidad sea compleja.

Sin duda influye en el elevado número de contrataciones temporales el sistema productivo, que se centra en sectores de alta estacionalidad y poca estabilidad económica, de utilización intensiva de trabajo y escasa productividad y cualificación (sector servicios, especialmente vinculado al turismo y construcción)[14]; pero que influya no quiere decir que lo justifique.

Se ha expuesto que también puede estar en el origen de esa elevada tasa de contratación temporal, reconociendo en todo caso su uso desviado, el temor a los costes del despido, muy elevados, para estas opiniones, en relación con la media europea, lo que ha llevado a proponer un acercamiento entre los costes de la finalización del empleo precario y los de la extinción del empleo estable, reduciendo estos últimos[15], posición que se ha criticado por otras opiniones[16], y que también reaparece, de algún modo, en las actuales medidas de reforma.

[12] Sobre el efecto de dualización en estos ámbitos véase Escudero Rodríguez, R. "El AIEE y su traslación legislativa: significación general y condicionantes específicos" op. cit., p. 21.

[13] Al respecto, Liceras Ruiz, D. en "Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo", op. cit. p. 223.

[14] Al respecto son numerosas las opiniones. Por citar algunas, véase Cruz Villalón, J. "La Reforma Laboral de 2006 en el marco de la concertación social", en AA.VV. (Cruz Villalón, J. coordinador) *La Reforma Laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 29; y Liceras Ruiz, D. "Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo", op. cit., pp. 222 y 223.

[15] Al respecto, por ejemplo, De la Villa Gil, L.E. "Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 11, 2006, pp. 2 y 3, aunque matizando mucho la propuesta.

[16] Liceras Ruiz, D. en "Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo", op. cit. pp. 219 y 220. En el fondo como ya expuso Alarcón Caracuel, M. R. "El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido" en AA.VV. *Las Reformas Laborales de 1997*, op. cit. p. 61, la vía de abaratar el coste del despido, matizadamente utilizada en la reforma de 1997, tiene evidentes límites, pues al final no se apreciaría la diferencia entre un contrato precario y un contrato indefinido con escasa o nula protección frente a la extinción.

Bien, aún reconociendo que la estructura productiva puede explicar parte de la tasa de temporalidad y que el temor, en todo caso exagerado, a los costes del despido puede explicar algún comportamiento empresarial, lo cierto es que una parte considerable de la tasa de temporalidad sólo se explica por un uso desviado de las posibilidades legales de contratación temporal[17], fundado directa o indirectamente en prácticas fraudulentas, pues desde el análisis jurídico los efectos deben ser los mismos cuando el empleador acude directamente a un uso fraudulento por voluntad de no cumplir la ley, como cuando acude a ese uso fraudulento por una cierta cultura de la precariedad, que le lleva a considerar indeseable el empleo fijo y mucho más flexible y acomodaticio a sus poderes el empleo temporal y precario o, simplemente, como medio de conseguir una amplia flexibilidad de salida, de cese del trabajador.

Esta exagerada utilización de los contratos temporales está, pues, en el origen de la reforma laboral del año 2010, como lo estuvo en otras muchas precedentes, por ejemplo la del 2006, e incluso prácticamente en todas las que desde 1997 se han efectuado.

Los resultados de ese exceso de temporalidad son desoladores. En efecto, el conjunto de elementos descritos: temporalidad excesiva, alta rotación de trabajadores temporales, excesivo recurso a la descentralización, provoca que en momentos de crisis, como el presente, los empleadores privilegien el ajuste mediante reducciones de plantilla, antes que otras medidas de defensa del empleo.

Con una estructura de contratación como la que se ha descrito, resulta muy fácil reducir el número de empleados: eliminación de contratos temporales y eliminación de contratas, todo ello con un coste muy pequeño o inexistente. La caída en el porcentaje de empleo temporal sobre el total evidencia que esa ha sido la principal vía de ajuste y adaptación a la crisis que han utilizado los empleadores.

En consecuencia se acude menos a otras medidas más "conservadoras": reducción de jornada, descuelgue salarial, que además, en general, se valoran como más rígidas y difíciles.

Los datos demuestran que el mayor número de ceses se han producido por estas vías y de ahí la caída de la tasa de temporalidad; frente a ellas, sólo se han acogido 429.000 trabajadores en 2009 (de 486.000 del total afectados por ERES) a expediente "conservadores del empleo", aunque la mayor parte a medidas de suspensión (409.000) y no a reducciones de jornada.

En general, podría concluirse que en momentos de crisis y de un volumen de desempleo como el que tiene España, hay que potenciar aquellas vías que

[17] Por todos, Tascón López, R. "Reformas en materia de contratación temporal", en AA.VV. (Domínguez Fernández, J.J. director y coordinador), *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006*, Laborum, Murcia, 2006, pp. 79 y 80.

privilegian los mecanismos de adaptación y conservación del empleo frente a los mecanismos extintivos.

En ese sentido es lugar común señalar que hay que incrementar la flexibilidad interna para reducir la flexibilidad de salida. Pero claro, este objetivo es utópico cuando el empleador tiene vías mucho más fáciles de ajuste mediante la reducción directa de plantilla. La amplia flexibilidad de entrada, que permite un uso y abuso excesivo de la contratación temporal, y la permisividad sobre la utilización de la subcontratación, son los mayores enemigos del uso de las medidas de adaptación, de flexibilidad interna, de reparto del trabajo como medio más razonable de afrontar las bajadas de actividad productiva.

Hay que empezar a considerar que sin actuaciones que penalicen, dificulten e incluso restrinjan abiertamente el recurso a la contratación temporal y a la subcontratación de obras y servicios, las crisis seguirán solventándose en nuestro sistema mediante ajustes directos de plantilla, esencialmente mediante el cese de contratos temporales, la eliminación de subcontratas e incluso el despido con reconocimiento directo de la improcedencia de trabajadores de escasa antigüedad y que por lo tanto, una vez eliminados los salarios de tramitación, reciben indemnizaciones de cuantía escasa por lo que su despido es, en términos absolutos, "barato", lo que explica también el abundante recurso a esta fórmula permitida por el art. 56.2 ET para ajustar las plantillas en detrimento de las medidas de restructuración mediante los despidos económicos colectivos o individuales (arts. 51 y 52 y 53 ET).

Sorprende en este sentido que dicha vía no sólo no se dificulte en la reforma aprobada sino que se generalice.

Es más, una actuación que penalice el recurso excesivo a la contratación temporal se hace cada vez más necesaria si se aprecia que ese exceso de temporalidad conlleva efectos precarizadores en otras muchas condiciones de trabajo, por no citar la situación de seguridad y salud laboral. Por ejemplo, en la encuesta de estructura salarial, conforme a los datos de 2006 (publicados en noviembre de 2008[18]) la ganancia media de un trabajador fijo era de 21.690 euros; la de un trabajador temporal era solamente de 14.624 euros.

Puede verse, así, que la contratación temporal se utiliza como vía de precarización y para reducir el diferencial salarial que tenemos frente a otros Estados, especialmente en determinadas actividades. Esa vía es socialmente injusta y discriminatoria porque al recaer sobre los contratados temporales, afecta en mayor medida a mujeres, jóvenes e inmigrantes, contribuyendo así a incrementar la segmentación de los trabajadores.

Es urgente, pues, actuar sobre la contratación temporal para reducir esa dualización y fomentar un empleo más estable, un empleo que potencie una

[18] Ver tablas estadísticas y nota de prensa de 5 de noviembre de 2008 en Instituto Nacional de Estadística (Encuesta de estructura salarial 2006, resultados definitivos).

mayor vinculación a la empresa, mejore la formación de los trabajadores y, en su caso, permita diluir los efectos de posibles ajustes entre todos los empleados no haciéndolos recaer especialmente sobre los temporales o, en su caso, sobre los que prestan servicios para empresas contratistas y subcontratistas. Claro es que esto, la reducción de la dualización, no puede hacerse a costa de precarizar a todos los trabajadores, ni tampoco a costa de reducir la protección a extremos que harían irreconocible el ordenamiento laboral, al menos, en su dimensión tuitiva.

La reforma de la contratación laboral aparece, así, como imprescindible para evitar la segmentación laboral y social y para favorecer ajustes más razonables frente a la crisis. Si se evita ese recurso abusivo a la contratación temporal y a la externalización, muchos empleadores volverán la vista hacia los elementos de flexibilidad que existen en la ley y en muchos convenios (por ejemplo reglas sobre bolsas de horas y distribución flexible de la jornada), o llevarán a las mesas de negociación sus planteamientos en la materia, hoy bastante olvidados porque sustituyen esa flexibilidad interna por la de entrada y salida.

En resumen, el marco de reformas razonable es, en mi opinión, el que se debería centrar en realizar reformas legales para reducir la contratación temporal y la subcontratación directa e indirecta (con especial atención a la limitación de las empresas multiservicios) y para fomentar medidas laborales defensivas ante la crisis (reducción de jornada) y, simultáneamente, para prestar mayor atención a la negociación colectiva, permitiendo mejorar su estructura y articulación para que sea un instrumento eficaz para gestionar las medidas de flexibilidad que puedan ser razonables en cada ámbito, en cada sector.

Es cierto que sin un cambio del modelo productivo será difícil evitar efectos acordeón en el empleo y fomentar el crecimiento de un empleo de mayor calidad, en un marco de empresas más dinámicas y flexibles, pero ese conjunto de medidas podrían tener un cierto efecto para evitar mayor destrucción de empleo y, sobre todo, para contribuir a que en crisis futuras los ajustes en la producción, en la actividad empresarial, se realicen de un modo distinto evitándose una destrucción masiva de empleo como la que se ha producido en esta crisis.

4. LAS MEDIDAS QUE SE HAN ADOPTADO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

Las medidas en materia de contratación tienen sentido en el marco de un conjunto más general, pero no me corresponde a mí ocuparme de todo lo que se ha hecho, y ni siquiera criticar aquello que en otros ámbitos se podía haber introducido y no se ha contemplado en las reformas aprobadas.

Por eso, tras reiterar la necesidad de un análisis de conjunto y recordar que el objetivo deseable de las medidas en materia de contratación no es otro que el de fomentar un empleo más estable, me centraré en las que se han adoptado sobre la contratación temporal. En este sentido creo que son tres las medidas que se han introducido, concretamente las siguientes:

1ª) El establecimiento de una duración máxima para el contrato de obra o servicio.

2ª) Ciertos cambios en la regulación del encadenamiento de contratos con un mismo trabajador.

3ª) La elevación de la cuantía de las indemnizaciones por cese como consecuencia de la finalización de contratos temporales.

La regulación de estas medidas se contiene en el art. 1 del citado Real Decreto-Ley y en las Disposiciones adicional primera y transitorias primera y segunda de la misma norma. Seguidamente analizaré cada una de estas tres medidas.

4.1. El establecimiento de una duración máxima para el contrato de obra o servicio determinado

La Ley que se analiza en su art. 1, reforma la letra a) del apartado 1 del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.

La reforma afecta al contrato para obra o servicio determinado, pero es una reforma limitada.

En efecto, se mantiene el concepto y regulación esencial de dicho contrato, concebido en principio como de duración limitada aunque incierta y, por tanto, al margen del plazo máximo al que se aludirá, el establecimiento de cualquier límite temporal se ha entendido como orientativo pues realmente este contrato vincula su duración a la de la obra o servicio que va a atender el trabajador.

El contrato sigue vinculado a la existencia de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y en general, salvo en el plazo máximo para su duración, mantiene toda la restante regulación que se derivaba del art. 15.1.a) del ET, desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, especialmente el art. 2 y todas las disposiciones comunes contenidas en los arts. 5 y siguientes del citado Real Decreto.

Como se verá, también la indemnización por fin de contrato ha experimentado un incremento cuantitativo, aunque de efectos diferidos, pero en todo lo demás se mantiene la regulación precedente y, por ello, es también de plena aplicación la jurisprudencia que se produjo al amparo de la misma, a la que me

remito[19] y que, como se sabe, extendió el ámbito de aplicación de este contrato para permitirlo, entre otros supuestos, cuando una empresa atendía una contrata o subcontrata.

Pese a que el contrato se mantiene como un contrato vinculado a la realización de una obra o servicio determinado, en la actualidad se establece un límite temporal máximo para su duración. Este límite temporal se establece en tres años, ampliables hasta doce meses más mediante convenio sectorial estatal o, en su defecto, convenio sectorial de ámbito inferior.

En definitiva, ahora, estas contrataciones tendrán una duración máxima de tres años, ampliables hasta cuatro por convenio sectorial, incluso en el ámbito del empleo público.

Superado ese plazo el trabajador adquirirá la condición de indefinido o, en el ámbito público, quedará en esa especial situación de indefinido pero no fijo de creación jurisprudencial pero que ha encontrado respaldo legal, todo ello conforme a las reformas introducidas por el citado art. 1 de la Ley, que se concretan en la materia en la modificación del art. 15.1.a) del ET y en la introducción en el mismo ET de una nueva redacción de la Disposición adicional decimoquinta, que es la que aborda los efectos en el empleo público.

El análisis del supuesto requiere prestar atención, según mi opinión, a los siguientes aspectos:

1º) El ámbito de aplicación de la medida, esto es, determinar los contratos que quedan afectados por el plazo máximo porque, como se verá, existen algunas salvedades.

2º) Establecer el papel que se reserva a la negociación colectiva de cada ámbito.

3º) Delimitar la forma en que se producen los efectos derivados de la superación del plazo máximo establecido y el tratamiento a dar a las posibles maniobras que tiendan a eludir su aplicación.

El análisis de estos tres aspectos revela cuanto sigue.

1º) El ámbito de aplicación de la medida.

Como ya dije, la norma tiene una aplicación con algunos límites, pues, al margen de lo que posteriormente diré en materia de Administraciones Públicas, el máximo que se establece solamente se aplica a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de la Ley, aunque en realidad como en lo esencial la limitación del plazo se contemplaba ya en el Real Decreto-Ley 10/2010, la

[19] Dos estudios recientes que pueden consultarse, entre otros, son Gualda Alcalá, F.J. *La causa del contrato de obra o servicio determinado: caracterización legal y práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2010 y López Balaguer, M. y López Terrada, E. "Supuestos legales de contratación temporal", en AA.VV. (Goerlich Peset, J. Mª, coordinador) *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2010, especialmente pp. 151 a 185.

medida se aplica a todos los que se suscribieron a partir de la entrada en vigor del mismo, esto es, a los suscritos a partir del 18 de junio de 2010, todo ello conforme a la Disposición transitoria primera de la Ley y, para el período anterior, del Real Decreto-Ley.

En consecuencia, las primeras transformaciones en indefinidos de los posibles contratados que superen el indicado plazo máximo se demorarán hasta mediados del año 2013.

Incluso, como se dijo, el plazo máximo puede ampliarse mediante la negociación colectiva sectorial hasta un año más.

Además, esta duración máxima no afecta a las posibles regulaciones que estén vigentes en convenios sectoriales, no sólo los estatales como se decía en el Real Decreto-Ley pues ahora la Ley alude en general a todos los convenios sectoriales. Tampoco a lo que pudiera pactarse en el ámbito de la construcción, al amparo de la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, todo ello conforme a la Disposición adicional primera de la Ley, que tampoco condiciona ya la pervivencia de las actuales regulaciones convencionales a que se hayan utilizado fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores.

Obsérvese que lo que se respeta, al margen del supuesto específico de la construcción, según los términos literales de la citada disposición es "lo establecido actualmente".

Por tanto se salvan las regulaciones vigentes en el momento de entrada en vigor de la Ley. Las posteriores regulaciones convencionales parece que deberán ajustarse ya a las disposiciones legales, remitiéndome, pues, a lo que más adelante diré acerca del papel reservado a la negociación colectiva.

Por otro lado, se salva lo actualmente vigente pero también "lo que se establezca", es decir las regulaciones futuras que se adopten al amparo de la mencionada Ley 32/2006 en materia de contrato fijo de obra y ello tanto en materia de duración, como de reglas sobre encadenamiento contractual e indemnización por cese.

En la Disposición adicional tercera de la citada ley se dispone que con el objetivo de mejorar la calidad de empleo en las obras de construcción y, con ello, la situación de seguridad y salud laboral, la negociación colectiva sectorial estatal podrá adaptar la regulación legal de este contrato, el de obra o servicio determinado, mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores en términos análogos a los actualmente establecidos.

Con esa regulación se alude al contrato para varias obras que en la actualidad aparece regulado en el IV Convenio General del Sector de la Construcción, vigente para el período 2007 a 2011, concretamente en el art. 20 del citado

convenio y que aparecía ya en convenios precedentes. En el citado precepto, concretamente en el apartado 3, se admite un contrato para varias obras en una misma provincia, sin perder la condición de fijo de obra y con una duración máxima de tres años, aunque puede prolongarse hasta que finalicen los trabajos de la especialidad correspondiente en la última de las obras contratadas. En estos contratos y en general en todos los fijos de obra del sector (art. 20.6 del Convenio) la indemnización aplicable es del 7% de todos los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato, lo que en muchos casos puede ser considerablemente superior a la indemnización legal aplicable a la que luego me referiré.

Este contrato, cuya legalidad fue admitida por la jurisprudencia[20] y posteriormente por la citada ley, se reafirma ahora manteniendo esta solución que se considera que atribuye una mayor estabilidad a los trabajadores que la que podría desprenderse de la aplicación de las disposiciones legales, porque nada obligaría, por ejemplo, a que el mismo trabajador fuese contratado para las diversas obras.

De las limitaciones aplicativas la más conflictiva es la que determina la aplicación solamente a los nuevos contratos lo que puede privar de parte de su eficacia a estas medidas porque existen contratos de larga duración, por ejemplo los contratos por obra o servicio determinado vinculados a la contrata, que perviven hasta la finalización de ésta y, por tanto, no es normal que se suscriban muchos nuevos contratos para atender a las contratas ya existentes. En efecto, no es extraño que un contrato temporal vinculado a la duración de una contrata se prorrogue más allá de los tres años, especialmente porque el cambio de empleador que atiende la contrata no produce necesariamente la extinción contractual, conduciendo más normalmente a la subrogación empresarial en los contratos vigentes.

Lo mismo cabría decir en relación con otras obras de larga duración.

Por ello, dejar fuera a los contratados con anterioridad produce la paradoja de que, posiblemente los que lleven más tiempo contratados no se conviertan en indefinidos, pero sí los que lleven menos tiempo contratados

En este sentido es muy posible que, de aquí a un tiempo, las personas que hayan sido contratadas a partir del 18 de junio de 2010 mediante un contrato vinculado a una contrata o a una obra de larga duración, vayan alcanzando el lapso temporal necesario para convertirse en contratados indefinidos, pero no quienes ya estaban contratados en esa misma contrata o en la misma obra con anterioridad.

En todo caso, y aún con este matiz que debería corregirse en el futuro, esta medida camina, aunque muy tímidamente, hacia una mayor estabilidad laboral.

[20] Ver, por ejemplo, STS 30 de junio de 2005, u.d., RJ 7791.

No se puede ignorar que ciertamente la determinación de un plazo máximo en un contrato cuya duración temporal se vincula a la obra o servicio que ha de atenderse, puede desnaturalizar algo su propia delimitación conceptual, aunque en realidad la duración del contrato seguirá vinculada a la de la obra o servicio pero con un plazo de duración máximo; pero, tampoco puede negarse que a medio plazo esta medida puede incrementar la estabilidad de los trabajadores con contratos para obra o servicio, especialmente los de larga duración entre los que, en muchos casos, se encuentran los realizados para atender una contrata o subcontrata.

Posiblemente se tenían que haber abordado medidas más intensas, bien desvinculando el contrato por obra o servicio de la contrata e impidiendo su uso para atender obras o servicios que tuviesen carácter permanente para el principal, o bien, aplicando el límite temporal a todos los contratos, incluso a los vigentes, si se quiere a contar desde la entrada en vigor del precedente Real Decreto-Ley o de la Ley para evitar la conversión automática e inmediata de muchos contratos en indefinidos y para dar un plazo de tres años a los empleadores para adaptarse a la medida – que por otro lado tampoco les produce efectos especialmente negativos -.

Cabe esperar que en el futuro se ofrezca una solución más lógica, pero en cualquier caso, si no se produce la misma, al menos con los nuevos contratados se habrá adoptado una medida que incrementará su estabilidad laboral.

Por último hay que señalar que, aunque ahora se haya establecido un plazo máximo para este contrato, no puede aplicarse, normalmente, la regla establecida en el segundo párrafo de la letra c) del número 1 del art. 49 del ET en cuanto determina que en los contratos en los que exista un plazo máximo y se hayan concertado por un plazo inferior al citado máximo si, llegada la extinción del contrato, el trabajador sigue prestando servicios se entenderá que el contrato se ha prorrogado hasta el indicado plazo máximo. La inaplicación de esta regla deriva de que si la obra o servicio no había finalizado, el contrato lógicamente no podía extinguirse pues, como ya se dijo, incluso aunque se hubiese establecido un término cierto éste, en realidad, era meramente indicativo; por el contrario, si la obra o servicio había finalizado y el trabajador sigue prestando servicios, es evidente que lo estará haciendo en una obra o servicio distinto de los que motivaron su contratación y, por tanto, la contratación no podría ser temporal por indeterminación de la citada obra o servicio en el contrato suscrito, en cuyo caso, no es que el contrato se prorrogaría hasta el máximo posible, sino que directamente debería entenderse como indefinido, al haber finalizado la obra o servicio que motivaron la temporalidad, resultando de aplicación la previsión en tal sentido del tercer párrafo de la letra c) del art. 49.1 del ET.

Por otro lado, en el ámbito de las Administraciones Públicas existen excepciones a la aplicación del límite máximo de duración que se ha previsto.

En este sentido, la Disposición adicional decimoquinta, número 2 del ET, en la redacción que le da la Ley, establece que esa duración máxima no será aplicable en el ámbito de las Administraciones Públicas y de sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni en el ámbito de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otros ámbitos afectados por otras leyes, siempre que el contrato esté vinculado a un proyecto específico de investigación o inversión de duración superior a tres años.

Puede verse, pues, que se establece un diferente tratamiento entre el ámbito público (en sentido amplio) y el privado, pues en el primero se mantiene más la naturaleza tradicional de este contrato vinculando su duración al proyecto que lo justifica pero claro en perjuicio de una cierta estabilidad en el empleo, que de todas maneras ya está bastante disminuida en el ámbito público pues la superación del plazo, como se verá, deja al trabajador en ese absurdo jurídico que es la situación de indefinido no fijo.

2º) El papel que se reserva a la negociación colectiva de cada ámbito.

Como se ha podido ver, el precepto reserva a la negociación colectiva sectorial estatal o, en su defecto, a la de ámbito inferior, la posible ampliación del plazo máximo hasta un máximo de doce meses más de los tres años.

En principio no se contempla la posibilidad de que los convenios establezcan plazos máximos inferiores, aunque en mi opinión ello sería perfectamente posible en atención a la libertad negocial de las partes e incluso coherente con la posibilidad que se mantiene de que los convenios, incluidos los de empresa, identifiquen aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos para obra o servicio determinado. En el marco de ese determinación puede ser razonable, también, que se establezcan duraciones máximas para los contratos que para tareas o trabajos concretos identificados por el convenio se permitan, e incluso establecer un plazo máximo inferior al legal pero adaptado, por ejemplo, a la realidad del sector o de la empresa.

Creo, pues, que un convenio, incluso de empresa, puede establecer un plazo máximo inferior a partir del que el trabajador deberá considerarse indefinido.

De establecerse ese plazo máximo inferior, se estará a cuanto al respecto establezca el convenio; si existiese concurrencia de regulaciones convencionales deberían resolverse al amparo de las previsiones del art. 84 del ET.

En cuanto al plazo máximo, parece obvio que la norma legal excluye la actuación de los convenios de empresa en orden a su posible alargamiento, pues sólo se prevé tal posibilidad en relación con la negociación sectorial.

Incluso en ese ámbito de la negociación sectorial, la regulación legal parece incluir una excepción a la regla de concurrencia del art. 84 del ET o, en todo caso, debería entenderse que incluye esta materia dentro de las modalidades de contratación que no son negociables en ámbito inferior, ni siquiera en su adaptación al de empresa, en este concreto aspecto por voluntad expresa del art. 15.1.a) del ET.

Cuando la norma legal establece que la ampliación del plazo se efectuará por el convenio sectorial estatal o, en su defecto, por los convenios sectoriales de ámbito inferior, parece que solamente admite la actuación de esos convenios sectoriales de ámbito inferior si el convenio estatal no ha regulado la materia.

Si el convenio estatal la hubiese regulado en cualquier sentido, incluso para excluir la posible ampliación del plazo, no existiría el supuesto de defecto de regulación y, por tanto, no tendría cabida la negociación en ámbitos inferiores.

Ante la inexistencia de convenio estatal o, posiblemente, ante la falta de regulación en el mismo de la materia es cuando los convenios sectoriales inferiores pueden entrar a regular; en ese caso, los posibles problemas de concurrencia entre ellos (por ejemplo entre un convenio autonómico y otro provincial) se resolverán conforme a la regla general del art. 84 del ET.

En este sentido, si se considerase que esta regulación forma parte de la regulación sobre las modalidades de contratación, no sería renegociable en ámbitos sectoriales inferiores, prevaleciendo siempre el convenio de ámbito superior.

Si, por el contrario, se entendiese que esta materia es ajena a la regulación de las modalidades contractuales, se aplicaría la regla más habitual de concurrencia que no es otra que la prevalencia del convenio sectorial de ámbito inferior.

En todo caso, la necesidad de soluciones uniformes en materia de contratación, salvo en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, no admitidos por otro lado en relación con este concreto supuesto, hace deseable que se entienda que esta materia relativa a la ampliación del plazo máximo del contrato para obra o servicio determinado forma parte del contenido propio de la regulación sobre las modalidades contractuales – en sentido amplio – y no es renegociable en ámbitos inferiores, interpretación que es además la que mejor se adapta a la regulación legal que, como ya dije, excluye esa negociación en ámbitos sectoriales inferiores si en el convenio estatal se ha regulado, en uno u otro sentido, la cuestión.

En consecuencia, el mayor protagonismo en cuanto a ampliación del plazo máximo de duración lo tiene la negociación colectiva sectorial estatal.

Al margen, como ya se dijo, se mantienen aquellas regulaciones que en el ámbito estatal existan en el momento de entrada en vigor de la nueva regulación, aunque, conforme al texto de la Ley, ya no solamente las que garanticen

una mayor estabilidad laboral que la legalmente establecida como se deducía del Real Decreto-Ley, así como también se mantienen las que, con arreglo a su normativa específica, puedan establecerse en el ámbito de la construcción.

3º) La delimitación de la forma en que se producen los efectos derivados de la superación del plazo máximo establecido y el tratamiento a dar a las posibles maniobras que tiendan a eludir su aplicación.

En relación con esta medida cabe señalar que la misma opera de forma autómatica; estamos ante una modificación en la relación contractual que se produce "ope legis" y que no requiere, en tal sentido, ni solicitud ni reclamación del trabajador; de ahí precisamente que el Real Decreto-Ley 10/2010 modificase, también, el apartado 9 del art. 15 del ET, para establecer que en estos casos el empresario deberá facilitar al empleado en los diez días siguientes al cumplimiento del plazo indicado un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa, regla que opera exactamente igual en el caso de adquisición de fijeza por encadenamiento de contratos temporales, como luego se analizará. Esta regulación se ha mantenido en la Ley aunque completándola con otra previsión a la que me referiré.

Desde luego, la notificación es obligada para el empleador, incluso aunque el trabajador no haya efectuado petición alguna al respecto, pero tiene un mero valor informativo, sin que se le pueda dar valor constitutivo; la novación, la conversión en indefinido del contrato opera por imperativo legal y en el mismo momento de superarse el plazo máximo, con independencia de que se cumpla o no la obligación de notificar tal circunstancia.

Esta solución es la mejor para conseguir la máxima eficacia aplicativa de la norma, ahora bien eso requiere que se adopte, también, una protección eficaz frente a las extinciones contractuales que pretendan desvirtuar la medida, despidiendo al trabajador antes de que alcance los tres años citados – o el período que corresponda si los convenios lo han ampliado -.

En mi opinión la única reacción adecuada sería la de declarar la nulidad de dichos despidos, porque la improcedencia, precisamente por la escasa antigüedad de los trabajadores, depararía una reparación de cuantía muy reducida.

Para sostener la nulidad caben diversas soluciones; desde la recuperación del despido nulo por fraude de ley, algo que cada vez parece más necesario, hasta la vinculación del supuesto con la garantía de indemnidad, entendiendo que esos despidos pretenden, precisamente, impedir la posibilidad de reclamación del trabajador acerca de su fijeza. Sin duda pueden buscarse otros argumentos, pero parece esencial que se refuerce el cumplimiento de esta obligación legal mediante una protección intensa frente a los despidos que pretendan eludir, fraudulentamente, su aplicación.

Además de esta obligación empresarial, como dije, la Ley ha establecido otra previsión también en orden a clarificar la situación.

Se prevé ahora que el trabajador podrá solicitar del Servicio Público de Empleo un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados a efectos de poder acreditar su condición de fijo en la empresa; se dispone que el Servicio Público de Empleo librará dicha certificación y lo pondrá en conocimiento de la empresa.

En realidad la previsión aunque se establece tanto para el contrato de obra como para los supuestos de encadenamiento contractual, parece estar pensada especialmente para este último supuesto, pues en materia de contrato para obra o servicio determinado la fijeza se produce al superar los tres años de duración del contrato, en consecuencia sería superflua una certificación sobre precedentes contratos; los restantes supuestos quedan remitidos a las reglas sobre encadenamiento contractual y en ellos sí que encuentra sentido la emisión del certificado indicado.

En cualquier caso estamos ante una mera posibilidad a la que puede acogerse el trabajador, sin que la misma condicione, en modo alguno, la adquisición o no de la fijeza por su parte.

Por otro lado y finalmente hay que apuntar que, conforme a la Disposición adicional decimoquinta, número 1 del ET, en la nueva redacción que le da la Ley, la superación del plazo máximo establecido, que además como ya se vio no era aplicable en ciertos supuestos, en el ámbito de las Administraciones Públicas y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella no convierte al trabajador en fijo, sino que le deja en esa situación, que ya califiqué de absurda pues no tiene esenciales diferencias con una interinidad, que se ha calificado como de indefinido no fijo y que sólo conduce, como expresamente aclara la norma legal, dando respaldo así a las interpretaciones jurisprudenciales más perjudiciales para el trabajador, a que continúe en su puesto hasta que se produzca la cobertura por los procedimientos legales, momento en el que cesará en el mismo, salvo que lógicamente haya accedido al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo, lo que parece que podría ser una especie de cobertura legal a los procesos que en ciertos ámbitos se han producido para la consolidación en el empleo de estos trabajadores, porque en caso contrario es, obviamente, una matización superflua y que a nada conduce.

Conviene matizar, aunque parece claro, que estas salvedades en el ámbito de las Administraciones Públicas se extienden, como se dijo a los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, fórmula amplia que cubre cualquier naturaleza de los mismos, pero que por el matiz de que sean públicos, no se extiende, al menos así lo entiendo, a aquellos otros organismos que, aún dependientes de la Administración, se sujeten al régimen privado, es decir actúen como empresas sujetas al derecho privado, en cuyo caso la aplicación de las reglas en esta materia opera sin matices.

4.2. Los cambios en la regulación del encadenamiento contractual

El exceso de temporalidad, aunque presenta una especial incidencia en nuestro sistema de relaciones laborales, no es un problema exclusivamente español, como tampoco lo son los efectos negativos que de él se desprenden. Por eso en el ámbito de la Unión Europea los representantes de trabajadores y empleadores suscribieron el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que se convirtió en norma comunitaria a través de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio, publicada en el DO de 10-7-1999.

La pretensión del acuerdo es inequívoca, pues declara como su objeto (cláusula 1):

a) Mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; y b) Establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Obviamente es esta segunda cuestión la que incide en las medidas ahora adoptadas. Para conseguir ese segundo objetivo, la cláusula 5 del Acuerdo dispone que, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales. b) La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada. c) El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Al mismo tiempo se dispone que los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) Se considerarán "sucesivos". b) Se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

La transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento se realizó inicialmente en la reforma laboral de 2001, concretamente a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, precedida por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo. En realidad esa transposición no introdujo directamente en la ley ninguna disposición sobre el encadenamiento de contratos que afectase a la duración máxima del total de los sucesivos contratos temporales o al número de renovaciones posibles, entendiendo muy posiblemente que, como la directiva hacía mención a la necesidad de una o varias de las medidas que establecía y entre ellas estaba una que podía entenderse ya exigida en nuestra legislación, el sometimiento de

la contratación de duración determinada a razones objetivas, no se necesitaban mayores reformas. En todo caso, a la altura del año 2001 era ya evidente que la reducción de la tasa de temporalidad, pese a las medidas introducidas en 1997, no se alcanzaba con la intensidad pretendida y, siquiera testimonialmente, la reforma legal modificaba el apartado 5 del art. 15 ET disponiendo, literalmente, que "los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal", lo que por cierto no añadía nada a lo que ya era posible, aunque, al menos, evitaba el problema planteado por el Real Decreto-Ley 5/2001, que hacía alusión sólo a los convenios sectoriales, cuando era manifiesto que, antes de él, esas medidas se podían adoptar en convenios de empresa y de ámbito inferior.

En realidad de este modo se producía una transposición decepcionante de la mencionada Directiva, entre otras razones, al remitir a la negociación colectiva medidas que debían haberse introducido directamente en la ley[21], pues, sin un compromiso firme de los negociadores, bien poco cabía esperar al respecto de lo que pudiese hacer la negociación colectiva[22].

La confirmación de que la negociación colectiva no había sido eficaz en el tratamiento del encadenamiento contractual, se produjo en la reforma laboral del año 2006. En ese momento se introdujeron en la ley medidas destinadas a combatir el encadenamiento y sucesión de contratos temporales, lo que, por más que puedan cuestionarse los términos concretos en que se hizo, suponía una transposición más adecuada de la directiva aludida, intentando superar las dificultades de lograr el efecto útil de una directiva de alcance general mediante la mera posibilidad que ofrece la negociación colectiva[23], especialmente en una materia en la que la complejidad y la confrontación de intereses son patentes.

Antes de esta reforma del año 2006 las normas legales no contemplaban la sucesión contractual. Lo determinante en la materia era la causalidad; por tanto, no había ningún límite al encadenamiento de contratos, siempre que todos ellos respondiesen a una de las causas legalmente previstas a efectos

[21] Por todos Escudero Rodríguez, R. "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", en *Relaciones Laborales*, número 10, 2001, pp. 111 y 112.

[22] Como se expuso nada más producirse la reforma, por ejemplo, en Desdentado Bonete, A. "La reforma de la contratación temporal en la Ley 12/2001" en AA.VV. (García-Perrote Escartín, I., coordinador) *La Reforma Laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 69 y 70. En la misma obra, en mi análisis "El Acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002 (ANC-2002)", ya se destacaba que el citado Acuerdo se limitaba a recordar las posibilidades existentes, sin ofrecer fórmulas concretas, pese al importante papel que al respecto podía haber jugado la negociación colectiva si hubiese habido un compromiso firme de los negociadores en tal sentido. Véanse pp. 324 a 326.

[23] Como se ha expuesto, por ejemplo, por Lahera Forteza, J. "Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales", en AA.VV. (Cruz Villalón, J. coordinador) *La Reforma Laboral de 2006*, op. cit. p. 51 y por Pérez Rey, J. "El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo: primeras reflexiones acerca de su contribución a la calidad del trabajo", en *Revista de Derecho Social*, número 34, pp. 255 y 256.

de permitir la contratación temporal. Así lo entendía, sin dudas, la jurisprudencia que estableció que la mera sucesión de diversos contratos temporales no constituye fraude de ley, si cada uno se concierta mediando causa legal y ajustándose a lo dispuesto en su normativa reguladora[24].

Ahora bien, en justa correspondencia con el valor atribuido a la causalidad, la jurisprudencia también entendió que ante una cadena de contrataciones temporales, y como regla general, el carácter fraudulento de un contrato arrastra a todas las contrataciones posteriores, entendiendo que el contrato fraudulento genera una situación de fijeza a la que el trabajador no puede renunciar, por lo que sucesivas contrataciones temporales no pueden perjudicar tal condición. Desde esta perspectiva la jurisprudencia entendía y entiende que ante una cadena contractual no es posible, salvo supuestos excepcionales, limitar el análisis de la causalidad al último contrato celebrado, especialmente cuando se aprecia una esencial unidad del vínculo contractual, que es clara cuando entre los sucesivos contratos no ha existido solución de continuidad o ésta ha sido inferior a 20 días, pero que no se impide por el hecho de que la interrupción pueda haber sido mayor, pues precisamente ésta puede haber sido una de las medidas empleadas para dificultar la lucha contra el fraude[25].

Además, la LPL contempla en su art. 145 bis la posibilidad de que la entidad gestora de las prestaciones de desempleo cuestione la legalidad de una cadena de contratos temporales, aunque sólo a efectos de declarar la responsabilidad de la empresa sobre las prestaciones de desempleo abonadas al trabajador, si se acredita que la cadena contractual es abusiva o fraudulenta, lo que ha de reconducirse, sin duda, a las previsiones legales sobre causalidad y duración de los contratos temporales.

Así pues, los fenómenos de encadenamiento contractual sólo se valoraban jurisprudencialmente desde la perspectiva del análisis de la causalidad o no de los sucesivos contratos, sin que, en sí misma considerada, la serie sucesiva de contratos plantease problema alguno. Esta perspectiva es la que empezó a modificarse en el año 2006. Por primera vez se adoptaban medidas más intensas en relación con la realidad de que muchas necesidades de trabajo permanentes de las empresas se cubren mediante formas de contratación temporal, forzando o ignorando abiertamente las exigencias causales de la misma. Una vez que se

[24] Al respecto, entre otras muchas, todas en unificación de doctrina, SSTS 10 de noviembre de 1994, RJ 8604; 4 de julio de 1994, RJ 6332; 28 de febrero de 1994, RJ 1528 y 29 de diciembre de 1995, RJ 9847.

[25] Como se resume, entre otras muchas, en STS, u.d., 29 de mayo de 1997, RJ 4473; En parecidos términos SSTS, todas en u.d., 20 de febrero de 1997, RJ 1457; 21 de febrero de 1997, RJ 1572; 25 de marzo de 1997, RJ 2619; 5 de mayo de 1997, RJ 3654; 29 de mayo de 1997, RJ 4471; 2 de julio de 1997, RJ 5560; 17 de noviembre de 1997, RJ 8425; 28 de noviembre de 1997, RJ 8632; 3 de abril de 1998, RJ 3260; 21 de abril de 1998, RJ 3727; 23 de abril de 1998, RJ 3733; 6 de julio de 1998, RJ 7010; 25 de marzo de 1999, RJ 3516; 10 de diciembre de 1999, RJ 9731; 21 de marzo de 2002, RJ 3817; 22 de abril de 2002, RJ 7796, etc..

había reconocido este problema podría actuarse en tres direcciones: el reforzamiento de la causalidad, al efecto de evitar usos desviados o interpretaciones jurisprudenciales descausalizadoras; la limitación del encadenamiento de contratos con un mismo trabajador, y la limitación de la sucesión o rotación de trabajadores temporales en un mismo o similar puesto de trabajo.

Lo deseable, para conseguir la máxima eficacia, es que se hubiese actuado en las tres direcciones, pero posiblemente esperar eso de un texto acordado, como fue el de la reforma del año 2006, hubiese sido demasiado. En aquella reforma, al igual que en la actual, se actuaba sobre el encadenamiento de contratos con un mismo trabajador, sobre el encadenamiento subjetivo.

Por el contrario y pese a que, una vez que se había actuado sobre ese encadenamiento, lo lógico era esperar que se actuase también sobre la rotación de trabajadores en un mismo puesto, sobre el encadenamiento objetivo[26], la reforma de 2006 se limitaba a remitir la cuestión a lo que pudiera acordarse en la negociación colectiva, lo que parece ciertamente insuficiente e incluso conducir a un efecto perverso, fomentando la rotación de trabajadores para que no se alcancen los límites temporales con un mismo trabajador que conduciría a la aplicación de las previsiones sobre el encadenamiento subjetivo[27].

Esta es la misma solución que adoptó el Real Decreto-Ley 10/2010 y que se mantiene ahora en la Ley reformadora, apareciendo así una de sus más evidentes insuficiencias.

Para determinar el alcance de la reforma del año 2006 que, como se verá, sigue siendo aplicable a ciertos contratos y compararla con la vigente regulación, hay que tener en cuenta que el art. 12.dos de la Ley 43/2006, antes del Real Decreto-Ley 5/2006, reformaba el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y concretamente su apartado 5.

La regla general sobre el encadenamiento subjetivo de contratos se contenía en el primer párrafo de ese nuevo apartado 5 y literalmente transcrita establecía que: "sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos*"*.

Lo cierto es que, conforme a aquella regla, en determinado momento el

[26] Lo que podía haberse hecho siquiera mediante una regulación supletoria para el caso de que la negociación colectiva no abordase el tema, como apunta, insistiendo en la necesidad de haber entrado a regular este encadenamiento objetivo, Pérez del Rey, J. "El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo: primeras reflexiones acerca de su contribución a la calidad del trabajo", op. cit. pp. 256 y 257.

[27] Como expone De la Villa Gil, L. E. "Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006", op. cit. p. 8.

trabajador alcanzaba la condición de fijo, pero los condicionantes para que operase esa transformación plantearon numerosos problemas interpretativos que, en algún caso, se ha considerado que podrían convertirse en una autentica vía de escape a la aplicación efectiva de la medida[28].

Esencialmente dos eran los problemas que se planteaban; uno, la exigencia de que los contratos fuesen con la misma empresa. Esto podía suscitar alguna duda en los supuestos en los que se hubiese producido una subrogación en el contrato de trabajo y, sobre todo, en los supuestos de circulación de trabajadores entre empresas de un mismo grupo, pues formalmente las contrataciones eran con diferentes empresas, salvo que pudiera acreditarse alguno de los casos en los que se considera que laboralmente existe un único empleador (confusión de plantillas, caja única).

El otro problema era la exigencia de que los contratos fuesen para el mismo puesto de trabajo, lo que motivó numerosos litigios pues se abría con ese requisito una fácil vía para eludir la aplicación de la norma; de hecho no fueron pocos los casos en los que empresarialmente se alegaba que los contratos eran para diferentes puestos, sin que al respecto hubiese una solución jurisprudencial ni una claridad interpretativa en la doctrina judicial[29].

[28] Al respecto, Pérez del Rey, J. "El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo: primeras reflexiones acerca de su contribución a la calidad del trabajo", op. cit. p. 257.

[29] En la doctrina de suplicación el problema se abordó con una cierta frecuencia, pero no siempre con el mismo criterio. Así por ejemplo parecía evidente que el hecho de que se contratase al trabajador para diferentes proyectos o servicios no excluía la posibilidad de que se tratase del mismo puesto de trabajo si las tareas y el lugar de su realización coincidían. Así se desprende de numerosas sentencias como SSTSJ Madrid 18 de febrero de 2010, JUR 133220; Asturias 22 de enero de 2010, JUR 126668; Madrid 14 de septiembre de 2009, JUR 471326; etc.

En otros casos, se iba más al fondo de la cuestión y se analizaba que cabía hablar del mismo puesto de trabajo si la formación requerida y las exigencias de prestación eran similares, como en STSJ Sevilla 18 de febrero de 2009, AS 1468 – que analiza que no es obstáculo a ello que la denominación de la categoría o puesto fuese distinta -.

En las sentencias que analizaban más la cuestión podían verse interpretaciones más amplias que entendían que había que considerar mismo puesto de trabajo al conjunto de tareas englobadas en la categoría o grupo profesional, utilizando incluso el concepto de categorías similares del art. 22 del ET. Al respecto STSJ Asturias 12 de marzo de 2010, JUR 153684.

Junto a ellas existían otras más restrictivas que consideraban que la pertenencia a la misma categoría no implicaba que las funciones realizadas pudiesen entenderse como el mismo puesto de trabajo, debiendo estarse a las concretas tareas realizadas. En ese sentido, por ejemplo, SSTSJ Cataluña 3 de febrero de 2010, JUR 157993 y Asturias 22 de enero de 2010, JUR126668.

Otras se prestaban a una interpretación más confusa pues, tras rechazar que la norma pudiera aplicarse por el simple hecho de que las tareas realizadas perteneciesen al mismo grupo profesional o categoría, señalaban que tampoco se limitaba la aplicación a que se tratase de un único puesto de trabajo desarrollado en el mismo espacio físico y con los mismos medios, resultando lo esencial que se tratase del desempeño de "trabajos que sean propios del mismo puesto de trabajo", sin que se aclarase lo que se entendía por tal, como resolvía STSJ País Vasco 25 e febrero 2010, JUR 145255.

En definitiva, si no había variado la categoría ni el grupo profesional, ni las tareas, ni el centro de trabajo, parece claro que se estaba ante el mismo puesto de trabajo, como resuelven SSTSJ Madrid 18 de febrero de 2010, JUR 133220 y 14 de septiembre de 2009, JUR 471326, pero la variación de alguna de esas circunstancias introducía dudas al respecto.

Precisamente para evitar esos problemas la Ley, como ya hizo el Real Decreto-Ley 10/2010, reforma el art. 15.5 del ET, introduciendo dos primeros párrafos, distintos de los anteriores, aunque el primero con notables similitudes, que literalmente disponen: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente".

El análisis de la actual regulación requiere, en mi opinión, analizar las siguientes aspectos: 1º) Los supuestos en que la norma sobre encadenamiento de contratos resulta aplicable. 2º) Los contratos que se valoran a efectos del encadenamiento y las normas transitorias aplicables. 3º) La forma en que opera la transformación en indefinido. Sobre estas cuestiones cabe exponer cuanto a continuación se menciona.

1º) Los supuestos en que la norma sobre encadenamiento de contratos resulta aplicable.

Lo primero que debe resaltarse es que la norma no prevé este efecto, la fijeza, en el encadenamiento de contratos cuando se detecte alguna irregularidad en los contratos o se pueda entender suscrito alguno de ellos en fraude de ley. Al igual que ocurría ya desde la reforma de 2006, no es eso lo que se persigue con la medida, sino que se pretende, simplemente, fijar un límite máximo al encadenamiento subjetivo de contratos temporales. Aunque todos los contratos se ajusten a las reglas sobre causalidad y a cualquier otro condicionante o exigencia legal, alcanzado el tope temporal establecido el trabajador deberá considerarse como trabajador fijo en la empresa. Precisamente por eso es también irrelevante que haya existido o no solución de continuidad entre los diferentes contratos o que ésta haya superado o no los veinte días; lo determinante es que se alcancen o no los 24 meses de contratación en un período de 30.

Como se dijo, la ley, tanto en 2006 como ahora, sólo aborda directamente el encadenamiento subjetivo, el que se realiza con un mismo trabajador. El encadenamiento objetivo, esto es el que se produce mediante la rotación de diversos trabajadores que sucesivamente van ocupando un mismo puesto, lo que produce el mismo efecto perverso de que previsibles necesidades permanentes o muy prolongadas se cubren mediante contrataciones temporales, no se aborda sino para remitir su solución a la negociación colectiva.

En efecto el tercer párrafo del nuevo art. 15.5 del ET dispone que "atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal".

En realidad, no es la mejor de las transposiciones posibles de la Directiva comunitaria ya citada pero no puede entenderse contraria a la misma, pues admite la posibilidad de que los objetivos pretendidos se encarguen a la negociación colectiva.

También se señaló como los precedentes aconsejaban que la ley abordase directamente la regulación de la cuestión.

Por otro lado, como también se dijo, la norma, en este concreto supuesto es meramente pedagógica, incentivadora, pues incluso sin habilitación legal es posible abordar esta cuestión dentro del contenido de los convenios colectivos a la vista de la amplitud que se concede al mismo, conforme al art. 85 del ET. Es más, la previsión ni siquiera es novedosa, pues el ET, como se avanzó, ya desde el Real Decreto-Ley 5/2001 incorporaba precisamente la posibilidad de que en la negociación colectiva se pudieran establecer requisitos adicionales destinados a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal, y en la reforma del año 2006 el, entonces, segundo párrafo del apartado 5 del art. 15 del ET, ya tenía la redacción actual.

2º) Los contratos que se valoran a efectos del encadenamiento y las normas transitorias.

Al igual que ocurría en la reforma del año 2006, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma sobre sucesión o encadenamiento de contratos temporales los contratos formativos, de relevo o de interinidad, a los que ahora se añaden los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como los que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas siempre que el objeto de dichos contratos sea parte esencial de un itinerario de inserción personalizado. Incluso, conforme a la redacción que la Ley da a la Disposición adicional decimoquinta, número 3, del ET, tampoco se aplicarán las reglas sobre el encadenamiento contractual a las modalidades específicas de contratación contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades, regla que impide que la reiteración de estos especiales contratos con una misma persona, lo que es muy frecuente, sobre todo en el ámbito de la docencia, conduzca a la aplicación de los efectos del encadenamiento contractual.

El ámbito natural de aplicación de la norma se centra, así, sobre todo en los contratos eventuales por circunstancias de la producción y en los contratos

para la realización de obras o servicios determinados, tal como ya antes ocurría.

Ahora bien, en relación con estos contratos se mejora la regulación pues ahora se toman en consideración todos los realizados para la misma empresa, el mismo grupo de empresas, o incluso diversas empresas si se ha producido un supuesto de sucesión empresarial o de subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente y, además, se toman en cuenta aunque se hayan realizado para diferentes puestos de trabajo.

También aquí aparece un matiz en relación con las Administraciones Públicas para evitar que se les apliquen las soluciones previstas, por ejemplo, para los grupos de empresa.

En efecto el artículo 1.6 de la Ley modifica la Disposición adicional decimoquinta, número 3 del ET, señalando que a efectos de valorar diversos contratos para determinar si hay encadenamiento o no, sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada Administración Pública, esto es cada una por separado, sin que, además, formen parte de ellas a estos efectos los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas, siempre que tengan personalidad propia. Dos ideas conviene retener; la primera que así no se sanciona la práctica de rotación entre diversos organismos, que no es infrecuente en ciertas Administraciones, aunque al respecto deberán tenerse bien presentes las disposiciones del art. 43 del ET sobre cesión de personal. La segunda, que, como ya se avanzó en relación con alguna otra medida, la excepción se aplica a los organismos y entidades que se rijan por el derecho público, no aquellos otros que dependiendo de las Administraciones se sujeten al derecho privado. En ese ámbito público, cada ente con personalidad jurídico-publica diferenciada se entiende, pues, como un empleador distinto sin que tampoco puedan aplicarse las reglas previstas para los grupos de empresas, por lo que el encadenamiento se valorará exclusivamente en relación con los contratos suscritos por él mismo.

Volviendo al análisis de las reglas generales, debe señalarse que se mantienen las ya vigentes con anterioridad acerca de que computan los contratos que se efectúen directamente con una empresa o las relaciones de trabajo con la misma que deriven de un contrato de puesta a disposición y la irrelevancia de la modalidad contractual utilizada, salvo en relación con los supuestos excluidos a los que ya se hizo mención.

Las modificaciones introducidas merecen algún comentario.

Por un lado, la irrelevancia que ahora existe en relación con el puesto ocupado es una medida acertada que evita toda la problemática a la que me referí y que, en definitiva, promueve la estabilidad y evita maniobras que eludan la aplicación de la norma. Ahora será irrelevante el puesto ocupado, las tareas realizadas o el lugar físico de realización de las mismas. Lo determinante es

que el contrato se pueda entender celebrado con la misma empresa en los términos que a continuación analizaré.

Se protege así, no la reiteración de contratos en un mismo puesto, sino la reiteración de contratos con un mismo empleador, sea cual sea el puesto ocupado, lo que parece muy acertado.

En cuanto al concepto de empresa, entiendo que, al margen de lo que ya se matizó en el ámbito de las Administraciones Públicas, hay que interpretarlo desde esta misma idea de favorecer la estabilidad laboral.

En ese sentido, la referencia al grupo debe ser entendida como aplicable a cualquier grupo de empresas, incluso a los que laboralmente no dan lugar a considerar que existe un único empresario. Es más, si se sostuviese lo contrario la referencia legal sería superflua pues, si existen supuestos de confusión de plantilla o caja única, las diferentes entidades mercantiles se consideran laboralmente como un único empleador y por ello no debería dudarse de que estamos ante contrataciones con el mismo empresario; la referencia legal al grupo solamente encuentra sentido si se desborda este concepto y afecta, también, a las situaciones de sucesión de contratos dentro de grupos no patológicos, legales. Aún siendo una situación legal, la norma laboral ha querido establecer un especial efecto en pro de la estabilidad laboral y, como no es una norma sancionadora, no parece que exista obstáculo para su aplicación a situaciones en las que ninguna ilegalidad concurre; de hecho, como ya se analizó, eso es precisamente lo que ocurre en general; estamos ante una norma pensada no para situaciones de ilegalidad, para las que existen otros soluciones, sino para su aplicación en situaciones legales pero que justifican un impulso a favor de la estabilidad del empleo.

En cuanto a los supuestos de sucesión o subrogación legal o convencional, es claro que, al introducir el matiz de la subrogación convencional, se está pensando en la situación de subrogación de contratistas y, por eso, también me parece una solución razonable y acertada; ahora bien, existen supuestos en los que, como se sabe, la subrogación deriva, no de preceptos legales ni convencionales, sino directamente de los pliegos de condiciones para la concesión del servicio o contrata. En la medida que la norma legal no alude a esta situación pudiera dudarse de si en ella también resulta aplicable. Mi opinión es que también debe jugar pues lo determinante es el efecto subrogatorio que se produce; si el nuevo empleador asume el lugar del anterior en cuanto a la subrogación contractual no creo que exista dificultad para interpretar que normativamente existe una continuidad contractual y que, por ello, le afecta la sucesión contractual que pueda existir entre los contratos anteriores y los nuevos que se realicen, si bien, como ya dije, en estos casos, normalmente más que de varios contratos, hay que hablar de un único contrato que pervive, dificultándose así que se alcance la estabilidad laboral por esta vía, pues la norma mantiene la

exigencia legal de que exista una cadena contractual y, por lo tanto, dos o más contratos.

En cuanto a la valoración de los contratos de puesta a disposición, me parece claro que lo que se valora es la continuidad con el empleador usuario que es, en definitiva, el que recibe los servicios, el titular del puesto de trabajo que ocupa el trabajador. Lo que se ha querido es computar todas las contrataciones que se hagan con un mismo trabajador ya sean directas o través de empresas de trabajo temporal.

Hasta aquí la norma me parece coherente y, desde luego, mejora la regulación precedente, solucionando bastantes de los problemas que podía plantear. Ahora bien, las normas transitorias demoran considerablemente la eficacia de las nuevas soluciones.

En efecto, la Disposición transitoria segunda de la Ley señala que las nuevas reglas que se establecen en el apartado 5 del art. 15 del ET solamente serán de aplicación a los contratos que se suscriban a partir de la entrada en vigor del mismo, aunque en realidad esto mismo se establecía ya desde la vigencia del Real Decreto-Ley 10/2010, por lo que la Disposición señala que a efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo, se tomará el vigente en 18 de junio de 2010, como se sabe la fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley. Así, por lo menos, hasta dentro de dos años de la vigencia de aquél no empezaremos a ver sus consecuencias. Además la Disposición matiza lo anterior, pues a los contratos suscritos con anterioridad al 18 de junio de 2010 se les aplican, a efectos del cómputo de contratos, las reglas precedentes, esto es, las establecidas en el art. 15.5, en su redacción anterior, la que le dio la Ley 43/2006 ya mencionada que, en este sentido, pervivirá mientras esos contratos sigan en vigor.

El problema puede plantearse cuando a efectos del encadenamiento contractual deban computarse contratos suscritos con arreglo a la legislación precedente y otros con arreglo a la nueva legislación.

En estos casos puede sostenerse que como el contrato que produce el encadenamiento se suscribe al amparo de las nuevas normas éstas ya resultan aplicables, pero creo que, a la vista del tenor legal es muy posible que, lamentablemente, se entienda que debe prevalecer la legislación precedente, pues los contratos suscritos al amparo de la misma solamente podrán computarse en la cadena si se han realizado con la misma empresa y para el mismo puesto que el efectuado una vez vigente la actual redacción, porque esas son las reglas que determinaban su posible cómputo en la cadena contractual en la legislación precedente que es la que les resulta aplicable precisamente a éste efecto conforme a la Disposición comentada. A la vista de los problemas que planteaba esa regulación anterior, hubiese sido mejor prescindir de esta norma transitoria, lo que, además, hubiese tenido un efecto muy beneficioso en orden a la estabilidad en el empleo.

3º) La forma en que opera la transformación en indefinido.

Parece claro que, tal como se interpretaba ya en relación con el texto vigente desde el año 2006[30], la novación que se ocasiona, convirtiendo la relación laboral en indefinida, se produce automáticamente, ya que no hace falta para que opere una petición expresa del trabajador en tal sentido.

Estamos ante un efecto legalmente imperativo, ante una novación "ex lege" y por ello, con o sin petición previa, alcanzado el plazo legalmente previsto y cumplidos los demás condicionantes legales, el trabajador debe entenderse, ya y sin más trámite, como trabajador fijo de la empresa en la que está efectivamente prestando servicios.

Precisamente por eso y para evitar cualquier duda al respecto, la Ley, confirmando lo que hizo el Real Decreto-Ley 10/2010, ha reformado el apartado 9 del art. 15 del ET, para señalar que en este supuesto, al igual que ya antes se analizó para la llegada del nuevo plazo máximo en los contratos para obra o servicio, el empresario deberá facilitar al trabajador en los diez días siguientes al cumplimiento del plazo indicado, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo en la empresa.

Se confirma así que la novación opera automáticamente y, tal como ya expuse al abordar el supuesto precedente, no hay que atribuir valor constitutivo a la notificación que se entrega a mero título informativo, pues la novación ya está producida con o sin notificación.

Como ya se dijo la Ley ha introducido una nueva precisión, posibilitando que el trabajador solicite del Servicio Público de Empleo un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados a efectos de poder acreditar su condición de fijo en la empresa; se dispone que el Servicio Público de Empleo librará dicha certificación y lo pondrá en conocimiento de la empresa.

Estamos ante una posibilidad a efectos meramente probatorios, pues ni es obligatorio solicitar ese certificado, ni el mismo tiene eficacia a efectos de calificar la situación, ni desde luego la adquisición de la fijeza se condiciona a que se emita o no el certificado o a lo que el mismo pueda establecer, además de que ese Servicio difícilmente podrá valorar circunstancias como la existencia de subrogaciones, grupos de empresa, etc.

Por otro lado, como la novación es independiente de las circunstancias que afecten a los contratos sucesivos, debe rechazarse cualquier interpretación que pretenda que alcanzado ese límite la conversión puede no operar si se demuestra que hubo una causa cierta y real que justificaba la temporalidad porque, como se ha dicho, la medida introducida en el año 2006 y que se mantiene ahora no se vincula al fraude, sino a la mera superación de un lapso temporal

[30] Por ejemplo véase STSJ País Vasco 25 de febrero de 2010, JUR 145255.

con ciertos condicionantes; para los supuestos de fraude perviven las soluciones tradicionales ya comentadas.

Por otro lado, en cuanto a las decisiones extintivas que intenten evitar la aplicación de esta norma sobre sucesión de contratos temporales, cuando sea clara esa intencionalidad, creo que debería actuarse en el mismo sentido que ya expuse en relación con el problema similar que podía plantearse en los contratos para obra o servicio determinado, remitiéndome a cuanto allí manifesté.

Un problema adicional es que la transformación podrá derivar en diferentes contratos indefinidos en atención a la relación mantenida; así, podrá ser un contrato indefinido a tiempo completo, a tiempo parcial, de fijo discontinuo o, incluso, si la transformación se acuerda entre las partes antes de que opere automáticamente, no debe descartarse que se pueda suscribir un contrato para el fomento de la contratación indefinida[31].

Incluso en el ámbito de las Administraciones Públicas la transformación contractual se realiza mediante la conversión en esa especial situación de interinidad que se encubre bajo la denominación del contrato indefinido pero no fijo.

En efecto, ya en el año 2006, se introducían al respecto dos regulaciones:

La primera disponer que las reglas sobre el encadenamiento de contratos se aplicaban a las Administraciones Públicas, lógicamente en el ámbito de su contratación laboral, lo que parecía obvio pues no había razón alguna para excluirlas.

La segunda, absolutamente errónea en mi opinión e introducida por la puerta trasera, para dar cobertura legal, por vez primera en aquella reforma del año 2006, a la figura del trabajador indefinido pero no fijo construida jurisprudencialmente y que pasaba a adquirir carta de naturaleza legal[32], al afirmarse que el encadenamiento contractual en las Administraciones Públicas en los términos analizados, convertiría al trabajador en indefinido, sin perjuicio de la obligación de convocar en forma adecuada la cobertura del correspondiente puesto de trabajo.

Esta es la solución que ahora se mantiene en la nueva redacción que se da a la Disposición adicional decimoquinta del ET, en los términos que comenté

[31] Al respecto Lahera Forteza, J. "Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales" , op. cit., p. 64. En los precedentes judiciales, por ejemplo puede verse razonando que no se altera el carácter cíclico de la relación y que, por tanto, la conversión se produce en un contrato fijo discontinuo, STSJ País Vasco 25 de febrero 2010, JUR 145255.

[32] Así lo entiende también Tascón López, R. "Reformas en materia de contratación temporal", op. cit. p. 96. De hecho son numerosas las sentencias que al aplicar la citada norma declaraban a los trabajadores indefinidos pero no fijos. Al respecto y entre otras, por ejemplo, SSTSJ Asturias 12 de marzo de 2010, JUR 153684; Galicia 10 de marzo de 2010, JUR 154282; Madrid 22 de diciembre de 2009, AS 542 (2010); Madrid 14 de septiembre de 2009, JUR 471326, y Madrid 25 de mayo de 2009, AS 1766.

en relación con el contrato para obra o servicio determinado y que en aras a la brevedad doy por reproducidos, señalando, simplemente, que una vez más las Administraciones Públicas quedan prácticamente inmunes ante el fraude en la contratación laboral, lo que no deja de ser sorprendente y contradictorio con las declaraciones a favor de la estabilidad laboral, especialmente porque se omite cualquier otra medida que haría más comprensible la medida como, por ejemplo, la obligación de provisión inmediata del puesto, el reconocimiento de indemnización por el cese del indefinido no fijo, etc., mientras que, por el contrario, la norma sí que recoge expresamente que una vez cubierto el puesto el indefinido no fijo cesa en el puesto que ocupaba.

4.3. La elevación de la indemnización por la extinción de los contratos temporales

Como última medida de las que analizo, cabe señalar que el número cinco del art. 1 de la Ley, confirmando lo que había hecho el Real Decreto-Ley 10/2010, modifica la letra c) del art. 49.1 del ET.

La modificación es simplemente para concretar que la indemnización que en el citado precepto se prevé como consecuencia de la extinción de los contratos temporales, excepto los de interinidad y los formativos, y que era de 8 días de salario por año de servicio o la parte proporcional correspondiente, se eleva a 12 días por año de servicio o la parte proporcional correspondiente.

En todo lo demás se mantiene la regulación y por tanto sigue resultando de plena aplicación la doctrina y jurisprudencia al respecto establecida[33], debiendo destacarse, en todo caso, que la citada indemnización es una norma que cede ante la indemnización que pueda estar prevista en la normativa específica de aplicación y constituye, desde luego, una previsión mejorable por negociación colectiva.

En la actualidad las previsiones específicas, al margen de las que se establezcan en la negociación colectiva, coincidirían con la indemnización establecida en el art. 49.1.c) del ET, pues esencialmente tenían indemnizaciones diferentes los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y los contratos temporales en fomento de empleo, en los casos en los que aún podían realizarse, pero en ambos casos las indemnizaciones previstas eran de doce días de salario por año, superiores a la que con carácter general se fijaba con anterioridad, pero no a la que ahora se establece; al margen de todo ello se mantienen las específicas reglas en el ámbito de la construcción en los términos analizados.

[33] Para su estudio, en aras a la brevedad, remito a Goerlich Peset, J. M. y García Rubio, M. A. "Reglas generales en materia de contratación de duración determinada", en AA.VV. (Goerlich Peset, J. Mª, coordinador) *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, op. cit., especialmente pp. 342 a 346.

La previsión acerca de este incremento indemnizatorio queda considerablemente diferida en su aplicación temporal, pues el número 7 del art. 1 de la Ley añade una Disposición transitoria decimotercera al ET, conforme a la que la indemnización se irá elevando progresivamente desde los 8 días actuales a los 12 previstos y además dicha elevación sólo se irá aplicando a los nuevos contratos que se suscriban.

Así, para los contratos suscritos hasta el 31 de diciembre de 2011, la indemnización se mantendrá en su cuantía actual, esto es, 8 días de salario por año.

Para los suscritos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012, la indemnización es de 9 días por año.

Para los suscritos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013, la indemnización es de 10 días por año.

Para los suscritos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014, la indemnización es de 11 días por año.

Solamente para los suscritos a partir del 1 de enero de 2015, la indemnización pasará a ser de 12 días por año.

Existe, sin duda, una aplicación muy progresiva que camina en la dirección de ir acercando la indemnización por finalización de los contratos temporales a la que el empleador abonará en los supuestos de un despido, individual o colectivo, por crisis empresarial, pero hasta el año 2015 no se unifica dicha indemnización en cuanto a su coste para el empleador en doce días por año. A partir de dicho año esa es la indemnización prevista legalmente para los contratos temporales (art. 49.1.c) y Disposición transitoria decimotercera del ET y en los despidos por crisis empresarial (arts. 51 y 52 del ET), el Fondo de Garantía Salarial, y luego el Fondo de Capitalización previsto en la Ley, abona 8 días por año de la indemnización, que es de 20 días por año como se sabe, por lo que lo que deben abonar los empleadores son solamente 12 días por año.

Con estas medidas, aunque sólo para los nuevos contratos celebrados a partir del año 2015, desaparece para el empleador la diferencia en coste en la indemnización por extinción contractual entre la que procedería en caso de finalización de un contrato temporal y la que resultaría aplicable en un despido por crisis, aunque no para el trabajador, pues la indemnización en estos despidos, para él, sigue siendo de veinte días de salario por año trabajado con tope de una anualidad, bien que una parte de la misma se asuma por el FOGASA o el Fondo de Capitalización que le sustituya.

Seguir acudiendo a la contratación temporal a partir de ese momento no tendría sentido, salvo por una cultura de la precariedad que debe ser erradicada de nuestras relaciones laborales por los perversos efectos que produce y frente a la que deberían adoptarse medidas más contundentes.

En todo caso el carácter tan diferido de la medida crea dudas acerca de si la misma realmente llegará a aplicarse, pues ello dependerá de que se mantenga

la regulación ahora introducida y sujeta a tan largo plazo no es nada seguro que así ocurra.

5. UNA VALORACIÓN SOBRE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Al valorar las normas que he analizado, creo que puedo señalar que no se camina en la dirección que parece correcta. No se actúa con suficiente intensidad contra el abuso en la contratación temporal, sobre todo porque no se insiste en recuperar la causalidad de la contratación temporal. Así, no se desvincula el contrato de obra de las contratas y subcontratas, algo que hubiese sido absolutamente necesario; no se incide, tampoco, sobre la rotación de trabajadores en un mismo puesto de trabajo, algo que sigue remitido a lo que pueda pactarse cuando es evidente que nada o muy poco se ha avanzado al respecto en la negociación colectiva.

En este sentido parecen insuficientes unas medidas que meramente retocan el encadenamiento de contratos con un mismo trabajador, aunque se mejore su regulación, o que incrementan ligeramente y a muy largo plazo, la indemnización de los contratos temporales, medidas acertadas pero de muy escaso calado.

En cuanto a la limitación temporal del contrato de obra o servicio cabe señalar que, si este contrato tiene causa de temporalidad, la limitación temporal (además a 3 años, ampliables) es poco lógica, pues la duración la debería determinar la propia causa; y si no la tiene, no debería admitirse y ese es el caso de su vinculación a la contrata, introducida por la jurisprudencia en una dirección absolutamente desacertada y precarizadora. En todo caso es innegable que esta medida, cuando entre en vigor, de aquí a unos años, generará efectos positivos, pero resulta, cuando menos, muy modesta.

Como además la actuación sobre la flexibilidad interna es mínima, aunque en mi opinión perjudicial para el sistema de negociación colectiva, sigue planeando la duda esencial; según creo, con tanta flexibilidad en la contratación, en la externalización de actividades y en el despido, los ajustes se seguirán produciendo por la dirección de la reducción de plantillas y no por la de reparto y reorganización del trabajo, no por la flexibilidad interna, fracasando así uno de los principales objetivos de la reforma laboral, y, desde luego, en materia de contratación temporal, difícilmente solventará el exceso de temporalidad que existe, ni muy posiblemente conseguirá que tras la crisis la contratación se encauce hacia los contratos indefinidos.

Una vez más se habrá dejado pasar una oportunidad de reorientar la contratación hacia la estabilidad, algo que resulta esencial para el futuro de nuestro sistema productivo, que requiere garantizar un empleo de más calidad en un entorno productivo de mayor valor añadido.

LOS CONTRATOS FORMATIVOS

ANA MORENO MÁRQUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO **Palabras Clave: Contrato de trabajo, contratos formativos**

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (Ley 35/2010), con el fin de elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes, introduce una serie de modificaciones en la regulación de los contratos formativos prevista en el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores, que afectan tanto el contrato en prácticas, como al contrato para la formación; si bien, esas modificaciones también se proyectan en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, lo que ha determinado la modificación de la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y la introducción en esta norma de una nueva disposición adicional. La Ley de Reforma mantiene los cambios que se contemplaban en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio (RDL 10/2010), en relación a los contratos formativos, pero también introduce otros en determinados aspectos que habían permanecido inalterados. En este trabajo se analiza la finalidad y el alcance de todas estas modificaciones, los problemas que se plantean y las cuestiones que quedan sin resolver.

ABSTRACT **Key Words : Employment contract, training contracts**

The 35/2010 Law of September 17th, introduces some urgent measures to the labour market reform aiming to grant more opportunities to those young unemployed, and has a series of modifications in the regulation of training contracts under the Workers Statute. Art 11. That is the practical training, internships, and the training contract. These modifications affect in Social Security system which led to the modification of the additional six-clause of the General Social Security Law the refunded (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)), and the inclusion of this regulation in the new additional disposition.

The reform of the Law has some changes under the Royal Decree 10/2010, of June 16th, (RDL 10/2010), in relation to the training contracts, but also it is included others changes in other aspects that seemed to be untouchable. In this piece of work, we analyse the aim and the scope of such modifications, the problem that is exposed and certain issues that are unresolved.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 123-161

ÍNDICE

1. Introducción
2. Modificaciones en la regulación del contrato en prácticas
   2.1. La expansión del ámbito de aplicación del contrato en prácticas
      2.1.1. La referencia al "certificado de profesionalidad"
      2.1.2. Plazo en el que puede celebrarse el contrato en prácticas
   2.2. Restricciones a la contratación
   2.3. El periodo de prueba para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de certificados de profesionalidad
3. Cambios en relación con el contrato para la formación
   3.1. Modificación de los requisitos de carácter subjetivo
   3.2. Cambios relativos a la formación
   3.3. Acreditación de la cualificación o competencia profesional
   3.4. Cambios en relación con la retribución
   3.5. Ampliación de la acción protectora de la seguridad social
   3.6. Bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación
4. Cambios que afectan tanto al contrato en prácticas como al contrato para la formación
   4.1. Modificaciones terminológicas: las referencias a "discapacidad"
   4.2. La interrupción del cómputo de la duración del contrato
   4.3. La "presencia equilibrada de hombres y mujeres"
   4.4. Otras disposiciones en las que se contienen cambios que afectan a los contratos formativos
5. Consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (Ley 35/2010), tiene como objetivo esencial, tal y como declara su Preámbulo, contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. La norma trata de dar respuesta a la situación a la que se ha llegado como consecuencia de la crisis económica y financiera en la que la tasa de desempleo en España ha superado el 20 por ciento, y, en particular, en el caso de los jóvenes se ha elevado por encima del 40 por ciento; lo que explica que, entre sus objetivos específicos, figure el de elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas y, en especial, de los jóvenes. Por esta razón, en el Capítulo III de la Ley 35/2010 se establecen una serie de "medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas" (arts. 10 a 12). En el art. 10 de este capítulo III se regulan las bonificaciones de cuotas por la contratación indefinida, y en el art. 11 las bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación; por último, el art. 12 modifica, por una parte, el art. 11 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET), en el que se regulan los contratos formativos (en este caso, como se verá, los cambios afectan tanto el contrato en prácticas como al contrato para la formación); y, por otra parte, la disposición adicional sexta del Texto

Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), con objeto de ampliar la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación, por el reconocimiento de la prestación por desempleo. Además, introduce una nueva disposición adicional cuadragésima novena en la LGSS, relativa a la cotización por desempleo en el contrato para la formación y a la cuantía de la prestación. Pues bien, de las diferentes medidas señaladas en el citado Capítulo III, en este trabajo se estudiarán las que afectan a la regulación de los contratos formativos tanto desde el punto de vista laboral como de Seguridad Social.

Como se podrá constatar, la Ley 35/2010, recoge, de un lado, lo previsto en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (RDL 10/2010), en relación a la bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación (art. 11), y, de otro, las modificaciones relativas a la regulación de los contratos formativos; pero también añade otras que se proyectan en diferentes aspectos del contrato en prácticas, como ocurre en relación al plazo para celebrar el contrato desde la finalización de los estudios, o a los límites que se establecen a la hora de recurrir a este tipo de contrato, y, en mayor medida, del contrato para la formación, en concreto, en cuanto a la edad del trabajador, y a la formación teórica. En este sentido, las modificaciones van más allá de los aspectos que se destacan en el Preámbulo de la Ley 35/2010, si bien el objetivo que se persigue sigue siendo el mismo, esto es, elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes. Por tanto, habrá que analizar el alcance de todas estas modificaciones, para constatar hasta qué punto contribuyen a su consecución, sin que esto implique que la finalidad formativa de estos contratos pase a un segundo plano y quede de ese modo desvirtuada con el único propósito de utilizarlos como un instrumento de fomento del empleo.

2. MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO EN PRÁCTICAS

Las modificaciones introducidas en la regulación prevista en el art. 11.1 del ET, por una parte, afectan a los títulos que permiten al trabajador concertar un contrato en prácticas y al plazo establecido para poder celebrar el contrato desde el momento de finalización de los correspondientes estudios; y, por otra, se presentan en forma de restricciones destinadas a evitar posibles abusos por parte de los empresarios a la hora de recurrir a este tipo de contrato.

2.1. La expansión del ámbito de aplicación del contrato en prácticas

Como es sabido el contrato en prácticas permite a quienes poseen una titulación reciente la adquisición de una experiencia profesional práctica adecuada

a su nivel de estudios que les va a permitir el desempeño de una profesión u oficio y les va a facilitar su inserción laboral. En este sentido, como se podrá comprobar, tras las modificaciones introducidas en el art. 11.1 del ET se amplía el círculo de sujetos que pueden celebrar un contrato en prácticas; lo que, a su vez, determina que algunos de los que quedaban excluidos de acuerdo con la regulación anterior prevista en el art. 11.1 del ET, ahora puedan concertar este tipo de contrato y adquirir la citada experiencia profesional.

2.1.1. La referencia al "certificado de profesionalidad"

El contrato de trabajo en prácticas podía concertarse con quienes estuvieran en posesión de un título universitario o de formación profesional de grado medio o superior, o de títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habilitasen para el ejercicio profesional. Pues bien, el art. 12.uno del RDL 10/2010, introdujo, por una parte, una aclaración en relación a los citados títulos, al señalar "de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente"; y, por otra, una modificación, al añadir a los títulos habilitantes para celebrar el contrato en prácticas el "certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio"; lo que se establece en los mismo términos en el art. 12 Uno de la Ley 35/2010.

En cuanto a la aclaración, lo cierto es que la referencia a "las leyes reguladoras del sistema educativo vigente" no hace más que dejar constancia de que será la normativa en esta materia la que señale qué se entiende por los títulos a los que la norma hace referencia. No obstante, la mención se justifica en la medida en la que el legislador pretende reflejar de ese modo la nueva estructura de las enseñanzas y títulos universitarios oficiales, tal y como se contempla en el Título VI de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y en el RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales. En este sentido, puede constatarse que en el art. 11.1 c) del ET, tras las modificaciones introducidas por el RDL 10/2010 se hacía referencia a grado y master, y en la redacción actual, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 uno de la Ley 35/2010, se incluye, además, doctorado. De todas formas, también hay que considerar como títulos habilitantes los títulos universitarios que hasta el momento han permitido que se concertara este contrato; en concreto, los de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico, Licenciado Universitario, Ingeniero y Arquitecto[1]; títulos que, tal y como se indica en la disposición adicional cuarta del citado RD 1393/2007, mantienen sus efectos académicos y profesionales. Distinto, como

[1] Vid. art. 1.1 del RD 488/1998, de 27 de marzo. En la disposición adicional primera del RD 1393/2007 se establece que "en el curso académico 2010-2011 no podrán ofertarse plazas de nuevo ingreso en primer curso" para estas titulaciones.

se verá, es que se deba aplicar el plazo dentro del cual puede llevarse a cabo la contratación.

En relación a la referencia al "certificado de profesionalidad", hay que señalar que, tal y como se establece en la nueva redacción del art. 11.1 del ET, se regula en la LO 5/2002, de 19 de julio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y, en concreto, en el RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad. El art. 2 de este RD define este certificado como "el instrumento de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la Administración laboral, que acredita la capacitación para el desarrollo de una actividad laboral con significación para el empleo y asegura la formación necesaria para su adquisición, en el marco del subsistema de formación profesional para el empleo" (art. 2). Junto a los títulos de formación profesional, los certificados de profesionalidad configuran la oferta de Formación Profesional referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

En este sentido hay que recordar que la citada LO 5/2002 creó un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional entendido como el conjunto de instrumentos y acciones necesarios para promover y desarrollar la integración de las ofertas de formación profesional, y la evaluación y acreditación de las Competencias Profesionales, y el procedimiento de reconocimiento, evaluación, acreditación y registro. Pues bien, uno de los instrumentos de este sistema es el citado Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales. Por lo que aquí interesa, este Catálogo, tal y como se establece en el art. 3.3 del RD 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula, constituye la base para elaborar, entre otras, la oferta formativa que conduce a la obtención de citados certificados de profesionalidad y está constituido por las cualificaciones profesionales más significativas, identificadas en el sistema productivo; cualificaciones que, a su vez, se ordenan por niveles de cualificación y por familias profesionales. En concreto, se establecen 26 familias profesionales[2] y un total de 5 niveles de cualificación[3] (Anexos I y II del RD 1128/2003, respectivamente) que responden a la competencia profesional requerida por las actividades

[2] Son las siguientes: Agraria; Marítimo-Pesquera; Industrias alimentarias; Química; Imagen personal; Sanidad; Seguridad y medio ambiente; Fabricación mecánica; Instalación y mantenimiento; Electricidad y electrónica; Energía y agua; Transporte y mantenimiento de vehículos; Industrias extractivas; Edificación y obra civil; Vidrio y cerámica; Madera, mueble y corcho; Textil, confección y piel; Artes gráficas; Imagen y sonido; Informática y comunicaciones; Administración y gestión; Comercio y marketing; Servicios socioculturales y a la comunidad; Hostelería y turismo; Actividades físicas y deportivas; Artes y Artesanías. Estas familias profesionales, tal y como se indica en el art. 4.3 del RD 1128/2003, se determinan en función de criterios de afinidad de la competencia profesional.

[3] A los que se hará referencia en relación al período de prueba para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de certificados de profesionalidad.

productivas con arreglo a criterios de conocimientos, iniciativa, autonomía, responsabilidad y complejidad, entre otros, de la actividad a desarrollar. Así, cada certificado de profesionalidad acredita una cualificación profesional[4] del citado Catálogo. Estos certificados que son expedidos por Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, tienen carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

Pues bien, todos aquellos que hayan obtenido un certificado de profesionalidad podrán celebrar un contrato en prácticas (dentro del plazo que establece el art. 11.1 c) del ET, al que después se hará referencia), con lo que se amplía de manera considerable el ámbito de aplicación de este contrato[5]. Al margen de que se pueda señalar que esta ampliación puede ser un modo de incentivar este tipo de formación, lo cierto es que, teniendo en cuenta la situación económica actual y las elevadas tasas de desempleo, se configura en mayor medida como una vía de fomento del empleo de los trabajadores desempleados que poseen

[4] De acuerdo con lo establecido en el art. 7 de la LO 5/2002, y en el art. 5 del RD 1128/2003, se entiende por cualificaciones el "conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral" y por competencias profesionales el "conjunto de conocimientos y capacidades que permiten el ejercicio de una actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo".

[5] Hay que tener en cuenta que el TS (entre otras, vid. SSTS 21 de abril de 1993 (RJ 1993, 3343); 26 de abril de 1993 (1993, 3369); 17 de septiembre de 1993 (RJ 1193, 9964); 19 febrero 1994 (RJ 1994, 1066)) ha venido considerando que determinados certificados habilitaban para celebrar un contrato en prácticas. No obstante, esa consideración ha tenido lugar en el marco de lo establecido en el art. 11.1 del ET en la redacción dada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, (en relación con el art. 1 RD 1992/1984, de 31 octubre, sobre los contratos en prácticas) en el que se contemplaba que tenían la posibilidad de concertar un "contrato de trabajo en prácticas quienes estuvieran en posesión de titulación universitaria o equivalente del título de Bachiller o de otras titulaciones que habiliten legalmente para la práctica profesional". Sin embargo, hay que considerar que la redacción del art. 11.1 del ET, y su desarrollo reglamentario, vigente en esos momentos no es la misma que la prevista en el art. 11.1 del ET, en relación con el art. 1 del RD 488/1998, de 27 de marzo, en el momento de su modificación por el RDL 10/2010 en el que, como se ha indicado, ya se recogía la referencia expresa al certificado de profesionalidad. En la redacción del art. 11.1 del ET vigente con anterioridad a la entrada en vigor del RD 10/2010 se establecía que el contrato de trabajo en prácticas podía "concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional". Quizás podría haberse interpretado que la mención al certificado de profesionalidad que se introdujo por el RDL 10/2010, y al que ahora hace referencia el art. 11.1 del ET tras su modificación por la Ley 35/2010, en realidad no viene a establecer ningún cambio con respecto a la regulación anterior, puesto que antes de la mencionada modificación por el RDL 10/2010, se podía considerar que era un título equivalente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que debía existir un reconocimiento oficial de su equivalencia con un título universitario o con un título de formación profesional de grado medio o superior; el hecho de que no existiese impedía que el certificado de profesionalidad en cuestión se considerara como título habilitante. En este sentido, vid. STSJ Andalucía de 10 octubre de 2007 (AS 2008, 2555).

estos certificados, lo que, a su vez, en términos generales permite elevar el número de contratos de esta modalidad, y ello con independencia de la edad de los mismos, ya que, al margen de que pueda coincidir que muchos de los que obtienen uno de los títulos habilitantes a los que hace referencia el art. 11.1 del ET son jóvenes, hay que recordar que no existe un límite de edad para poder celebrar estos contratos.

El hecho de que se haya incluido el "certificado de profesionalidad" junto a los títulos que habilitan para celebrar un contrato en prácticas ha llevado al legislador a añadir en algunos aspectos determinadas referencias directamente relacionadas con el mismo. Tal es el caso de la mención a la "formación" cuando se señala que el puesto de trabajo debe permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios "o de formación" cursados (art. 11.1 a) del ET). O la que se hace cuando se indica que ningún trabajador puede estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación "o certificado de profesionalidad" (art. 11.1 c) del ET). Lo mismo ocurre en cuanto al periodo de prueba, al que después se hará referencia, puesto que el legislador introduce una mención expresa al "certificado de profesionalidad" (art. 11.1 c) del ET).

2.1.2. Plazo en el que puede celebrarse el contrato en prácticas

Como es sabido, habitualmente se ha venido estableciendo un plazo, a contar desde la finalización de los estudios, para poder ser contratado a través de un contrato en prácticas. El hecho de que se haya previsto esta exigencia está directamente relacionado con la finalidad del contrato[6] y, por tanto, con la necesidad de garantizar una proximidad entre la finalización de los estudios y las prácticas que se desarrollan a través de este contrato. En la redacción del art. 11.1 a) del ET anterior a la entrada en vigor del RDL 10/2010, se establecía un plazo genérico de cuatro años y uno específico de seis años para el caso en el que el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad. Pues bien, la modificación que se introdujo al respecto por el art. 12 Uno del RDL 10/2010 sólo operó para el plazo genérico de cuatro años de forma que se amplió hasta cinco años. Por su parte, el legislador en el art. 12 Uno de la Ley 35/2010 ha mantenido el mencionado plazo de cinco años y, a su vez, ha ampliado el plazo previsto para el supuesto en el que el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, por lo que ha pasado de ser de seis años a siete años. Es decir, se ha establecido una ampliación de los plazos de forma

[6] Vid. STS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1889): "facilitar el ejercicio profesional, para que los conocimientos adquiridos por el trabajador en la obtención del título adquieran un perfección propia con tal ejercicio, pues no se trata únicamente de adquirir una experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esa experiencia actúe sobre los estudios cursados".

proporcional, incrementándolos un año más. Ahora bien, si de lo que se trataba era de garantizar una proximidad entre la finalización de los estudios y la formación práctica que permite adquirir este contrato, cabría cuestionarse hasta qué punto esta medida es adecuada teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

Lo cierto es que en este caso, se amplia el citado plazo con el fin de que las personas que hayan finalizado sus estudios tengan mayores oportunidades de colocación e inserción laboral, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades para acceder al empleo en estos momentos de crisis económica. No obstante, la ampliación del plazo, aunque pueda estar conectado con la situación actual, no se establece en términos de transitoriedad durante un periodo concreto de tiempo, lo que después permitiría volver a aplicar los plazos más breves de cinco y seis años a los que se ha hecho referencia. Por el contrario, los plazos se amplían de forma generalizada y sin un término concreto como ha ocurrido con otras medidas. Cede, por tanto, la citada proximidad para dar prioridad a la colocación e inserción laboral.

2.2. Restricciones a la contratación

En la regulación contenida en el art. 11.1 c) del ET en su redacción previa al RDL 10/2010, ya se contaba con una regla destinada a evitar posibles abusos por parte de los empresarios a la hora de recurrir a este tipo de contrato, que se ha mantenido en la actual redacción del citado art. 11.1 c) del ET en los términos previstos en la Ley 35/2010, con la diferencia de que también se aplica para los certificados de profesionalidad. En concreto, se prohíbe que un mismo trabajador pueda ser contratado en la misma o en distinta empresa por un tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad. De este modo la prohibición opera, por una parte, con independencia de la empresa en la que se pretenda contratar al trabajador (la misma u otra diferente), y, por otra, en un determinado plazo de tiempo, esto es, dos años que es el plazo máximo que se fija en cuanto a la duración del contrato; plazo que no se ha visto alterado. Sin embargo, puesto que la norma no señalaba nada en relación a la posibilidad de ser contratado en la misma o en distinta empresa en virtud de otra titulación, se admitía la celebración de un nuevo contrato en prácticas con el mismo trabajador, bien en la misma o bien en distinta empresa, siempre que se realizase con base en una titulación distinta a la que había determinado la primera contratación, y ello con independencia de que se excediera de ese modo el plazo máximo de dos años al que hace referencia el art.11.1 c) del ET.

El art. 12.uno del RDL 10/2010 añadió una nueva restricción en el art. 11.1 c) del ET, precisamente con el fin de prohibir la contratación en prácticas en la misma empresa y para el mismo puesto de trabajo por un período superior a

dos años, con independencia de que se trate de distinta titulación o de diferente certificado de profesionalidad. En este sentido la norma precisó que los títulos de grado y master no se consideran la misma titulación. Esta limitación ha quedado recogida en los mismo términos en el art. 12.uno de la Ley 35/2010, si bien, por una parte, el legislador ha añadido el título de doctorado para señalar igualmente que tampoco se considera la misma titulación, y, por otra, ha previsto una excepción a estos efectos, de forma que indica: "salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas el trabajador estuviera en posesión del título superior de que se trate". Es decir, en ese supuesto los títulos de grado, master y, en su caso, doctorado del trabajador se consideran la misma titulación.

Como puede constarse el legislador parte de diferentes criterios a la hora de establecer las prohibiciones a las que se acaba de hacer referencia. Así, mientras en la primera prohibición predomina el criterio de la titulación o certificado de profesionalidad junto al criterio temporal; en la segunda se combinan el criterio de la empresa, el del puesto de trabajo y el temporal, siendo indiferente la titulación o certificado de profesionalidad. El problema que se plantea en relación a la segunda prohibición es la determinación de qué se entiende por puesto de trabajo, salvo que se establezca en convenio colectivo, ya que no se cuenta con una definición legal, y, sobre todo, porque admite diversas interpretaciones[7], lo que en este caso puede dar lugar a determinar que se aplica o no la prohibición y si es así, su operatividad dependerá de la interpretación que se haga en cada supuesto. Es decir, dependiendo de lo que se interprete al efecto, finalmente se podría llegar a admitir la concatenación de contratos en la misma empresa con un mismo trabajador en virtud de diferentes titulaciones o certificados de profesionalidad, desvirtuando de ese modo la finalidad de la norma. Desde luego lo que no cabría sería contratar a un trabajador en prácticas en la misma empresa para un puesto de trabajo diferente por un tiempo superior a dos años en virtud de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad, y que el trabajador continuase realizando las labores propias del puesto de trabajo para el que antes estaba contratado en prácticas con base en una titulación distinta o en un certificado de profesionalidad distinto. De todos modos, siempre hay que considerar, por una parte, que el puesto de trabajo asignado al trabajador en prácticas debe permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados (art. 11.1 a) del ET). Y, por otra, que el

[7] El mismo problema se ha venido planteando en relación a la concatenación de contratos temporales (art. 15.5 ET). Vid. al respecto Sempere Navarro, A. V. "Limitaciones a la contratación temporal en el modificado artículo 15.5 ET", en AAVV *La Reforma Laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Sempere Navarro, A.V. (dir.), Martín Jiménez, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 243-245.

incumplimiento de esta obligación podría dar lugar a considerar que el contrato se ha celebrado en fraude de ley (art. 22.3 del RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos), con la consiguiente conversión del contrato de trabajo en prácticas en un contrato laboral ordinario por tiempo indefinido.

Pues bien, a la vista de lo indicado, teniendo en cuenta ambas reglas, se pueden extraer varias consecuencias en cuanto a la posibilidad de celebrar o no sucesivos contratos en prácticas con un mismo trabajador. Es decir, se puede determinar hasta qué punto se admite o no la concatenación de contratos en prácticas en una misma empresa o en diferente empresa por un período superior a dos años:

- En una misma empresa:
    - Se prohíbe concertar diferente contratos en prácticas por un periodo superior a dos años, en virtud de una misma titulación o certificado de profesionalidad; y ello con independencia de que se contrate al trabajador para el mismo o diferente puesto de trabajo, ya que si se aplica la primera regla es indiferente el criterio relativo al puesto de trabajo.
    - No cabe celebrar distintos contratos en prácticas por un período superior a dos años con un mismo trabajador y para un mismo puesto de trabajo en virtud de diferentes titulaciones o certificados de profesionalidad. De este modo se evita que se produzca una especie de prórroga del contrato en prácticas del trabajador para un mismo puesto de trabajo acudiendo a diferentes contratos en prácticas, amparándose en el hecho de que la titulación es distinta o el certificado de profesionalidad es distinto.
    - Ahora bien, el hecho de que el legislador circunscriba la prohibición al mismo puesto de trabajo cuando se trata de celebrar diferentes contratos de trabajo con un mismo trabajador por un período superior a dos años en virtud de distintas titulaciones o distintos certificados de profesionalidad, permite, a su vez, a sensu contrario, concertar diferentes contratos en prácticas con un mismo trabajador para distintos puestos de trabajo y con base en distinta titulación o diferente certificado de profesionalidad, y superar el período de dos años al que se ha hecho referencia. Es decir, en la medida en que se trate de diferentes puestos de trabajos el legislador admite esa concatenación de contratos en prácticas por un período que excede de dos años, siempre que sea en virtud de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad; pero,

nunca con base en la misma titulación o el mismo certificado de profesionalidad, ya que, como se ha señalado, la primera regla a la que se ha hecho referencia lo prohíbe.

- En distinta empresa:
    - No cabe celebrar diferentes contratos en prácticas con un mismo trabajador por un período superior a dos años (computándose el tiempo que el trabajador haya podido estar contratado en prácticas en otra empresa) ya sea para el mismo o para diferente puesto en virtud de la misma titulación o el mismo certificado de profesionalidad, ya que lo prohíbe la primera regla a la que se ha hecho referencia.
    - Sí es posible celebrar distintos contratos en prácticas con un mismo trabajador por un periodo superior a dos años (en los términos señalados), ya sea para el mismo o para diferente puesto de trabajo siempre con base en distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad, puesto que la prohibición que se añade por el art. 12.uno del RDL 10/2010 y que finalmente se recoge en el art. 12.uno de la Ley 35/2010 sólo opera para los contratos en prácticas celebrados con un mismo trabajador en la misma empresa. Esto implica que, a sensu contrario, se admite la concatenación de contratos en prácticas por un período superior a dos años en diferentes empresas y siempre en virtud de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad, con independencia del puesto de trabajo que ocupe el trabajador.

Ahora bien, en general, es importante considerar a efectos de la concatenación de contratos en prácticas con un mismo trabajador el hecho de que los títulos de grado, master y doctorado no se consideren la misma titulación, lo que puede dar lugar a que con un mismo trabajador se puedan celebrar contratos en prácticas de forma sucesiva cada uno de ellos por una duración máxima de dos años. Así, con un mismo trabajador y en una misma empresa se admite la concertación de diferentes contratos en práctica, siempre que no se trate de un mismo puesto de trabajo, teniendo en cuenta las diferentes titulaciones de grado, master y doctorado; pudiendo estar el trabajador contratado en prácticas hasta un total de seis años. Lo mismo puede suceder cuando el trabajador es contratado en distintas empresas, ya que si se trata del mismo título, por ejemplo, el de grado, opera la duración máxima de dos años, a la que se ha hecho referencia, en los que el trabajador puede celebrar diferentes contratos en prácticas con distintas empresas, pero esto no impide que pueda ser contratado en prácticas por diferentes empresas con base en diferentes títulos, por ejemplo, el de master, o el de doctorado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 12.uno de la Ley 35/2010 introduce una excepción al respecto en el art. 11.1 c) del ET, de forma que, aunque a efectos académicos se trate de distintas titulaciones, el legislador recurre a una especie de ficción que va a permitir que opere la prohibición de celebrar diferentes contratos en prácticas con el mismo trabajador en la misma o en distinta empresa por un periodo superior a dos años al considerarlas como una misma titulación; si bien para ello se establece la condición de que "el trabajador al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas estuviera en posesión del título superior de que se trate". De este modo, al tratarlas en ese caso como una misma titulación se excluye la posibilidad de concatenar contratos en los supuestos en los que la norma dejaba un espacio para ello. Así, en una misma o diferente empresa ya no cabría celebrar distintos contratos en prácticas por un período superior a dos años con un mismo trabajador para ocupar diferentes puestos de trabajo teniendo en cuenta las diferentes titulaciones que posee, puesto que operaría la prohibición de celebrar distintos contratos con un mismo trabajador por la misma titulación.

La fecha en la que se contrata en prácticas por primera vez al trabajador va a ser la determinante para conocer si entra o no en juego esta prohibición. Si en ese momento cuenta con los títulos de grado, master y, en su caso, doctorado, al considerarlos la misma titulación con independencia del título concreto (grado, master o doctorado) por el que se le contrate, no será posible contratarle en prácticas por tiempo superior a dos años en la misma o en distinta empresa en virtud de cualquiera de estos títulos. De esta forma se evita que un trabajador que ya posee esos títulos en el momento de contratarle en prácticas pueda permanecer por un período de hasta seis años contratado en prácticas por la sucesiva concatenación de contratos. Ahora bien, si en la fecha de celebración del primer contrato en prácticas no posee los diferentes títulos sí se admitiría, como se ha indicado, la concertación de distintos contratos en prácticas por un período superior a dos años con un mismo trabajador. Es decir, si después obtiene otro título, por ejemplo, el de master, sería posible contratarle en la misma o en distinta empresa (salvo que se trate de la misma empresa y para el mismo puesto de trabajo) en virtud la nueva titulación.

En este caso es importante tener en cuenta qué fecha se considera a efectos de conocer si el trabajador ya cuenta o no con la titulación en el momento de celebrar el contrato, esto es, la de finalización de los estudios o la de obtención del título. Lo cierto es que la norma hace referencia al hecho de que en el momento de ser contratado por primera vez en prácticas el trabajador ya debe estar "en posesión del título", es decir, no se contempla en este caso el momento de "terminación de los estudios", ni siquiera la fecha de expedición del título correspondiente. Sin embargo, no parece lo más adecuado a la finalidad de la norma hacer una interpretación literal de la misma. Es decir, si lo

que se pretende es evitar abusos en la contratación en prácticas, impidiendo la concatenación de contratos en los términos señalados, lo más conveniente a estos efectos sería considerar en la fecha de celebración del contrato si el trabajador ha finalizado los correspondientes estudios; de otro modo se estaría permitiendo esa concatenación a pesar de haber concluido los citados estudios. De hecho, de acuerdo con lo previsto en el art. 1.4 del RD 448/1998, bastaría con que, en defecto de la fotocopia compulsada del correspondiente título, el trabajador entregara al empresario un "certificado de terminación de los estudios que dan derecho a la obtención del mismo".

Por último, junto a las restricciones señaladas, el art. 12.uno del RD 10/2010 introdujo una prohibición en el art. 11.c) del ET que también se contempla en la redacción que finalmente se recoge en el art. 12.uno de la Ley 35/2010 y que en realidad viene a establecer un límite en la concatenación de contratos formativos para lo que se tiene en cuenta, por una parte, que el certificado de profesionalidad es uno de los títulos habilitantes para poder concertar un contrato en prácticas; y, por otra, que dicho certificado se puede obtener como resultado de un contrato para la formación. Pues bien, en el art. 11.1 c) del ET se indica que no se podrá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad que se haya obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado con anterioridad en la misma empresa. De este modo, se establece una excepción a la posibilidad de celebrar un contrato en prácticas con aquellos trabajadores que estén en posesión de un certificado de profesionalidad, ya que hay que tener en cuenta que si el trabajador ha obtenido dicho certificado como consecuencia de un contrato para la formación, esto implica que ya posee una formación teórica y una formación práctica, puesto que la adquisición de una y otra forman parte del objeto del contrato para la formación. Por tanto, si se considera que el trabajador ya tiene una formación práctica adquirida a través de un contrato de trabajo al efecto, no tiene sentido que el trabajador sea contratado en prácticas para facilitarle una práctica profesional que ya posee; de ahí la limitación.

El problema es que esta excepción sólo opera cuando se ha obtenido el certificado de profesionalidad como consecuencia de un contrato para la formación celebrado "con la misma empresa". Es decir, *sensu* contrario, el trabajador podrá concertar un contrato en prácticas con otra empresa diferente a aquella en la que ha obtenido el certificado de profesionalidad como consecuencia de un contrato para la formación. El legislador no parece haber tenido en cuenta que, a pesar de que el certificado de profesionalidad es uno de los títulos habilitantes para concertar un contrato en prácticas, en ese caso ya ha adquirido esa experiencia profesional que le va a proporcionar este contrato. Es decir, la finalidad que se persigue con el contrato en prácticas ya se ha conseguido, aunque el contrato para formación que le ha permitido obtener el

certificado de profesionalidad no se haya celebrado con la misma empresa[8]. Desde este punto de vista admitir que una empresa concierte un contrato en prácticas con un trabajador que ha obtenido un certificado de profesionalidad a través de un contrato para la formación con otra empresa distinta sólo se puede entender como medida de fomento del empleo pero no en términos de adquirir una experiencia profesional adecuada a su nivel de estudios. Sin embargo, una vez que se ha adquirido la práctica necesaria que justifica este tipo de contrato no puede ser admisible su concertación desvirtuando su finalidad con el único fin de que el trabajador permanezca en el mercado de trabajo con un contrato que, por su finalidad, tiene naturaleza temporal. Es más, en términos generales, cabría cuestionarse si tiene sentido admitir la contratación en prácticas en aquellos casos en los que el trabajador posee un certificado de profesionalidad que ha obtenido precisamente teniendo en cuenta las competencias profesionales adquiridas a través de una experiencia laboral.

2.3. El periodo de prueba para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de certificados de profesionalidad

Las modificaciones introducidas en relación al periodo de prueba están directamente relacionadas con la inclusión del certificado de profesionalidad junto a los títulos que permiten la celebración de un contrato en prácticas. De esta forma, el art. 12.uno del RDL 10/2010 también estableció en el art. 11.1 d) del ET un período de prueba para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de un certificado de profesionalidad; periodo al que igualmente se hace referencia, en los mismos términos, en el art. 12.uno de la Ley 35/2010. Para ello se parte del periodo de prueba que ya se preveía, y se indica que "salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3".

Para establecer esta regulación el legislador tiene en cuenta que, aunque se haga una referencia genérica al certificado de profesionalidad, existen diferentes niveles de cualificación profesional establecidos en función de la competencia profesional requerida por las actividades productivas. Los niveles, como ya se ha indicado, obedecen, a su vez, a diferentes criterios, tales como

[8] Vid. Sánchez Trigueros, C.; Fernández Collados, B. "Contratos formativos", en AAVV *La Reforma Laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Sempere Navarro, A.V. (dir.), Martín Jiménez, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 216.

conocimientos, iniciativa, autonomía, responsabilidad, complejidad de la actividad a desarrollar. De modo que se distinguen hasta cinco niveles, lo que, a su vez, implica que pueda diferenciarse entre los certificados de profesionalidad dependiendo del nivel. Lo importante es que esos niveles ponen de manifiesto un incremento de la cualificación profesional, en el sentido de que el nivel 1 sería el nivel de cualificación más inferior, y el más elevado sería el nivel 5[9]; de ahí que el legislador también distinga a la hora de establecer el período máximo de prueba.

De este modo, el legislador parte de una equiparación en relación a los plazos que ya se señalaban en función de la cualificación mayor o menor del trabajador, y contempla un plazo más amplio para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de un certificado de profesionalidad de un nivel más elevado. Ahora bien, como puede constatarse, el legislador tan sólo establece un periodo de prueba para los niveles 1, 2 y 3, y guarda silencio en relación a los contratos en prácticas que se concierten con trabajadores que posean un certificado de profesionalidad de nivel 4 o de nivel 5; niveles para los que, si se sigue la lógica establecida en relación al resto de niveles, debería haberse previsto un periodo de prueba, quizás, igual al establecido para el caso en el que el trabajador posee un certificado de profesionalidad de nivel 3.

La cuestión entonces es qué período de prueba ha de tenerse en cuenta para estos trabajadores a la hora de celebrar un contrato en prácticas. Podría pensarse que no puede establecerse un período de prueba en estos casos ya que, como se ha comprobado, el legislador no ha señalado nada al efecto, sin

[9] -El nivel 1 acredita competencia en un conjunto reducido de actividades de trabajo relativamente simples correspondientes a procesos normalizados, siendo los conocimientos teóricos y las capacidades prácticas a aplicar limitados. -El nivel 2 acredita competencia en un conjunto de actividades profesionales bien determinadas con la capacidad de utilizar los instrumentos y técnicas propias, que concierne principalmente a un trabajo de ejecución que puede ser autónomo en el límite de dichas técnicas. Requiere conocimientos de los fundamentos técnicos y científicos de su actividad y capacidades de comprensión y aplicación del proceso. -El nivel 3 acredita competencia en un conjunto de actividades profesionales que requieren el dominio de diversas técnicas y puede ser ejecutado de forma autónoma, comporta responsabilidad de coordinación y supervisión de trabajo técnico y especializado. Exige la comprensión de los fundamentos técnicos y científicos de las actividades y la evaluación de los factores del proceso y de sus repercusiones económicas. -El nivel 4 acredita competencia en un amplio conjunto de actividades profesionales complejas realizadas en una gran variedad de contextos que requieren conjugar variables de tipo técnico, científico, económico u organizativo para planificar acciones, definir o desarrollar proyectos, procesos, productos o servicios. -El nivel 5 acredita competencia en un amplio conjunto de actividades profesionales de gran complejidad realizadas en diversos contextos a menudo impredecibles que implica planificar acciones o idear productos, procesos o servicios. Gran autonomía personal. Responsabilidad frente a la asignación de recursos, en el análisis, diagnóstico, diseño, planificación, ejecución y evaluación. Responsabilidad de dirección y gestión.

embargo no parece tener sentido que se contemple un período de prueba para trabajadores que poseen un certificado de profesionalidad de nivel 1, o de nivel 2 o 3, y para estos trabajadores que tienen una cualificación más elevada no se establezca un período de prueba. Es decir, no parece ser esa la finalidad de la norma. También podría pensarse que se le podría aplicar el período de prueba previsto para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de un título de grado superior o de un certificado de profesionalidad de nivel 3, salvo que el convenio colectivo establezca un período distinto. Quizás ésta sería la solución más apropiada a la finalidad de la norma[10], pero también es cierto que si el legislador hubiese querido que fuese así, hubiera hecho referencia en este supuesto a los certificados de profesionalidad de nivel 4 y 5 y no lo ha hecho. No obstante, hay que tener en cuenta que, en todo caso, cabría recurrir al régimen general previsto en el art. 14.1 del ET, en el que igualmente habría que tener en cuenta en primer lugar si existe regulación al respecto en convenio colectivo. El problema, por el momento, es que aún no se cuenta con una regulación al efecto en convenio colectivo, y la solución pasaría por aplicar el período de prueba establecido en el art. 14.1 del ET.

3. CAMBIOS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN

El régimen previsto para el contrato para la formación es el que más se ha visto alterado. Aunque el art. 12.dos del RDL 10/2010 ya introdujo diferentes modificaciones en la regulación que se establecía en el art. 11.2 del ET, lo cierto es que el art. 12.dos de la Ley 35/2010 ha recogido las previstas en esa norma, y, a su vez, ha incluido otras que afectan a diferentes aspectos, entre los que cabe destacar, la propia delimitación de los colectivos con los que es posible la concertación de un contrato para la formación, o la formación. De todos modos, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria octava de la Ley 35/2010 (lo que ya se preveía en la disposición transitoria octava del RDL 10/2010), hay que tener en cuenta que las modificaciones, a las que a continuación se hará referencia, sólo serán de aplicación a los contratos para la formación que se celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (fecha en la que entró en vigor el RDL 10/2010). Los vigentes en esa fecha, incluidas sus prórrogas, se regirán por la normativa anterior "a cuyo amparo se concertaron". No obstante, como se verá, se contempla una excepción al respecto en relación a la ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación. Pero, junto a esos cambios en la regulación de este contrato, el art. 11 del RDL 10/2010 incluyó las bonificaciones de cuotas

[10] Cfr. Cavas Martínez, F. "Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010", AS, nº 11, 2010. Aranzadi Westlaw, BIB 2010, 2059.

en los contratos para la formación que se contemplan, en los mismos términos, en el art. 11 de la Ley 35/2010, a las que también se hará referencia.

3.1. Modificación de los requisitos de carácter subjetivo

El art. 12.dos del RDL 10/2010 ya introdujo ciertas modificaciones en relación a los requisitos que debe cumplir el colectivo de trabajadores a los que se dirige el contrato para la formación. En concreto, en cuanto a la necesidad de que el trabajador contratado para la formación carezca de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas; y, además, tenga una determinada edad. Pues bien, estas modificaciones, en unos casos, permanecen inalteradas, mientras que, en otros, han sido reformuladas en la regulación prevista en art. 12.dos de la Ley 35/2010. En cuanto al requisito relativo a la ausencia de titulación, el art. 12.dos del RDL 10/2010 añadió una referencia al "certificado de profesionalidad", que también se ha recogido en el art. 12.dos de la Ley 35/2010, de forma que se indica que sólo podrá celebrarse el contrato para la formación con quienes "carezcan de la titulación o del certificado de profesionalidad" necesario para poder realizar un contrato en prácticas. Lo que está directamente relacionado con la modificación establecida en relación a los títulos habilitantes para poder celebrar un contrato en prácticas entre los que se ha incluido, tal y como ya se ha señalado, el certificado de profesionalidad (art. 11.1 ET). Esto ha determinado que se haga referencia a este certificado a la hora de establecer el colectivo con el que se puede celebrar un contrato para la formación.

Pero el legislador también ha venido estableciendo un requisito, adicional al anterior, referido a la edad que debe tener el trabajador pueda celebrar el citado contrato. Tanto en la redacción del art. 11.2 a) del ET, como en la prevista en el art. 12.dos del RDL 10/2010, y en el art. 12.dos de la Ley 35/2010 se establece como regla general que el trabajador debe ser mayor de 16 y menor de 21 años. Regla para la que, a su vez, ya se establecían excepciones a las que el RDL 10/2010 vino a añadir otra de carácter transitorio, a la que a continuación se hará referencia. Excepción que ha quedado recogida en la Ley 35/2010 que, al mismo tiempo, ha introducido variaciones que se ponen de manifiesto en el ámbito de las excepciones a esa regla general en las que incide alterando significativamente los colectivos que pueden celebrar un contrato para la formación.

Lo cierto es que, como se ha indicado, el art. 12.dos del RDL 10/2010 no introdujo modificaciones en cuanto a las excepciones previstas en la regulación anterior para la citada regla general, a las que después se hará referencia, sino que en la disposición transitoria séptima del RDL 10/2010 se estableció una excepción adicional a la mencionada regla general que permite desde su

entrada en vigor (el 18 de junio de 2010) hasta el 31 de diciembre de 2011 que puedan realizarse contratos para la formación con trabajadores menores de 25 años. Excepción que se ha mantenido en la disposición transitoria séptima de la Ley 35/2010. Como puede comprobarse se trata de una excepción de carácter transitorio que permite ampliar de forma general hasta los 24 años la edad para poder realizar un contrato para la formación, lo que sin duda trata de dar respuesta a una realidad social en la que, como ya se ha señalado, existe un elevado número de trabajadores desempleados menores de 25 años que carecen de formación, y, sin embargo, no es posible incluirlos entre los colectivos para los que se permite la celebración de un contrato para la formación.

Ampliando la edad en los términos señalados (junto a otras medidas que se establecen) el legislador espera que se incremente dicho número y, a su vez, sea una oportunidad para que los jóvenes menores de 25 años que carecen de cualificación profesional se incorporen al mercado de trabajo y adquieran una formación teórico-práctica necesaria para desempeñar un oficio o puesto de trabajo que requiera un cierto nivel de cualificación. Esto implica que los contratos que se celebren a partir del 1 de enero de 2012 deberán respetar la regla general referida a la edad en la que se marca el límite de que el trabajador debe ser menor de 21 años, con las excepciones que, de forma general, se establecen al respecto. Excepciones que el art. 12.dos del RDL 10/2010 siguió manteniendo en los términos previstos en la regulación anterior, ya que no modificó en este aspecto la regulación prevista en el art. 11.2 del ET. En concreto, por una parte, el incremento del límite de edad hasta los 24 años para los desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficios; y, por otra, la ausencia del citado límite para el caso de los desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo y para las personas con discapacidad desempleadas.

Sin embargo, el art. 12. dos de la Ley 35/2010, aunque mantiene la ausencia de límite de edad para los casos en los que el contrato se concierte con personas con discapacidad, introduce modificaciones en relación al resto de excepciones señaladas en el art. 11.2.a) del ET. De un lado, establece una nueva excepción a la regla general por la que el trabajador debe ser menor de 21 años, incrementando el límite máximo de edad hasta los 24 años para los desempleados que cursen un ciclo de formación profesional de grado medio; de este modo, la ampliación de la edad hasta los 24 años para celebrar un contrato para la formación con carácter transitorio en los términos señalados, se contempla con carácter definitivo para este colectivo de desempleados. Y, de otro, no se establece ningún límite de edad para poder celebrar contratos para la formación en aquellos casos en los que se concierten "con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación" entre los que señala de forma expresa los de "escuelas taller"

y "casas de oficios", para los que se contemplaba un límite máximo de edad de 24 años, y "talleres de empleo", si bien en este caso no implica novedad alguna ya que no existía un límite de edad; a los que añade la mención genérica "u otros que se puedan aprobar". Lo cierto es que la norma no indica un límite específico de edad, porque en realidad contempla un marco flexible con respecto a la misma en el que queda abierta la posibilidad de establecer diferentes límites de edad al efecto en función del programa público de empleo-formación en cuestión, ya que señala que "el límite máximo de edad será el establecido en las disposiciones que regulen el contenido de los citados programas"; lo que puede implicar una diversidad de límites de edad al efecto, e incluso que no se establezca ningún límite de edad, sino que se dirija a los citados desempleados sea cual sea su edad.

Aún así, hay que tener en cuenta que la modificación en realidad opera desde el punto de vista de los programas que se puedan aprobar, sobre todo si se considera que los programas de escuelas taller y casas de oficios se dirigen a desempleados menores de 25 años de edad. Desde este punto de vista puede parecer que la modificación carece de relevancia, más aún teniendo en cuenta que en los programas de talleres de empleo, no se establecía un límite de edad en la regulación anterior, ya que se dirigen a desempleados de 25 años o más con especialidades dificultades para integrarse en el mercado de trabajo. Ahora bien, hay que considerar que está prevista la futura aprobación del Real Decreto por el que se ordenan los programas de políticas activas de empleo en el que se crea un programa general de escuelas taller, de modo que los programas específicos de empleo formación de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo se engloban en el programa de escuelas taller, en el que no se establece un límite de edad, por lo que pueden participar personas desempleadas sea cual sea su edad. De ahí que se haga referencia a los programas que se puedan aprobar para determinar la edad, sobre todo porque si se siguiese haciendo referencia en el art. 11.2 a) del ET al límite de edad de 24 años, ya que está previsto que se elimine en la futura normativa en los términos señalados, en el momento en que esto suceda no sería posible recurrir al contrato para la formación si se considera que en el programa participarán personas desempleadas con independencia de su edad[11].

Si se compara la regulación prevista en el art. 12.dos del RDL 10/2010 con la que finalmente se establece en el art. 12.dos de la Ley 35/2010 puede constatarse fácilmente como esta última amplia considerablemente el colectivo de sujetos a los que se dirige este tipo de contrato. De este modo, mientras que en el RDL 10/2010 se amplía la edad de los sujetos a los que se dirige pero sólo

[11] Vid. la Enmienda nº 240 del Grupo Parlamentario Socialista al proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (procedente del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio). Boletín Oficial de las Cortes. 17 de agosto de 2010.

para un plazo concreto, en la Ley 35/2010 además se establecen cambios al respecto de carácter permanente que tratan de incidir, en mayor medida que el RDL 10/2010 en la inserción profesional de los sujetos a los que se dirige.

3.2. Cambios relativos a la formación

El art. 12.dos del RD Ley 10/2010, aunque añadió una referencia a la financiación, organización e impartición de la formación teórica, realmente no modificó la regulación prevista en el art. 11.2 e) del ET en relación a la formación del trabajador. Ha sido el art. 12.dos de la Ley 35/2010 la que realmente, mantenido la citada referencia, ha introducido diversas modificaciones en esta materia. No obstante, hay que tener en cuenta que en algunos casos los cambios que establece esta Ley en la regulación prevista en el art. 11.2 e) del ET en realidad no implican una verdadera modificación del régimen jurídico del contrato para la formación, sobre todo si se tiene en cuenta que ya se contemplan en el art. 27 del RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, dedicado a la formación teórica de los contratos para la formación. En realidad, la modificación radica en que ahora esas previsiones se van a establecer en una norma con rango de ley. Es lo que sucede con referencia a la necesidad de que la formación teórica debe impartirse "siempre fuera del puesto de trabajo" (contenida en el art. 27.2 del RD 395/2007). Tampoco constituye realmente una modificación el hecho de que ahora se haga referencia a "la educación secundaria obligatoria", en lugar de hacerla a "los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria", tal y como se establecía en la anterior redacción del art. 11.2 e) del ET, sino que de este modo se viene a concretar el objetivo que debe cumplir la formación teórica cuando el trabajador no haya completado dicha educación; tal y como ya se estableció en el art. 27.1 del RD 395/2007, en el que se hace una mención expresa a "la educación secundaria obligatoria". Además, se incide en ese objetivo en mayor medida que en la regulación anterior ya que se señala que "la formación tendrá por objeto prioritario la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria". Es decir, la referencia a "objeto inmediato" de la anterior redacción se sustituye por la relativa a "objeto prioritario", por lo que con ello se pone de manifiesto de forma clara que esta formación tiene carácter preferente con respecto a cualquier otra que deba recibir el trabajador. Del mismo modo, junto a la mencionada especificación, se establece el deber de las Administraciones educativas "de garantizar una oferta adaptada a este objetivo"; un deber al que igualmente se hace referencia en el citado art. 27.1 del RD 395/2007.

Sin embargo, en algún caso sí se establece un cambio en relación a lo previsto tanto en el art. 11.2 e) del ET, como en el art. 27 del RD 395/2007.

Así, cuando se hace referencia al tiempo de dedicado a la formación teórica en ambas normas se indica que dependerá "del número de horas establecido para el módulo formativo adecuado" al oficio o puesto de trabajo a desempeñar, si bien el art. 12.dos de la Ley 35/2010 sustituye la referencia al "módulo formativo adecuado" por la relativa a "la formación adecuada". En realidad el hecho de que se haga mención a "formación" en lugar de hacerla a "módulo formativo", implica una referencia más amplia y genérica, ya que el módulo se identifica con una parte de una acción formativa, de modo que ésta puede estar estructurada en varios módulos formativos. Es decir, por medio de la formación se pueden adquirir los conocimientos y capacidades que van a permitir al trabajador desempeñar el mencionado oficio o puesto de trabajo, y esa formación se puede organizar en módulos formativos. Desde este punto de vista es más correcto hacer referencia a formación.

Como se ha indicado, el art. 12.dos de la Ley 35/2010 modifica la redacción del art. 11.2 e) del ET, y señala que en los casos en los que el trabajador no haya finalizado la enseñanza secundaria obligatoria el objetivo prioritario de la formación será precisamente la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria. Desde este punto de vista, como se ha podido constatar, no se establece una regulación distinta. Sin embargo, la Ley 35/2010, sí incorpora una modificación directamente relacionada con el objetivo de la formación teórica en los casos en los que el trabajador no ha concluido la citada educación secundaria obligatoria, y establece la posibilidad de que una parte de la formación teórica se imparta antes del inicio de la prestación laboral ("previamente al contrato"), si bien esta posibilidad no se contempla en términos generales, ya que serán las Administraciones Públicas las que podrán impartirla y sólo en el marco concreto de los "programas públicos de empleo-formación que tengan por objeto profesionalizar jóvenes con fracaso escolar e insertarlos en el mercado de trabajo desarrollados por la Comunidades Autónomas"[12]. En este supuesto, aunque el legislador hace una referencia genérica a "una parte de la formación teórica" como formación que se puede impartir previamente al contrato, hay que tener en cuenta que en estos casos lo primordial es que los jóvenes finalicen la enseñanza secundaria obligatoria.

Estos programas se dirigen a jóvenes con claras dificultades de inserción

[12] El legislador trata de incidir en la alternativa que suponen los citados programas públicos de empleo-formación como formación en alternancia con el empleo, en particular en el caso de aquellos que se dirigen al colectivo mencionado de jóvenes con fracaso escolar; sobre todo porque estos programas tienen como finalidad proporcionar a estos jóvenes una formación básica y profesional que les va a permitir incorporarse al mercado de trabajo y proseguir sus estudios. De ahí que el legislador mencione expresamente estos programas y trate de reforzar el papel y el compromiso de las Administraciones Públicas señalando la posibilidad de que impartan la mencionada formación teórica. En este sentido hay que destacar que será necesaria la colaboración entre las Administraciones laborales y educativas.

en el mercado de trabajo. De este modo, y para esos programas concretos, se permite concentrar parte de la formación antes de iniciar la prestación laboral, con lo que estos jóvenes se dedicarán única y exclusivamente a formarse, sin necesidad de tener que alternar trabajo y formación. La finalidad que se persigue con esa concentración de la formación es precisamente facilitar la integración de estos jóvenes en la empresa, de forma que, una vez que comiencen a prestar servicios con un contrato para la formación, puedan afrontar sin dificultades su formación teórica, facilitándoles la asimilación de los contenidos y permitiendo de esa forma que puedan poner en práctica esos conocimientos teóricos que realmente van adquiriendo a lo largo del contrato de trabajo.

Es cierto que, como se ha indicado, parte de esa formación teórica se va a impartir "previamente al contrato", sin embargo el legislador establece que el tiempo destinado a la formación, aunque se trate de una formación anterior al inicio de la prestación laboral, computa no sólo "a los efectos de la formación realizada", sino también de "jornada de trabajo al formalizarse el contrato", lo que deberá constar en el mismo. Es decir, desde este punto de vista, aunque se imparta con anterioridad a la celebración del contrato se computará como si el trabajador estuviera recibiendo la formación teórica una vez celebrado el contrato. Ahora bien, aunque esto sea así, hay que tener en cuenta que, aunque compute a efectos de jornada, el trabajador en ese caso habría dedicado toda su jornada a formarse, por tanto, en el momento en que pase a prestar servicios en la empresa deberá finalizar su formación teórica y desarrollar un trabajo que le permitirá obtener una formación práctica, pero puesto que ya concentró una parte de su formación teórica en un período previo al contrato que después computa como jornada puede suceder que una vez finalizada la parte de formación teórica que no se haya impartido previamente al contrato, el trabajador deba destinar toda su jornada a trabajar. De ahí que el legislador señale que "la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica".

Este incremento de la retribución ya se contemplaba para el caso en el que se entiende cumplido el requisito de la formación teórica porque el trabajador acredite mediante certificado de la Administración pública la realización de un curso de "formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato" (tal y como se indicaba en la redacción anterior del art. 11.2 e) del ET, redacción que no fue modificada por el RDL 10/2010) y ahora también se extiende al supuesto al que se ha hecho referencia en el que la formación se concentra con carácter previo al contrato de trabajo. El art. 12.dos de la Ley 35/2010, en la redacción que establece para el art. 11.2 e) del ET, sigue haciendo referencia a este supuesto y admitiendo, por tanto, que se entienda cumplido de ese modo el citado requisito de formación teórica; si bien, introduce, de un lado, una modificación, y, de otro, un requisito

específico relativo al número de horas del mencionado curso. En cuanto a la modificación, hace referencia a "formación profesional para el empleo" en lugar de a "formación profesional ocupacional", lo que se justifica por el hecho de que las modalidades de formación profesional ocupacional y continua se han integrado en un único modelo de formación profesional para el empleo. En este sentido, hay que recordar que la disposición adicional décima del RD 395/2007, de 23 de marzo señala que "las referencias relativas a la formación profesional ocupacional se entenderán realizadas a la formación profesional para el empleo". De este modo, la Ley 35/2010 adapta la regulación a los mencionados cambios.

Sí incide en mayor medida en la regulación de la formación el hecho de que el legislador haga referencia, como requisito específico, al número de horas que ha de tener el curso, ya que, aunque se entiende cumplido el requisito de formación teórica cuando el trabajador acredite la realización de un curso en los términos señalados, lo cierto es que el hecho de que la norma exija un mínimo de horas de formación determina la exclusión de todos aquellos cursos que no tengan esas horas a efectos de entender cumplido el requisito de formación teórica. La referencia para determinar el número de horas es el equivalente al número mínimo de horas de formación teórica que debería recibir el trabajador si no tuviera esa formación, teniendo en cuenta la duración del contrato; de ahí que se señale "en proporción" a esa duración. En todo caso, hay que considerar, tal y como se señala en el art. 11.2.e) del ET, que el número de horas de formación no puede ser inferior "al 15 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal". En definitiva, la finalidad que se persigue en este supuesto al añadir como requisito que el curso tenga un cierto número de horas es evitar que cualquier curso de formación profesional para el empleo sea admitido para entender cumplida la formación teórica. Es decir, se delimita su adecuación al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato desde el punto de vista de la duración del curso.

Por último, en el art. 11.2 e) del ET también se hace referencia a la financiación y a la organización e impartición de la formación teórica; referencia que, como se ha indicado, se incluyó por el art. 12.dos del RDL 10/2010 y se ha mantenido en el art. 12.dos de la Ley 35/2010. Si bien, lo que en realidad se prevé es un futuro desarrollo reglamentario en el marco de la normativa que se dicte en aplicación y desarrollo del RD 395/2007, y, en particular, de su art. 27, que, como se ha señalado, regula la formación teórica de los contratos para la formación. Pero, además, al margen de ese desarrollo reglamentario la disposición adicional segunda de la Ley 35/2010, en la que se ha recogido, con alguna modificación, lo que se señalaba en la disposición adicional segunda del RDL 10/2010, indica que el Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración, y del Ministerio de educación, establecerá procedimientos que flexibili-

cen y faciliten a los empresarios la organización de la formación teórica a los trabajadores contratados para la formación, sobre todo en el caso de empresas de hasta 50 trabajadores. La finalidad tanto en el RDL 10/2010 como en la Ley 35/2010 sigue siendo la misma, el establecimiento de los citados procedimientos destinados a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación formativa del empresario, en especial en las empresas de reducidas dimensiones.

No obstante, mientras que la disposición adicional segunda del RDL 10/2010 hacía referencia al establecimiento de esos procedimientos a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración, la disposición adicional segunda de la Ley 35/2010 ha incluido también la referencia al Ministerio de educación. Es cierto que las acciones formativas de los contratos para la formación forman parte de la formación en alternancia con el empleo, esto es, de una de las iniciativas de formación que integran el Subsistema de Formación Profesional para el empleo, y, desde este punto de vista, puede parecer que el establecimiento de esos procedimientos por parte del Gobierno debería llevarse a cabo única y exclusivamente a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración, sin embargo, hay que tener en cuenta la necesaria intervención en este caso del Ministerio de educación, sobre todo si se consideran los supuestos en los que la formación tiene como objetivo prioritario la finalización de la educación secundaria obligatoria; lo que necesariamente va a implicar la colaboración de ambos Ministerios. Además, la norma hace mención a la "organización de la formación teórica", en lugar de hacerla a la "impartición de la formación teórica", tal y como se indicaba en el RDL 10/2010; lo que se justifica si se tiene en cuenta que el empresario tiene una obligación genérica de facilitar que el trabajador obtenga, siempre fuera del puesto de trabajo, una cualificación profesional adecuada al mismo, pero esto no significa que tenga el deber de impartirla; de ahí que sea más correcta la referencia a "organización".

La citada disposición adicional segunda de la Ley 35/2010, aunque está previsto el desarrollo reglamentario en lo relativo a la financiación de la formación teórica, señala, en los mismos términos que la disposición adicional segunda del RDL 10/2010, que las empresas podrán financiarse el coste que les suponga la formación teórica en los términos previstos en el art. 27.5 del RD 395/2007, o en la norma que lo modifique o sustituya. De ese modo se hace una remisión a la actual regulación de la financiación de la formación teórica y, en su caso, a la regulación que en un futuro se prevea al respecto. Así, por el momento, para financiar dicha formación se recurre a las bonificaciones en las cotizaciones 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; lo que se justifica si se considera que, como se ha señalado, se trata de una acción formativa que

se encuadra en el marco de la formación en alternancia con el empleo, por lo que se integra en el ámbito de las políticas de empleo y formación cuya gestión depende del citado Servicio Público de Empleo Estatal. Además, la citada disposición adicional segunda, establece la compatibilidad de estas bonificaciones con las que estén contempladas para los contratos para la formación en programas de fomento del empleo. De este modo, las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la celebración de contratos para la formación, tal y como se establecían en el art. 11 del RDL 10/2010 y, en la actualidad, en el art. 11 de la Ley 35/2010, a las que después se hará referencia, se suman a las previstas para financiar el coste de la formación teórica. En todo caso, unas y otras bonificaciones conectan, a su vez, con el fomento y el mantenimiento del empleo.

3.3. Acreditación de la cualificación o competencia profesional

El art. 12.dos del RDL 10/2010 modificó la regulación prevista en el art. 11.2 g) del ET, con objeto de hacer referencia a la acreditación de la cualificación o competencia profesional que el trabajador ha adquirido a través del contrato para la formación, de modo que estableció que "será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en su normativa de desarrollo". Después, como ya se venía contemplando en la regulación anterior, por una parte, señaló la posibilidad de que el trabajador solicite de la Administración Pública competente la expedición del certificado de profesionalidad, si bien indicó "conforme a lo establecido en dicha regulación"; y, por otra, "sin perjuicio de lo anterior" (tal y como aclara el RDL 10/2010), recogió la obligación del empresario de entregar al trabajador un certificado en el que se señalase tanto la duración de la formación teórica como el nivel de la formación práctica que ha adquirido. Esto implica que, con independencia de la citada acreditación de la cualificación o competencia profesional, el empresario debe cumplir esta última obligación. Pues bien, la actual redacción del art. 11.2 g) del ET prevista en el art. 12.dos de la Ley 35/2010 contempla las citadas modificaciones en los mismos términos establecidos por el art. 12.dos del RDL 10/2010.

Lo cierto es que aunque la mencionada referencia a la acreditación pueda parecer novedosa, tan sólo lo es desde el punto de vista de su inclusión en la regulación prevista en el art. 11.2 del ET para el contrato para la formación. En realidad, el legislador recoge lo que ya se contempla en el RD 395/2007, en el que se regula la formación teórica del contrato para la formación (art. 27), y, en concreto, se hace referencia a la acreditación de la formación en el marco de lo establecido en la LO 5/2002 (art. 11 en relación al art. 8 de esta LO). Es más, en

el art. 11.2 g) del ET se reproduce de forma literal parte de lo previsto en el art. 27.4 del RD 395/2007, en el que se indica que "la cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación será objeto de acreditación"; si bien, en este supuesto, la norma remite a lo establecido al respecto en su art. 11, dedicado expresamente a la acreditación de la formación.

Así, a pesar de que el legislador hace una mención expresa a la acreditación de la cualificación o competencia profesional y, en concreto, a su normativa reguladora, en particular de la LO 5/2002 y sus normas de desarrollo[13], lo cierto es que, aunque el legislador no hubiese hecho referencia a estas normas, la citada acreditación tendría lugar en los mismo términos, ya que la modificación que se incluye en el art. 11.2 g) del ET en realidad contiene una remisión a la normativa que ya se aplica, sin introducir variaciones en la misma. Es decir, esa regulación de la formación teórica del contrato para la formación, y, en particular, el contenido relativo a la acreditación a la que se viene haciendo referencia se aplicaría igualmente al contrato para la formación sin necesidad de que conste dicha mención en el art. 11.2 g) del ET.

No obstante, a pesar de lo indicado, hay que tener en cuenta que si se analiza esta modificación y se pone en relación con los cambios introducidos en materia de formación, se puede constatar que la misma no deja de tener relevancia, por una parte, porque el legislador deja constancia en la propia Ley de la importancia de la formación que se adquiere en el marco del contrato para la formación, y del alcance de la misma en el sentido de que permite obtener la citada acreditación. Y, por otra, porque, como ocurre con algunos aspectos relativos a la formación a los que ya se ha hecho referencia, el hecho de que la Ley 35/2010 recoja de forma literal lo previsto en la norma de desarrollo, aunque no varíe la regulación desde el punto de vista del contenido sí lo hace en el sentido de que ahora se incluye en una norma con rango de ley con las consecuencias que ello conlleva.

3.4. Cambios en relación con la retribución

El art. 12.dos del RDL 10/2010, introdujo una modificación en el art. 11.2 h) del ET en relación a la retribución del trabajador que preste servicios con un contrato para la formación que también se ha recogido en el art. 12.dos de la Ley 35/2010. Antes de la citada modificación el art. 11.2 h) del ET establecía que la retribución del trabajador sería la fijada en convenio colectivo, sin que, "en su defecto", pudiese ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivamente realizado. Pues bien, la modifi-

[13] Vid., entre otras, RD 395/2007, de 23 de marzo; RD 1538/2006, de 15 de diciembre y RD 34/2008, de 18 de enero.

cación del régimen retributivo se lleva a cabo, por una parte, con la supresión de la expresión "en su defecto"; y, por otra, con la diferenciación entre la retribución del primer y segundo año de contrato. Así, aunque tanto en el primer como en el segundo año será la fijada en convenio colectivo, en el primer año la retribución no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo, mientras que en el segundo año se estable que, en ningún caso, podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional "con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica".

La supresión de la citada expresión viene a despejar las dudas que hasta el momento se producían en relación a la posibilidad de que el convenio colectivo pudiese establecer una retribución inferior al SMI, y, en realidad, éste sólo quedase garantizado (en proporción al tiempo de trabajo efectivamente realizado) si el convenio no contenía una regulación al respecto. Es decir, suprimida la expresión, ya no cabe cuestionarse la posible existencia de una relación de supletoriedad entre ley y convenio, puesto que el art. 11.2 h) del ET ya no deja margen para ello, ni en cuanto a la retribución prevista para el primer año de contrato, ni en la establecida para el segundo en el que, además, se indica "sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional". De este modo la norma establece un mínimo que el trabajador tendrá garantizado, ya que el convenio colectivo no podrá establecer una cuantía inferior; mínimo que varía en función del año de contrato.

Así, aunque en el primer y el segundo año el legislador establece que la retribución que se fije en convenio no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional, en el primer año se tiene en cuenta el tiempo dedicado a la formación del trabajador, tiempo que no será retribuido, de forma que el trabajador percibirá una retribución no inferior al citado salario, si bien, "en proporción al tiempo de trabajo efectivo". Sin embargo, en el segundo año, el trabajador no podrá percibir "en ningún caso", con independencia del tiempo que se destine a la formación, una retribución inferior al salario mínimo interprofesional; con lo que el legislador mejora la retribución prevista en la regulación anterior, en particular, para el segundo año de contrato. En definitiva, como puede constatarse, en la regulación vigente se establece una relación de suplementariedad entre ley y convenio, de forma que en el art. 11.2 h) del ET se establece un mínimo en cuanto a la retribución que debe percibir el trabajador, lo que determina que el convenio no podrá establecer una retribución inferior a la prevista en la norma, pero sí mejorarla.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior se puede establecer otras duraciones que pueden llegar a que el contrato tenga una duración máxima de tres años, o hasta de cuatro años si se concierta con una persona con discapacidad (art. 11.2 c) del ET). El legislador, como se ha indicado, distingue entre la retribución que percibirá el trabajador el primer y se-

gundo año, mejorando la de este último, en el que el trabajador ya ha adquirido una experiencia previa. Sin embargo no hace referencia alguna a la retribución que percibirá el trabajador en los casos en los que los convenios establezcan una duración superior a esos dos años. Pues bien, hay que tener en cuenta que el salario mínimo interprofesional opera como retribución mínima legalmente fijada para todos los trabajadores. En este supuesto el trabajador que presta servicios con un contrato para la formación debería, como mínimo, percibir el citado salario mínimo interprofesional, sin que sea posible descontarle en ese tercer y cuarto año la parte correspondiente al tiempo destinado a formación teórica; no obstante, también hay que considerar que los convenios colectivos pueden mejorar dicha retribución, y que, en todo caso, no es posible que establezcan una retribución inferior.

3.5. Ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social

Una de las medidas con las que se pretende hacer más atractivo para los jóvenes el contrato para la formación, tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley 35/2010 (en los mismos términos que en el del RDL 10/2010) es precisamente el reconocimiento de la prestación de desempleo, ampliando de este modo la acción protectora de la Seguridad Social. Por esta razón, el art. 12.dos del RDL 10/2010 modificó la redacción del art. 11.2.i) del ET para señalar que la acción protectora de la Seguridad Social comprenderá "todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones", incidiendo en este caso en la citada prestación de desempleo al señalar "incluido el desempleo"; redacción que se ha mantenido en el art. 12. dos de la Ley 35/2010. Lo que, a su vez, determinó la necesidad de modificar por el RDL 10/2010 la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) con objeto de reflejar la citada ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social para los trabajadores contratados para la formación; así como de incluir por dicho RDL una nueva disposición adicional cuadragésima novena en la citada LGSS a efectos de establecer el régimen de cotización por desempleo en este contrato y la cuantía de la prestación; modificación que igualmente ha quedado recogida en el art. 12 cuatro de la Ley 35/2005[14].

[14] Para ello se parte de lo previsto para el contrato en prácticas. En concreto, se establece que la cotización por la contingencia de desempleo en el contrato para la formación se efectuará por la cuota fija resultante de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales el mismo tipo de cotización y distribución entre empresario y trabajador establecido para el contrato en prácticas. Además, se hace una remisión a lo establecido en el art. 211 de la LGSS a efectos de la determinación de la base reguladora y la cuantía de la prestación de desempleo. Vid. art. 42 de la Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

En realidad, esta ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social sólo se aplica a los contratos para la formación que se hayan concertado a partir del 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del RDL 10/2010, y a los concertados con anterioridad a esa fecha una vez que sean prorrogados (párrafo segundo de la disposición transitoria octava de la Ley 35/2010, en los mismos términos que se establecían en la disposición transitoria octava del RDL 10/2010). De este modo, a sensu contrario, quedan excluidos de la citada ampliación los contratos para la formación celebrados antes de la citada fecha que no sean prorrogados. Pero, además, esta no es la única excepción a la ampliación de la acción protectora, ya que tampoco se contempla para los contratos para formación suscritos con alumnos trabajadores en los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo (disposición adicional tercera de la Ley 35/2010, en los mismos términos que la disposición adicional tercera del RDL 10/2010), por lo que quedan igualmente excluidos sin que se encuentre una justificación para ello[15].

3.6. Bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación

Las modificaciones a las que se viene haciendo referencia tienen como finalidad "elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes", tal y como se indicó en el Preámbulo del RDL 10/2010 y, como se establece en el de la Ley 35/2010. En este sentido, no basta con establecer determinadas mejoras en la regulación del contrato para la formación desde el punto de vista del trabajador, sino que es preciso adoptar medidas dirigidas a los empresarios que tengan por objeto incentivarles para que recurran a la utilización de este tipo de contrato. De ahí que el art. 11 del RDL 10/2010 estableciese un sistema de bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación, que ahora se contempla en el art. 11 de la Ley 35/2010.

Las bonificaciones se establecen tanto para los nuevos contratos de formación con trabajadores desempleados e inscritos en las oficinas de empleo que se celebren desde su entrada en vigor[16] hasta el 31 de diciembre de 2011; como para los concertados antes de su entrada en vigor que sean prorrogados

[15] A pesar de que esa exclusión se ha calificado como carente de justificación y arbitraria y se ha tratado de que se extienda la protección, y las bonificaciones a las que a continuación se hace referencia, finalmente no ha sido posible. Vid. la Enmienda nº 158 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, al proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (procedente del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio). Boletín Oficial de las Cortes de 17 de agosto de 2010.

[16] En el art. 11 del RDL 10/2010 se señalaba la fecha de su entrada en vigor, es decir, a partir del 18 de junio de 2010. Por su parte, el art. 11 de la Ley 35/2010 también hace referencia a la fecha de su entrada en vigor, esto es, el 19 de septiembre de 2011; si bien, como se ha indicado, el contenido de uno y otro artículo es el mismo.

desde esa fecha hasta el 31 de diciembre de 2011. En ambos casos las empresas tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como de las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, FOGASA y formación profesional[17]. Además, se aplica la misma bonificación a las cuotas de los trabajadores[18]. En el caso de los contratos para la formación celebrados desde la entrada en vigor de la norma hasta el 31 de diciembre de 2011 la bonificación se aplica durante toda la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas; y en el de los que concertados antes de la entrada en vigor de la norma que se prorroguen hasta el 31 de diciembre de 2011 durante la vigencia de sus prórrogas[19].

Ahora bien, a pesar de lo indicado no todos los empresarios van a tener derecho a las bonificaciones, ya que para ello se establece una condición al efecto. En concreto, "el contrato para la formación debe suponer un incremento de la plantilla de la empresa". Para conocer si realmente si realmente es así, el art. 11.2 de la Ley 35/2010 también indica cómo calcular ese incremento y para ello se remite a lo dispuesto en su art. 10.5. En el art. 10 de la Ley 35/2010 se regulan las bonificaciones de cuotas por la contratación indefinida, si bien, como en el caso de las bonificaciones de cuotas previstas para los contratos para la formación, se estable un requisito que opera como condicionante a la hora de aplicar las bonificaciones que se contemplan en dicho artículo. En este supuesto se hace referencia a que las nuevas contrataciones o transformaciones en indefinidos de los contratos que señalan en el mismo, excepto los de relevo, "supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa", y para su determinación se establece una fórmula concreta a la que ahora se hace referencia en el art. 11.2 de la Ley 35/2010. En concreto, "se tomará como

[17] En el caso de que las empresas celebren contratos para la formación con trabajadores con discapacidad pueden aplicar esta bonificación del 100 por 100 de las cuotas, o bien la reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación que se celebren de acuerdo con la disposición adicional segunda del ET (disposición transitoria novena de la Ley 35/2010, en los mismos términos que se establecía en la disposición transitoria novena del RDL 10/2010).

[18] Para los que también se establece que en este caso "serán objeto 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, al objeto de incrementar su cualificación profesional" (art. 11.4 de la Ley 35/2010).

[19] Vid. disposición transitoria octava de la Ley 35/2010. A los contratos para la formación celebrados con anterioridad a 18 de junio de 2010 (momento de entrada en vigor del RDL 10/2010) se les seguirán aplicando las bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad que se vinieran disfrutando en los términos previstos en la normativa vigente en el momento de su celebración, o, en su caso en el de iniciarse el disfrute de su celebración. Si bien sus prórrogas, en los términos a los que se ha hecho referencia, se regirán por lo establecido en el art. 11 de la Ley 35/2010 (disposición transitoria sexta de la Ley 35/2010, que reproduce lo previsto en la disposición transitoria sexta del RDL 10/2010).

referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación"[20]. Como puede constatarse se hace referencia en todo caso a "trabajadores con contratos indefinidos", si bien cabría cuestionarse hasta qué punto tiene sentido aplicar esta fórmula, dirigida a calcular el incremento del nivel de empleo fijo de la empresa, para determinar si existe "un incremento de la plantilla en la empresa". Pero lo cierto es que el legislador al recurrir a esta fórmula trata de evitar que los empresarios sustituyan a los trabajadores con contrato indefinido por trabajadores con contratos para la formación con objeto de beneficiarse de las mencionadas bonificaciones.

De todos modos, además de esta condición, hay que tener considerar que el propio art. 11.2 de la Ley 35/2010 establece una regulación de carácter supletorio para lo que no esté previsto en el art. 11 de la Ley 35/2010, de forma que hace una remisión a una parte de la regulación prevista en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. En concreto, a la sección 1ª, del capítulo I, a excepción de lo dispuesto en materia de exclusiones en el art. 6.2, y a la disposición adicional tercera de dicha Ley, relativa a la financiación, aplicación y control de los incentivos del Programa de Fomento del Empleo. Por tanto, el hecho de que esa regulación tenga carácter supletorio, implica, además de que se debe aplicar lo establecido en la citada disposición adicional tercera, por una parte, que, con independencia de que se cumpla la condición a la que se ha hecho referencia, estas bonificaciones no se van a aplicar en una serie de supuestos previstos en el art. 6.1 de la Ley 43/2006 [21], a los que, además, hay que añadir el de los contratos para la formación suscritos con los alumnos trabajadores que participen en los programas públicos de empleo-formación de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo, para los que, como se ha

[20] No obstante, el legislador tiene en cuenta que los contratos indefinidos pueden extinguirse por diferentes causas, de forma que excluye del cómputo aquellos contratos que se hayan extinguido en el citado período por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

[21] En dicho artículo se establecen una serie de supuestos (para los que, a su vez, también se contemplan ciertas excepciones) en los que no cabe aplicar dichas bonificaciones, como, por ejemplo, las relaciones laborales de carácter especial del art. 2 del ET, excepto la relación laboral de trabajadores con discapacidad en Centro Especial de Empleo; o las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos; salvo en determinados supuesto.

indicado, tampoco se contemplan prestaciones por desempleo (disposición adicional tercera de la Ley 35/2010, en los mismos términos que se establecía en la misma disposición del RDL 10/2010). Y, por otra parte, el cumplimiento por los empresarios de los requisitos previstos en el art. 5 de la Ley 43/2006, en concreto, hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las citadas bonificaciones[22]; y no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas; y ello con independencia de que, además, sea necesario que se produzca el mencionado incremento de la plantilla de la empresa en los términos señalados, lo que sin duda va a actuar como condicionante a la hora de tener derecho a estas bonificaciones.

4. CAMBIOS QUE AFECTAN TANTO AL CONTRATO EN PRÁCTICAS COMO AL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN

Al margen de las modificaciones señaladas en cada uno de los contratos, en la Ley 35/2010 se contemplan una serie de cambios que afectan tanto al contrato en prácticas como al contrato para la formación. Se trata, entre otras, de modificaciones en los términos que emplea el legislador en determinados casos; de la inclusión, como novedosa, de la interrupción de la duración del contrato en determinadas situaciones; y de la referencia a la presencia equilibrada de hombres y mujeres.

4.1. Modificaciones terminológicas: las referencias a "discapacidad"

El art. 12 del RDL 10/2010, introduce modificaciones de carácter terminológico en relación a la regulación de los contratos formativos, de modo que en la prevista para el contrato en prácticas sustituye la referencia a "trabajador minusválido" por la de "trabajador con discapacidad" (art. 11.1 del ET); lo mismo sucede en cuanto a la establecida para el contrato para la formación en la que se reemplazan la expresión "persona minusválida" por "persona con discapacidad", y la relativa a "grado de minusvalía" por la de "grado de discapacidad" (art. 11.2 c) del ET). Modificaciones que se mantienen inalteradas por el art. 12 de la Ley 35/2010.

En este sentido hay que recordar que la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de

[22] En el caso en el que se produzca una falta de ingreso en plazo reglamentario se prevé la pérdida automática de las bonificaciones respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en plazo durante el período de bonificación, además se tendrán en cuenta dicho periodo como consumido para el cómputo del tiempo máximo de bonificación.

las personas con discapacidad ya introdujo un cambio de denominación de personas "disminuidas físicas, psíquicas y sensoriales", por "personas con discapacidad". Pero, en concreto, hay que tener en cuenta el mandato establecido en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia señala que las referencias, en la que se indica que "a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" para denominarlas; de ahí las modificaciones de carácter terminológico a las que se ha hecho referencia.

4.2. La interrupción del cómputo de la duración del contrato

El art. 12 de la Ley 35/2010 introduce una previsión específica en cuanto a la interrupción del cómputo de la duración del contrato, tanto en el caso del contrato en prácticas, en el art. 11.1 b) del ET, como en el del contrato para la formación, en el art. 11.2 c) del ET. En concreto, se establece la mencionada interrupción en "las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad". Situaciones en las que se suspende el contrato, de modo que no existe una prestación efectiva de servicios, lo que implica, en este sentido, que también se suspende el cómputo de la duración del mismo y, de igual modo se reanuda en el momento en que el trabajador o la trabajadora se incorporan nuevamente a su puesto de trabajo. Esto implica que se tiene en cuenta la mencionada prestación efectiva de servicios con lo que con esas interrupciones el contrato se puede prolongar en el tiempo más allá del inicialmente pactado.

Hasta el momento, de acuerdo con lo establecido en el art. 19.2 del RD 488/1998, no se permitía la interrupción en las mencionadas situaciones, "salvo pacto en contrario", lo que permitía que en el contrato de trabajo y en los convenios colectivos se admitiese que en dichas situaciones se interrumpiera el cómputo de la duración del contrato. Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que los casos en los que se ha previsto que se produzca dicha interrupción no se corresponden en su totalidad con los establecidos en el citado art. 19.2, ya que éste hace referencia a "las causas previstas en los arts. 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores"; lo que implica que en los casos en los que se suspenda el contrato en virtud del resto de las causas que se indican en estos artículos no se va a interrumpir el cómputo, salvo que se haya pactado lo contrario.

Hay que tener en cuenta que en el caso de la Incapacidad Temporal el legislador vuelve a reestablecer este derecho que ya se contemplaba en el art. 13 del RD 1992/1984, de 31 de octubre, para la situación de incapacidad laboral transitoria (lo mismo que para el cumplimiento del servicio militar o la prestación social sustitutoria), extendiéndolo al resto de situaciones mencionadas.

Esta medida sobre todo va a permitir que efectivamente se obtenga la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, en el caso del contrato en prácticas; y que el trabajador pueda recibir la formación teórica y práctica, cuando se trata de un contrato para la formación, "lo que, en principio, exige la efectividad de la prestación"[23]. De otro modo, no sería posible obtener la práctica, y, desde luego, se dificultaría y en muchos casos se impediría que el trabajador completase la formación. Pero también hay que tener en cuenta el hecho de que el legislador haya considerado precisamente a los colectivos que pueden encontrarse en esas situaciones, y, en concreto, la de las mujeres. Es decir, podría afirmarse que de esta forma en cierto modo se trata de facilitar la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo respecto de las situaciones en las que sólo se pueden encontrar estas últimas y por las que se pueden ver perjudicadas.

4.3. La "presencia equilibrada de hombres y mujeres"

El art. 12.tres del RD 10/2010, modificó el art. 11.3 del ET con objeto de incluir una previsión dirigida a los sujetos negociadores. En concreto, se indicó: "se podrán fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir la paridad por razón de género en el número de trabajadores vinculados a la empresa mediante contratos formativos". En el art. 12.tres de la Ley 35/2010 se mantiene esta previsión, pero se introducen modificaciones al respecto. Por una parte, ya no se establece que "se podrán fijar" los citados criterios y procedimientos, sino que se indica que "se fijarán"; y, por otra, ya no se hace referencia a "paridad por razón de género en el número de trabajadores vinculados a la empresa", sino a "presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa".

En general, hay que señalar que la mencionada previsión puede considerarse como una manifestación de la transversalidad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en los términos establecidos en el art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007). En este artículo se indica que este principio informará con carácter transversal la actuación de todos los Poderes Públicos, y, a su vez, se contempla la obligación de integrarlo, con dicho carácter transversal, en la adopción y ejecución de las disposiciones normativas. En este caso, se podría pensar que es indiferente que en el art. 11.3 del ET se haga referencia a "paridad", o a "presencia equilibrada". No obstante, hay que tener en cuenta que la LO 3/2007 no emplea el término paridad, sino el de presencia equilibrada, entendido, tal y como se establece en su Disposición Adicional primera, como "la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento". Desde

[23] Vid. STSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 1995 (AS 1995, 3547).

este punto de vista, la modificación de la redacción prevista en el RDL 10/2010 puede ser interpretada en este sentido. Es decir, en primer lugar, se trata de integrar en este caso concreto el mencionado principio de igualdad; y, en segundo lugar, de llevarlo a cabo de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2007, por lo que, aunque el término presencia equilibrada se define a los efectos de lo establecido en la citada Ley, lo cierto es que en la medida en que se está cumpliendo el mandato que se contempla en la misma puede afirmarse que el mencionado término podría tener el mismo significado. En este sentido, como se acaba de señalar, este término sustituye al de paridad cuyo significado está vinculado a igualdad. No obstante, con la modificación el legislador parece poner de manifiesto que no se trata de que en las empresas exista un cincuenta por ciento de hombres y un cincuenta por ciento de mujeres vinculados con contratos formativos sino que la tendencia debe ser el equilibrio en los términos previstos en la Ley 3/2007[24].

Por último, el hecho de que ahora se haga referencia a que "en la negociación colectiva se fijarán" esos criterios y procedimientos, y no a que "se podrán fijar", implica un cambio importante, puesto que ya no se trata de una mera posibilidad, sino que, de este modo, los sujetos negociadores tienen la obligación de establecerlos. En este sentido, hay que recordar que estos sujetos tienen un deber genérico de "negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres", tal y como se establece en el art. 85.1 ET (tras su modificación por la Ley 3/2007). Desde este punto de vista, esta modificación resulta más coherente y viene a reforzar esa obligación en este aspecto concreto. El problema es que, aunque se establezca un mandato para los sujetos negociadores, el legislador no aporta ningún elemento de concreción como hubiese sido deseable; lo puede repercutir de forma negativa en su efectividad.

4.4. Otras disposiciones en las que se contienen cambios que afectan a los contratos formativos

Al margen de lo señalado, hay que tener en cuenta que en la Ley 35/2010 se perciben los contratos no sólo desde la perspectiva de quienes están en situación

[24] El legislador parte de una situación que se refleja en los contratos celebrados en los últimos años en la no existe ese equilibrio, en particular en el caso del contrato para la formación; lo que se refleja en los propios datos relativos a los contratos para la formación en los que se pone de manifiesto que son muchos más los hombres que las mujeres que conciertan contratos para la formación. Sin embargo, en el caso del contrato en prácticas, aunque se puede constatar que son más las mujeres que los hombres que prestan servicios con un contrato en prácticas, lo cierto es que en este supuesto sí se aproxima al equilibrio que señala la norma, es más, el número de mujeres que prestan servicios con contratos en prácticas es mayor que el de hombres. No obstante, también hay que considerar que, con independencia de lo señalado, existen determinados sectores en los que claramente hay una presencia mayoritariamente masculina; de ahí que se establezca esta previsión para los contratos formativos en general. Vid. http://www.sepe.es/contenidos/cifras/datos_estadisticos/index.html.

de desempleo y se encuentran entre los colectivos que pueden concertarlos, para lo que, como se ha ido señalando, se establecen diferentes medidas tendentes a favorecer el empleo de esos colectivos, con el fin de integrarles en el mercado de trabajo y posibilitarles la adquisición de una formación, sino también desde el punto de vista de los trabajadores que están prestando servicios en una empresa mediante un contrato formativo. En este caso, el objetivo que fundamentalmente se persigue es la estabilidad en el empleo a través de la conversión de este contrato formativo en un contrato indefinido; de ahí que figuren entre los colectivos con los que puede concertarse un contrato para el fomento de la contratación indefinida (art. 3 de la Ley 35/2010, en el que se recoge lo previsto en el art. 3 del RDL 10/2010[25]), y que se establezca una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, por la transformación, hasta el 31 de diciembre de 2011, de contratos formativos en indefinidos (art. 10.3 de la Ley 35/2010, en la que se contempla, con ciertas modificaciones, lo establecido en el art. 10.3 del RDL 10/2010)[26]; bonificaciones que se mejoran en el caso de las mujeres.

La cuestión que se plantea el propio legislador es si verdaderamente con las medidas que se contemplan en los arts. 10 y 11 de la Ley 35/2010 para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas, se van a conseguir los objetivos que se propone; de ahí que se señale un plazo para comprobar los resultados obtenidos, antes del 31 de diciembre de 2011 (disposición adicional duodécima de la Ley 35/2010, en la que se contempla lo establecido en la disposición final cuarta del RDL 10/2010 con alguna modificación)[27]. Plazo que, como se ha podido constatar, opera como límite en diferentes aspectos (como la posibilidad de contratar trabajadores de hasta 25 años en el caso de los contratos para la formación; en el caso de las bonificaciones de

[25] - Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010; y - Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, siempre que la transformación se realice antes del 31 de diciembre de 2011.

[26] En concreto, 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, o, en su caso por su equivalente diario. Y en el caso de las mujeres, 58,33 euros/mes (700 euros/año), o, en su caso por su equivalente diario. Si bien, con la condición de que estas transformaciones impliquen "un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa", tal y como ya se ha indicado, y de "mantener el nivel de empleo fijo alcanzado" con la "transformación bonificada" (art. 10.5 y 6 de la Ley 35/2010).

[27] No obstante, la disposición adicional novena de la Ley 35/2010, al margen de la concreta evaluación de las citadas medidas, establece la obligación del Gobierno de presentar ante el Congreso de los Diputados un Informe Anual de Evaluación y seguimiento económico de las bonificaciones a la contratación, entre las que se encuentran las establecidas en el art. 11 de la norma en relación a los contratos para la formación. La finalidad es igualmente conocer si a través de las bonificaciones se consiguen los resultados deseados en cada caso, con el "fin de ajustar las políticas activas a la realidad del mercado laboral".

cuotas en los contratos para la formación; en la transformación de contratos formativos en indefinidos, y en su consiguiente bonificación) y que, a su vez, se fija para llevar a cabo una evaluación de esas medidas. Es decir, la finalidad es determinar si realmente se han transformado contratos formativos en contratos indefinidos; si las medidas adoptadas han dado lugar a la celebración de contratos formativos en los años 2010 y 2011; y, al mismo tiempo, valorar la evolución del impacto de género de las mismas (con un informe al efecto). En función de los resultados obtenidos, el Gobierno, previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas deberá adoptar medidas en relación a su prórroga en el caso en el que la evolución del empleo sea favorable, o a su modificación si en realidad se constata que no son suficientemente efectivas o no lo son en ningún caso.

En la disposición adicional decimosexta de la Ley 35/2010, se hace referencia, como novedad con respecto a lo establecido en el RDL 10/2010, al control de la correcta utilización de los contratos formativos. Es decir, se trata de hacer un seguimiento al respecto por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de forma que en su Plan Integrado de Actuación incluirá una serie de planes específicos entre los que precisamente se encuentra el citado control. No obstante, aunque figure como novedoso en la norma, no lo es desde el punto de vista de lo que ya podía hacer la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el marco de lo establecido en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 138/2000, de 4 de febrero[28].

5. CONSIDERACIONES FINALES

Si se compara el porcentaje de contratos formativos concertados en los últimos años con respecto al resto de los contratos de trabajo celebrados, puede comprobarse que en realidad es muy reducido. De hecho, desde enero de 2007 hasta septiembre de 2010, ni el contrato en prácticas, ni el contrato para la formación han llegado a alcanzar en ninguno de esos meses el uno por ciento del total de contratos concertados[29]. Sin embargo, la elevada tasa de desempleo juvenil ha determinado que el legislador haya decidido recurrir, como en otras ocasiones, a los contratos formativos, sobre todo teniendo en cuenta que estos

[28] La citada disposición también hace referencia a otros planes específicos, tales como el relativo a la discriminación salarial, o el control de contratos temporales sin causa e impulso de su transformación en indefinidos; planes que también pueden afectar a los colectivos que prestan servicios en el marco de un contrato formativo.

[29] El porcentaje más elevado en esos meses se alcanzó en julio de 2007, en concreto, el 0,59 por ciento en el caso de los contratos en prácticas y el 0,87 por ciento en el de los contratos para la formación. Vid. http://www.sepe.es/contenidos/cifras/datos_estadisticos/index.html.

contratos permiten combinar, por una parte, la formación de los trabajadores (en el caso del contrato en prácticas, la formación práctica, y en el contrato para la formación, tanto la formación teórica como la práctica); y, por otra, la inserción laboral y el acceso al mercado de trabajo. La cuestión es hasta qué punto el legislador, al establecer una serie de medidas dirigidas a facilitar e incentivar el acceso a estos contratos por parte de esos trabajadores, tratando de elevar sus oportunidades de empleo, ha sido capaz de integrar esa finalidad formativa con la vinculada al fomento del empleo y a la inserción laboral.

En las modificaciones previstas en relación con los contratos formativos es posible detectar un predominio de esta última finalidad, que incluso, en ocasiones, se antepone a la propia finalidad formativa. En concreto, en el contrato en prácticas el hecho de que se admita su celebración en virtud de un certificado de profesionalidad va a dar lugar a situaciones en las que ese certificado se puede haber adquirido en el marco de un contrato para la formación en otra empresa, o como consecuencia de una práctica laboral previa, y, sin embargo, es posible contratar al trabajador precisamente para que adquiera una formación práctica que ya posee, primando de este modo el fomento del empleo, al margen de que quede desvirtuada su finalidad práctica. También cede esta finalidad, aunque en menor medida, con el incremento del plazo para poder celebrar el contrato desde la finalización de los estudios, ya que de este modo se trata de paliar el problema de los jóvenes que han terminado sus estudios y no han podido encontrar trabajo y acceder al mercado laboral; pero la ampliación del plazo no se presenta con carácter transitorio. Lo mismo ocurre con el contrato para la formación en relación a los sujetos que pueden celebrar este contrato, al establecerse excepciones al límite de edad previsto como regla general con carácter permanente frente a la transitoriedad con la que se presentaba en el RDL 10/2010, llegando incluso a eliminarlo en algunos casos con el fin de que puedan acceder a este tipo de contrato un mayor número de trabajadores. De hecho, se eleva el salario y se reconoce la prestación de desempleo para tratar de que los trabajadores concierten este tipo de contrato, si bien, puesto que el incremento del salario puede tener un efecto negativo para los empresarios, al mismo tiempo se contempla una bonificación total de las cotizaciones a la Seguridad Social. En definitiva, todas estas medidas tratan de incentivar a empresarios y trabajadores para que concierten este tipo de contrato, y están claramente dirigidas a fomentar la contratación y a permitir la inserción en el mercado de trabajo, predominando en determinados casos sobre la finalidad formativa de estos contratos.

De todos modos, también es cierto que se establecen medidas que se dirigen a preservar la finalidad formativa de estos contratos. Así, en el contrato en prácticas se contemplan nuevas restricciones a la contratación con el fin de evitar abusos por parte de los empresarios con la concatenación de contratos

en prácticas en situaciones en las que se venían admitiendo. Sin embargo, el problema es que, a pesar de las modificaciones que introduce el legislador, aún quedan algunos casos en los que se permite esa concatenación, tanto en la misma como en diferente empresa, e incluso en determinados supuestos se admite la celebración sucesiva de diferentes contratos formativos con un mismo trabajador en diferentes empresas. El legislador podría haber sido más restrictivo para tratar de evitar que esto suceda, sobre todo para impedir que la permanencia en el mercado de trabajo con diferentes contratos formativos se superponga a la finalidad formativa.

Por último, hay que señalar que el legislador también ha revisado la regulación de la formación teórica en el contrato para la formación, y ha establecido determinadas medidas que tratan de reforzar y garantizar la finalidad formativa de este contrato, incluso en el caso en el que se entiende cumplido el requisito de la formación teórica cuando el trabajador ha participado en un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto objeto del contrato de trabajo, a la vez que ha incidido en la necesidad de dar respuesta al déficit formativo de muchos desempleados que han abandonado sus estudios y carecen de una formación básica[30]. Pero es importante destacar que esa finalidad formativa también se debe ver reforzada en el futuro, sobre todo si se tiene en cuenta que está previsto un desarrollo reglamentario para aspectos fundamentales como la impartición, la financiación y la organización de la formación teórica; o el hecho de que el Gobierno deba establecer procedimientos que flexibilicen y faciliten a los empresarios la organización de la formación teórica de los trabajadores que presten servicios con un contrato para la formación, especialmente en el caso de las empresas de hasta 50 trabajadores. En este sentido, tanto las medidas adoptadas como las que en el futuro se deben adaptar podrían contribuir a equilibrar en este caso la finalidad formativa del contrato para la formación con la relativa a la inserción laboral y al fomento del empleo.

[30] De hecho, al posibilitar que las Administraciones Públicas impartan una parte de la formación teórica antes del inicio de la prestación laboral por las Administraciones Públicas en el marco de programas públicos de empleo formación que tengan por objeto profesionalizar a jóvenes con fracaso escolar e insertarlos en el mercado de trabajo desarrollados por las Comunidades Autónomas, se permite que estos jóvenes adquieran unos conocimientos básicos previos al inicio del contrato que realmente les van a facilitar su formación teórica y práctica en el marco de la relación laboral.

LAS MEDIDAS SOBRE FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA LEY 35/2010. UNA APROXIMACIÓN INICIAL

SALVADOR DEL REY GUANTER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra
Socio y Presidente del Instituto Internacional
Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos

EXTRACTO **Palabras Clave: Reforma laboral, flexibilidad interna**

Se analizan los cambios esenciales producidos en relación con la flexibilidad interna, preguntándonos si el "escaso desarrollo" de esta flexibilidad en nuestras relaciones laborales que ha sido constatado por el propio legislador puede corregirse al haberse potenciado en la reforma nuevos instrumentos de flexibilidad. Efectuamos una valoración positiva sobre múltiples aspectos de la reforma en este ámbito.

Sin embargo, expresamos serias dudas de que con la nueva regulación se haya producido un salto cualitativo para que se dé una mayor aplicación de la flexibilidad interna como vía generalizada de mantenimiento de empleo, de fomento de empleo estable y, al mismo tiempo, de mejora de la empresa y de su competitividad. El verdadero "test" de la eficacia y profundidad de la reforma se encontraba en lo relativo al régimen los convenios colectivos y, más concretamente, en las posibilidades de adaptación de las condiciones previstas en convenios colectivos empresariales a las circunstancias concretas de la empresa. Más específicamente aún, en las posibilidades de dicha adaptación en caso de que no haya acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores. En este punto el legislador ha escogido la "imposición" del arbitraje a la negociación colectiva como la única vía, que no creemos positiva, ni a efectos dogmáticos, ni a efectos prácticos. Y ello por no compartir las razones que podrían fundamentar la negación de la decisión unilateral del empresario con posterior control judicial como la solución más óptima, razones que suponemos están ligadas esencialmente a una interpretación excesivamente extensiva del significado de la "fuerza vinculante" de los convenios colectivos a la que se refiere la Constitución.

ABSTRACT **Key Words: Labour reform, internal flexibility**

We analyse the essential changes produced in relation to the internal flexibility, we ask if the "lack of development" of such flexibility in our industrial relations has been verified by the legislator and that could be corrected because new instruments as regards flexibility has been introduced. We perform a positive evaluation about the reform's multiple aspects.

Even though, we expose our doubts that with the new regulation it has been produced a qualitative increase in the application of the internal flexibility to guarantee maintaining the employment, foster the stable employment and at the same time, the improvement of the company and its competitiveness.

The real efficiency "test" and the reform was taken in what was related to the collective agreement regime, and specifically, in the possibility of the adaptation of those foreseen conditions under private agreements in the concrete circumstances of the company. Specifically, such adaptation in the case that no agreement is reached between the employee's representative and the employer. In this point, the legislator has chosen to impose the collective bargaining battle as the only answer to the problem, and we do not think this is positive neither dogmatically nor practically. And therefore we do not share the same vision and that the unilateral decision of the employer with judicial control, and we think that essentially the decision is binding to the Constitution collective agreements.

ÍNDICE

1. Introducción: flexibilidad interna y adaptabilidad de las condiciones de trabajo
2. El contenido de la flexibilidad interna en la reforma: componentes y ausencias
3. Reformas esenciales en el marco regulador de la flexibilidad interna: los cambios en los arts. 40, 41, 47 y 82.3 del estatuto de los trabajadores_
   3.1. Cambios en la regulación de la movilidad geográfica: la consolidación de un modelo de resolución del desacuerdo
   3.2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo distintas al descuelgue salarial: avances e insuficiencias en un objetivo crucial de la reforma
      1.1.1. Las alternativas a la ausencia de representación legal: designación directa y designación sindical
      1.1.2. Las causas y la justificación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la acentuación del componente preventivo
      1.1.3. Materias objeto de modificación sustancial: la distribución del tiempo de trabajo
      1.1.4. Modalidades de modificaciones sustanciales: individuales, colectivas y "colectivas estatutarias"
      1.1.5. La nueva regulación de las modificaciones colectivas (no "estatutarias")
      1.1.6. La (difícil) modificación de las condiciones reguladas en convenios colectivos estatutarios ("condiciones colectivas estatutarias")
   3.3. La nueva regulación del descuelgue salarial: la opción por la descentralización
   3.4. El nuevo régimen de la suspensión contractual colectiva y la reducción (temporal) de jornada: su potenciación frente a la alternativa extintiva
4. A modo de conclusión: la insuficiencia de los avances en la consolidación de la flexibilidad interna

1. INTRODUCCIÓN: FLEXIBILIDAD INTERNA Y ADAPTABILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Unas aclaraciones conceptuales iníciales parecen necesarias en relación a los términos flexibilidad "interna" y flexibilidad "externa". El término de flexibilidad "interna", que en la nueva Ley 35/2010 , de 17 de septiembre , de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (la Ley, en adelante) , alcanza un gran nivel de juridificación , tanto por su reiterada utilización en su Preámbulo como por su expresa inclusión en el texto normativo (Capítulo II, "Medidas para favorecer la flexibilidad interna…"), hace referencia básicamente a aquellos instrumentos que el marco regulador proporciona a la empresa para modificar las condiciones de trabajo aplicables a una plantilla, de forma temporal o permanente, adaptándolas a nuevas circunstancias impuestas por el mercado en el que aquélla desenvuelve su actividad. Como tal, se diferencia de la "flexibilidad externa", término también utilizado por el legislador en el Preámbulo de la Ley, que se relaciona básicamente con la contratación y la terminación del contrato de trabajo.

No obstante, puede haber figuras que tienen componentes de ambos tipos de flexibilidades, como es el caso emblemático de la contratación a tiempo

parcial que se regula en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), en tanto que, aún siendo una "modalidad" contractual, tiene uno de sus componentes esenciales en la variabilidad en el tiempo de trabajo que viene dada por las denominadas horas complementarias.

Objetivo esencial de la flexibilidad interna es la consecución de la "adaptabilidad" -término también utilizado por el legislador-, en tanto que en este contexto "interno" de la relación laboral, es fundamental para la necesaria flexibilidad organizacional, manifestando claramente las posibilidades que tiene el empresario para reaccionar ante las evoluciones más o menos imprevistas, más o menos profundas, de un mercado en continuo cambio, debido esencialmente a los procesos de globalización e innovación permanente. En el Preámbulo de la Ley, se indica expresamente que con la potenciación de los instrumentos de la flexibilidad interna se favorece "la *adaptabilidad* de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo".

Por tanto, de esta trascendencia de la flexibilidad interna se hace eco claramente la nueva Ley, que al respecto va a señalar también en ese mismo Preámbulo que en la normativa anterior se ha constatado "un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas" para, después, establecer como uno de los objetivos esenciales de la reforma a efectos de reducir el desempleo e incrementar la productividad de la economía, el de "incrementar la flexibilidad interna de las empresas".

Este objetivo se reitera posteriormente, lo que da cuenta de su relevancia, afirmándose en dos ocasiones más en dicho Preámbulo la finalidad de la Ley de "reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales" y de "potenciar los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales".

Así pues, ya podemos afirmar que para la nueva Ley la situación anterior del marco regulador respecto a la flexibilidad interna era insuficiente, asumiendo una premisa ampliamente compartida sobre su escasa utilización en la crisis de los dos últimos años, y que la potenciación de la flexibilidad interna es un objetivo prioritario de la ley, siendo preferente a los mecanismos de la flexibilidad externa.

En realidad, y ello no lo dice el legislador directamente pero hay que asumirlo, con el fomento de la flexibilidad interna y, en consecuencia, de la adaptabilidad de las empresas, se está intentando potenciar el otro gran objetivo que establece el legislador con la nueva ley, el de la promoción del empleo y, sobre todo, el de la contratación estable, en tanto que se quieren disminuir las cautelas de la empresa a contratar indefinidamente por temor a que los cambios

de las circunstancias obliguen a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la plantilla estable pero que ello no sea posible por dificultades legales.

Con otros términos, el legislador apuesta a que sea la flexibilidad interna, y no la contratación temporal o el despido, la forma esencial en que las empresas respondan a entornos variables en sus mercados. Distinto es que, efectivamente, esta apuesta se haya traducido en la Ley en una regulación efectiva al respecto.

2. EL CONTENIDO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA REFORMA: COMPONENTES Y AUSENCIAS

A la flexibilidad interna le dedica la Ley su Capítulo II bajo el título extenso y descriptivo de "Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo".

Estamos ante un título que quiere subrayar dos elementos del objetivo genérico de promover la flexibilidad interna. Uno, que la flexibilidad interna que quiere especialmente favorecerse es aquélla que es "negociada", lo cual va a tener consecuencias claras en la propia configuración de la nueva normativa respecto al tema esencial –y resuelto insatisfactoriamente, a nuestro juicio– de qué hacer ante situaciones de desacuerdo. Dos, que uno de los componentes esenciales y, relativamente novedoso, de esta flexibilidad interna que ahora se potencia es el de la "reducción de jornada" como medio de proceder a un "ajuste temporal" del empleo en la empresa.

Las medidas que se instrumentan o, si se quiere más genéricamente, los componentes de la flexibilidad interna que ahora se fomentan con la reforma, son en esencia cuatro. Concretamente, la reforma se refiere a la movilidad geográfica (art. 40 ET), a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), al denominado descuelgue salarial (art. 82.3 ET) y a la suspensión del contrato de trabajo (y reducción de la jornada) por causas empresariales (art. 47 ET).

Fuera del ámbito de la reforma quedan otros componentes típicos y de gran relevancia para la flexibilidad interna. Es el caso de la denominada movilidad funcional –variación de las funciones y de la clasificación profesional del trabajador– reflejada en preceptos tales como los arts. 22 y 39 del ET. Es el caso también de la mencionada contratación a tiempo parcial (art. 12 ET) que, en base a su (permanente) reducción de jornada ordinaria, ya de por sí refleja una mayor adaptabilidad al contexto empresarial, a lo que hay que añadir su elemento de flexibilidad por excelencia –en los contratos indefinidos– que es

el de las horas complementarias. La cuestión que nos podemos preguntar es si se trata de "ausencias" en la reforma que están justificadas.

En el caso de la movilidad funcional, probablemente el legislador ha asumido que no existían especiales problemas de rigidez en la normativa estatal y que, en todo caso, la mayor responsabilidad en lograr la flexibilidad interna al respecto pertenece a la negociación colectiva. Cuestión ésta ciertamente discutible a juzgar por la parcial implantación aún de los grupos profesionales frente a las categorías profesionales o la separación entre movilidad funcional y ausencias por conciliación de la vida laboral con la personal y familiar, por poner sólo dos ejemplos. Probablemente aquí el legislador tendría que haber realizado un mayor impulso ante los avances tan tímidos que muchos convenios colectivos han realizado en estas materias desde 1994.

En el tema del contrato de trabajo a tiempo parcial, el legislador tampoco aborda su reforma a pesar de que en diferentes documentos previos del Gobierno su potenciación se consideraba como cuestión prioritaria. Su ausencia es claramente criticable, y sólo puede explicarse por esa contradicción interna que siempre se plantea en este tema de admitir sus múltiples ventajas pero, al mismo tiempo, considerar sus peligros respecto a posibles discriminaciones o incentivación de una mayor "precariedad" en el empleo. En efecto, normalmente se admite que se trata de un instrumento contractual que puede favorecer a la vez el empleo indefinido y la adaptabilidad a las necesidades tanto empresariales como de los trabajadores, pero, al mismo tiempo, existe el temor de que puede estar favoreciéndose con su potenciación la discriminación de determinados colectivos (jóvenes y, especialmente, mujeres) que quedarían impulsados a permanecer en ámbitos periféricos del mercado de trabajo. Sin embargo, tampoco podemos compartir esta posición del legislador, ya que las indudables ventajas que para empresas y trabajadores representa el contrato a tiempo parcial debe llevar a la reforma de su actual regulación – especialmente por lo que se refiere a determinadas rigideces en las horas complementarias – sin que ello deba significar, por definición, como demuestra además la situación a nivel europeo, una "condena" a la marginalidad de determinados trabajadores, en tanto que, por sí mismo, dicho contrato no lo ha de implicar.

Más allá de esas ausencias, esos cuatro componentes señalados que sí se abordan en la reforma tienen puntos en común y también determinadas diferencias.

En los cuatro supuestos, en un sentido genérico, se trata de modificar sustancialmente condiciones de trabajo, de adaptarlas en base a determinadas causas y con cierto nivel de justificación, siguiendo para ello un procedimiento específico.

Dependiendo de la condición que se trate, hay un marco regulador diferente. Los más genéricos son los que se refieren a las modificaciones sustanciales

de condiciones de trabajo distintas al salario y a la jornada, y a la suspensión temporal del contrato de trabajo, existiendo una normativa con tratamiento más específico cuando se trata de la modificación del lugar de trabajo (movilidad geográfica), de la reducción temporal de la jornada (que se equipara en procedimiento a la mencionada suspensión temporal) y del denominado "descuelgue salarial" o adaptación temporal a nivel de empresa del "régimen salarial" previsto en convenios colectivos supraempresariales.

Desde la perspectiva causal y procedimental, sin embargo, se da una mayor cercanía entre la movilidad geográfica y las otras condiciones de trabajo, por un lado, y entre la suspensión temporal y la reducción de la jornada, por otro. El descuelgue salarial tiene un tratamiento específico, aunque está muy relacionado con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos estatutarios.

Así pues, es conveniente tener una visión de conjunto de todos estos componentes de la flexibilidad interna y ser conscientes de sus conexiones internas a la hora de poder hacer una evaluación general de hasta dónde se ha progresado en el intento expresamente declarado por el legislador de potenciar la flexibilidad interna.

En este sentido, y antes de pasar a realizar un análisis algo más pormenorizado de estos componentes de la flexibilidad interna, podemos preguntarnos por las causas que han llevado al legislador a calificar expresamente la situación anterior a la reforma como de "escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual".

Es esta una afirmación que puede ser interpretada de diferente modo. Uno de ellos podría ser el de que ese "escaso desarrollo" se ha debido al poco interés de las empresas por desarrollar esta vía de flexibilidad, a pesar de contar con un marco idóneo para ello. La otra, que una de las causas esenciales, por no decir la esencial, de aquel "escaso desarrollo" es la insuficiencia de dicho marco.

Es evidente que pueden existir otras causas para ese "escaso desarrollo", como la falta de una cultura empresarial al respecto, muy condicionada por la utilización de la temporalidad como vía de flexibilización por excelencia, la complejidad técnica y organizacional que representa la aplicación de las medidas típicas de flexibilización (notoriamente las relacionadas con el tiempo de trabajo y la salarial), los posibles problemas que surgen con conflictos de "competencia desleal" entre empresas por inaplicación de condiciones de trabajo homogeneizadas por convenios colectivos supraempresariales, etc.

Sin embargo, si tenemos identificar la causa básica ésta tiene su origen en un marco regulador inadecuado e insuficiente, especialmente, como veremos, por no abordar de forma apropiada la solución de las situaciones en las que no existe acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores para la

adaptación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos, en lo que podemos denominar como una insatisfactoria "gestión del desacuerdo" por nuestra normativa.

Si ello es así, la pregunta que deberemos responder, una vez que hayamos identificado las novedades en la nueva regulación de estos componentes, es si estas circunstancias de insuficiencia e inadecuación han sido o no salvadas en el nuevo marco regulador, de forma que determinemos si ahora, por fin, tenemos la regulación adecuada para que las empresas "desarrollen" la flexibilidad interna.

3. REFORMAS ESENCIALES EN EL MARCO REGULADOR DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA: LOS CAMBIOS EN LOS ARTS. 40, 41, 47 Y 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En esta primera aproximación sobre las medidas de flexibilidad interna en la nueva Ley, nos vamos a limitar a identificar aquellos cambios más significativos, a la vez que realizar unas reflexiones sobre los mismos que después nos permitan elaborar una valoración global a la luz de la nueva normativa.

3.1. Cambios en la regulación de la movilidad geográfica: la consolidación de un modelo de resolución del desacuerdo

En relación a la movilidad geográfica, y específicamente en relación a los traslados de trabajadores, existen tres cambios que también se dan en el ámbito del art. 41 respecto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, por lo que nos remitimos a ese momento para realizar una mayor consideración al respecto. Así, se establece una normativa específica para el caso de ausencias de representación legal de los trabajadores a nivel de empresa (así eliminando la anterior inseguridad jurídica que había en este tema) ; el periodo de consulta con los representantes legales de los trabajadores se acota a una duración máxima de 15 días (aquí también relevante en tanto que en caso de desacuerdo decide el empresario) ; y se establece la posibilidad expresa de que, sin perjuicio de este plazo máximo, las partes puedan en cualquier momento "sustituir" ese periodo de consultas por las medidas de mediación y arbitraje de aplicación a dicha empresa (como también diremos, con la mediación no es exacto que se "sustituya" la negociación) .

Si nos preguntamos, en comparación con lo que después veremos respecto a las otras modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, por la razón de la simplicidad de estas innovaciones en un ámbito tan importante como el de la movilidad geográfica, condición de trabajo sumamente relevante para la

vida laboral y, sobre todo, personal del trabajador, debemos encontrarla en dos puntos relacionados entre sí.

Por un lado, el legislador ha dado tradicionalmente una solución efectiva en los supuestos en los que una propuesta empresarial de traslado colectivo, basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ha encontrado la oposición de la representación de los trabajadores: tras la negociación sin llegar a un acuerdo , que como hemos visto ahora se le establece un plazo máximo (su virtualidad máxima es que tras ese plazo, el empresario puede ya tomar la decisión, aunque nada le impide seguir negociando) , el traslado lo decide el empresario (puede existir una posible suspensión temporal por decisión de la autoridad laboral) con un posterior control judicial de causa y justificación.

Por otro, el que esa opción legislativa por permitir al empresario decidir unilateralmente en caso de desacuerdo suscite menor problema a pesar, insistimos, de que se trata de una condición de trabajo normalmente más relevante que las previstas en el ámbito de las otras modificaciones sustanciales, parece fundamentarse en que, salvo excepciones, los traslados no se regulan a nivel de convenio colectivo supraempresarial. De esta forma, no se dan aquí los problemas ligados a la "fuerza vinculante" de los convenios colectivos estatutarios presentes en el "descuelgue" de otras condiciones laborales, como el tiempo de trabajo, la remuneración o la movilidad funcional contenidas en tales convenios.

Es claramente paradójico que, a diferencia de los problemas suscitados en el art. 41 ET, aquí el legislador no dude en consagrar la decisión unilateral del empresario, judicialmente controlada "a posteriori", como mecanismo de ruptura del bloqueo que se da en caso de desacuerdo con la representación legal , si se tiene en cuenta que estamos ante un tema , como el del lugar de la prestación del trabajo, que tiene un gran relevancia constitucional como lo prueba la consagración en el art. 19 de la Constitución del "derecho a elegir libremente (su) residencia".

Aunque es claro que el empresario, en principio, no está determinando con el traslado forzosamente el lugar de residencia del trabajador, lo cierto es que ésta última va a estar determinada generalmente por el lugar de prestación de servicios. En eso consiste precisamente la especialidad del traslado respecto a otras figuras de movilidad geográfica, en la exigencia normal de "cambio de residencia" como consecuencia de una decisión de traslado que puede, en última instancia, ser adoptada unilateralmente por el empresario.

En este sentido, resulta poco comprensible la reticencia que ha mostrado el legislador a consagrar esta vía de decisión unilateral con control judicial, que está consolidando e incluso agilizando en materia tan trascedente como la movilidad geográfica con cambio de residencia, en el ámbito de las mo-

dificaciones sustanciales del art. 41 ET, teniendo en cuenta que el derecho de negociación colectiva no es un derecho fundamental, por más que tenga una vinculación parcial con la actividad sindical propia de la libertad sindical del art. 28 de la Constitución.

Por último, hay que señalar que, inexplicablemente, la "justificación finalista" de las causas empresariales que hasta el momento era idéntica en los preceptos 40 y 41 ET ahora se quiebra, en tanto que la referencia en el art. 41 ET a "prevenir una evolución negativa de la empresa" no se ha introducido, incoherentemente, en el art. 40 ET. Con ello , y al menos de forma explícita, el momento preventivo en la movilidad geográfica parece tener una menor relevancia, cuando en la práctica puede ser una medida incluso con efectos más preventivos – por la radicalidad de sus efectos, por ejemplo en caso de traslado total - que otras medidas del art. 41 ET.

3.2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo distintas al descuelgue salarial: avances e insuficiencias en un objetivo crucial de la reforma

Como ya hemos indicado, y sin perjuicio de la trascendencia del art. 47 ET, por el número y trascendencia de las materias a las que afecta lo regulado en el art. 41 ET, es este el núcleo de la normativa sobre flexibilidad interna. Las insuficiencias – "debilidades" - detectadas por el legislador sobre la normativa anterior a la Ley tienen su origen en ese precepto, y de ahí que éste sea de los que experimentan una mayor alteración en toda la reforma. Veamos a continuación los cambios más significativos.

3.2.1. Las alternativas a la ausencia de representación legal: designación directa y designación sindical

La ausencia de representación legal en el lugar de trabajo ha sido uno de los obstáculos tradicionales para la aplicación del art. 41 ET en el ámbito de las medianas y, sobre todo, pequeñas empresas. Dicho precepto no preveía tal hipótesis, y en el caso de las modificaciones colectivas la aceptación de los cambios por un representación "ad hoc" de los trabajadores, o por estos mismos a título individual, venía rodeada de un gran inseguridad jurídica, especialmente cuando se afectaba la regulación de los convenios colectivos estatutarios.

Ahora, y ello ha de considerarse sumamente positivo, se termina con esa inseguridad jurídica en tanto que el nuevo precepto prevé expresamente un mecanismo supletorio, de aplicación también a los supuestos de movilidad geográfica, suspensión de contratos, descuelgue salarial y despidos colectivos (en este último caso representa eleva a rango legal una previsión al respecto que se preveía a nivel reglamentario) , que se desdobla en dos posibles alterna-

tivas., una de designación "directa" y otra de designación "sindical" .

Por un lado, los trabajadores pueden atribuir su representación, a efectos de negociar un eventual acuerdo colectivo modificativo, a trabajadores elegidos por ellos "democráticamente" (se entiende que elegidos mediante votación, sin más especificaciones formales) de entre los que componen la plantilla de la propia empresa. Por otro, pueden atribuir su representación a una comisión de miembros designados por los sindicatos más representativos y representativos con legitimación negocial en el sector que se trate. Con ello, se ha evitado aquí la alternativa, que sí aparecía en el RDL 10/2010, de consagrar exclusivamente, la segunda de las opciones de designación sindical, dotando así de un mayor flexibilidad esta materia. Además, más allá de las dificultades de aplicación práctica de la segunda opción –así, será difícil respetar el plazo que se contempla de cinco días, excepto en los supuestos de establecimiento previo de esta representación en todo el sector o también pueden plantearse conflictos entre los sindicatos respecto a la distribución de esos tres puestos–, lo cierto es que no se nos puede ocultar la trascendencia que hubiera tenido la consagración de una sola vía, la de la designación sindical, ya que hubiera representado la posibilidad de introducción de representantes sindicales en ámbitos empresariales en los que, al menos de forma directa, han estado ausentes hasta el momento. En efecto, téngase en cuenta que la norma no especifica respecto a esa segunda opción, quien han de ser "componentes", que no tendrían por qué ser trabajadores de las empresas en cuestión.

Por tanto, este modelo dual nos parece más respetuoso con lo que puede ser la voluntad colectiva de los trabajadores en las empresas de menor dimensión, sin contar con que hace más viable en la práctica la existencia de una representación ad hoc que pueda negociar en nombre de todos los trabajadores las modificaciones sustanciales.

En todo caso, esta reforma consagra legalmente, insistimos que antes lo estaba a nivel reglamentario sólo para los despidos, la existencia de una tercera vía de representación frente a la sindical y a la unitaria. La mayor diferencia entre esta nueva modalidad y las otras dos es que aquélla es temporal por definición. Firmado el acuerdo modificativo o, en todo caso, terminado el proceso de consulta, desaparece en principio esa representación, aunque cabría preguntarse si la misma puede extenderse, como parece lógico, a la aplicación e interpretación del acuerdo o, en su caso, del laudo arbitral, cuando así lo disponga el mandato de los propios trabajadores que la han elegido o ese laudo.

También nos parece oportuno que, en caso de que los trabajadores opten por la alternativa de designación sindical, el empresario pueda –no deba– atribuir su representación a organizaciones empresariales en las que estuviera "integrado" (no se entiende que se exija esta integración cuando, en el caso de los trabajadores, no se exige la afiliación), habiéndose establecido una acentua-

da flexibilidad respecto a las características de esas organizaciones – carácter sectorial o intersectorial, por ejemplo.

En definitiva, con esta suplencia de representación laboral se gana en seguridad jurídica y, por ende, en la mayor viabilidad de modificaciones sustanciales colectivas.

No obstante, nótese que la nueva norma indica expresamente que la falta de designación no interrumpe el periodo de consulta: "sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo". Ello tiene trascendencia en el ámbito del art. 41.4, relacionado con los acuerdos, pactos y decisiones unilaterales de efectos colectivos, dado que ello significa con seguridad que esta falta de designación en tiempo y forma equivale a una situación de desacuerdo, con las posibilidades de decisión unilateral que ello representa para el empresario en este ámbito –no así en el de los convenios colectivos estatutarios-.

3.2.2. Las causas y la justificación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la acentuación del componente preventivo

En el ámbito de las causas ("razones") para la modificación de condiciones, y más allá denominación tradicional de las mismas como "económicas, técnicas, organizativas o de producción", no se da aquí la ejemplificación que sí se desarrolla novedosamente en los despidos por razones empresariales, probablemente porque el legislador ha sido consciente de que, en este ámbito, ello no ha provocado mayores problemas. No obstante, es claro que la enumeración que se realiza en materia de despidos por causas, especialmente respecto a las causas organizativas, técnicas y de producción, puede servir de referencia aquí, teniendo en cuenta además que esa enumeración del art. 51.1 es abierta.

No obstante, ha sido en el ámbito de la justificación de las causas donde se ha dado un doble cambio sumamente relevante. Por una parte, las medidas modificativas, además de tender a mejorar la situación de la empresa, ahora también pueden ser utilizadas cuando con ellas se contribuya "a prevenir una evolución negativa de la empresa" o a mejorar sus "perspectivas". Por otra, esta justificación que prevé el art. 41 ET se ha "exportado" en esencia a la justificación de los despidos por causas empresariales de los arts. 51 y 52 c) ET, omitiendo la referencia a las "perspectivas". Dejando a un lado el enorme significado que tiene este segundo aspecto y que no nos toca analizar en este momento, respecto al primero de los cambios introducidos, hay que subrayar que la incorporación de los términos comentados representa una ampliación de la justificación que puede ser alegada por el empresario a efectos de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo. Si ya de por sí la redacción anterior se consideraba como flexible a efectos de posibilitar el ejercicio de las facultades empresariales modificativas, ahora se potencian éstas al contemplar expresamente que se ejerciten para prevenir o para mejorar las perspectivas

empresariales. Ello va a tener una especial consecuencia flexibilizadora en las modificaciones de los acuerdos o pactos colectivos y en las de carácter individual.

3.2.3. Materias objeto de modificación sustancial: la distribución del tiempo de trabajo

En este apartado se produce una innovación importante y positiva, que es la consideración explícita en el apartado b) del 41.1, junto al horario, de la "distribución del tiempo trabajo". Esta inclusión en el mismo apartado que el horario no sólo los aúna en determinados efectos procedimentales, sino que además despeja toda duda sobre su no inclusión en el apartado a) relativo a la jornada de trabajo, lo cual es lógico dado que la distribución del tiempo de trabajo no afecta por definición al componente cuantitativo de la misma. Nótese que se habla de distribución en relación a "tiempo de trabajo" y no sólo de jornada, con lo cual se está incluyendo otros componentes del mismo como puede ser vacaciones, licencias y permisos etc. que con anterioridad tenían una confusa ubicación. En todo caso, y en relación específica a la distribución de la jornada, y teniendo en cuenta que las posibles alteraciones de la jornada tienen un régimen más rígido en comparación con el del horario y demás materias ahora incluidas en este apartado b) , especialmente en el ámbito de los cambios de los convenios colectivos estatutarios contemplados en el art. 41.6 ET, la asimilación al tema de horario ha de considerarse como más coherente técnicamente y positiva desde la perspectiva del fortalecimiento de la flexibilidad interna.

3.2.4. Modalidades de modificaciones sustanciales: individuales, colectivas y "colectivas estatutarias"

La distinción que se hacía en el complejo art. 41 ET pre-reforma era entre modificaciones colectivas y modificaciones individuales. Las primeras eran aquéllas que afectaban a convenios colectivos, acuerdos o pactos colectivos y decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos. Las individuales afectaban a trabajadores individuales en cuanto tales.

A lo anterior se sumaban unas modificaciones colectivas específicas, a veces denominadas plurales o "colectivas menores", que eran las referidas a dos materias determinadas – horario y funciones – cuando afectaban a un número reducido de trabajadores, en cuyo caso, a pesar de ser colectivas por su naturaleza al regularse esas condiciones en acuerdos, pactos o decisiones unilaterales del empresario, tenían el tratamiento de las modificaciones individuales a efectos procedimentales.

La reforma no introduce cambios ni en las modificaciones individuales

ni en las colectivas "menores" en esas materias, pero sí lo hace respecto a las otras modificaciones colectivas.

Por lo pronto, y para añadir aún más confusión a este complejo precepto, la reforma limita la denominación explícita de modificaciones colectivas a las contenidas en acuerdos o pactos o decisiones unilaterales. Las modificaciones de las condiciones de los convenios colectivos, evidentemente colectivas por definición y naturaleza, no van a ser denominadas como tales, desarrollando ahora un tratamiento específico al respecto – apartado 6 del nuevo art. 41 ET –. A efectos de un intento de mayor claridad expositiva vamos a denominar a estas condiciones como colectivas estatutarias, en tanto se recogen en convenio colectivos del Título III ET.

Hay que tener en cuenta que con la normativa anterior, a pesar de que la modificación de las condiciones de los convenios colectivos estatutarios tenía formalmente carácter colectivo, su tratamiento era ya diferenciado respecto a la modificación de los acuerdos o pactos o decisiones unilaterales. Ahora esta distinción se ha querido hacer más explícita, tanto con esa diferenciación nominal o formal como, sobre todo, con la dedicación de apartados diferenciados y tratamientos procedimentales distintos.

3.2.5. La nueva regulación de las modificaciones colectivas (no "estatutarias")

En este ámbito se introducen algunas innovaciones ya comentadas en materia de movilidad geográfica respecto a la ausencia de representantes legales, el periodo máximo de consulta y la posibilidad de sustituir ese periodo de consulta, en cualquier momento, por procesos de mediación y arbitraje.

Es conveniente recordar que, a efectos prácticos, tiene trascendencia la limitación del periodo de consulta a quince días. Evidentemente no puede ser que un acuerdo alcanzado más allá de ese plazo sea inválido (la omisión del término "improrrogable" con el que se calificaba ese plazo en el RDL 10/2010 facilita esa interpretación). Pero tiene dos consecuencias muy importantes, como son las de eliminar a partir de ese momento la obligación de negociar para ambas partes y, ya lo hemos señalado, permitir al empresario la adopción de su decisión unilateral sin más dilación.

Respecto a la mediación y arbitraje, nótese que respecto al proceso de consulta sobre estas modificaciones colectivas no se imponen obligatoriamente, al menos por esta norma, con independencia de lo que pueda establecerse por la negociación colectiva. Ello va a diferenciar esta previsión de la que después se va a realizar respecto a la modificación de los convenios colectivos estatutarios cuando el proceso acaba en desacuerdo.

En todo caso, ya lo hemos señalado también, el término "sustitución" aplicado a la mediación respecto al proceso de consulta es desafortunado ya que normalmente aquel medio extrajudicial implica la continuidad de la ne-

gociación, ahora con la ayuda activa del mediador. En la práctica incluso no desaparece durante el proceso arbitral.

Más allá de estas novedades, en lo que se refiere a la esencia del tema, esto es, a qué solución se da a los supuestos en los que tras el periodo de consulta no se haya alcanzado un acuerdo y no se haya utilizado el arbitraje, no se ha producido cambio, ya que la solución continúa siendo la decisión unilateral por el empresario con un posterior control judicial.

Así, pues, la modificación de condiciones contenidas en acuerdos o pactos colectivos o en decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos sigue gozando de una importante flexibilidad, ahora acentuada con el establecimiento de un plazo máximo de consulta.

A lo anterior se ha querido sumar, con acierto, una mayor seguridad jurídica, en tanto que se ha establecido una fuerte presunción de legalidad en caso de haberse llegado a un acuerdo, ya que en este caso "se presumirá que concurren las causas justificativas ". Esto último ha de entenderse en el doble sentido de que se dan las causas en sí y de que las mismas justifican la modificación. Por tanto, los demandantes colectivos e individuales tendrán que aportar más que indicios de ilegalidad en estos supuestos. Mediante esta presunción se ha querido primar la negociación y el acuerdo, limitando las posibilidades más claras de impugnación judicial a casos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Por cierto, un tema que surge a raíz de la redacción del art. 41.5 se relaciona con la notificación a los trabajadores respecto a los posibles cambios sustanciales acordados. En efecto, dicho precepto nos indica que "una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo". Dicha omisión también se produce en el apartado 6 respecto a las condiciones colectivas estatutarias –y, por ende, en el art. 82.3 respecto al descuelgue salaria -.

Evidentemente, esta omisión puede llevar a dos alternativas. Una considerar que la ausencia de referencia explícita a la notificación individual con el preaviso de treinta días es voluntaria y que, consiguientemente se ha querido obviar cuando se da un acuerdo colectivo de modificación – una decisión arbitral al respecto- . Otra que se trata de una omisión involuntaria que hay que suplir con una interpretación integradora y considerar que la notificación individual es exigible en todo caso, tal como lo preveía el derogado art. 41 ET (apartado 4). Teniendo en cuenta que los acuerdos y pactos no se publican en los diarios oficiales – en principio – y que las alteraciones ante tempus de los convenios colectivos en base al art. 41 ET difieren de las previsibles renovaciones regulares de los convenios a su término de vigencia, que son en todo caso objeto de publicación , parece ser que la notificación individual en los casos de estos cambios no previstos de condiciones colectivas en base

al art. 41 ET debe ser considerada como aconsejable en base a la seguridad jurídica. No obstante, lo cierto es que su omisión podría llevar a considerar que también son válidos otros medios de comunicación de los cambios que se van a realizar, incluso no individualizados, tales como la comunicación general mediante los tablones de anuncio –físicos o digitales– o el envío individual de los propios acuerdos modificativos. Sin embargo , como decimos, ello podría originar problemas de seguridad jurídica en lo que se refiere especialmente a los plazos tanto respecto a la opción de rescisión del contrato como de impugnación judicial a los que se refiere el art. 41.3 y , a nivel procesal, el art. 138.1 del TRLPL . El hecho de que este último precepto no se haya reformado y que el plazo de impugnación de 20 días cuente desde la "notificación individual" referido a todo tipo de modificaciones sustanciales nos inclina a pensar que esta notificación puede considerarse aún en vigor. Además, téngase en cuenta que la obligación de notificación individual también está vigente en los casos de acuerdos en el ámbito de los traslados previstos en el art. 40.2 ET.

Por último, y reforzando las facultades empresariales en este ámbito, nótese que, a diferencia de lo que veremos respecto a las modificaciones de los convenios colectivos y del descuelgue salarial, no se establece una duración máxima respecto a la vigencia de la modificación efectuada, ni tan siquiera en el supuesto de decisión unilateral por parte del empresario. Por lo que hay que entender que, excepto indicación en contrario, la modificación, sea por acuerdo, sea por decisión unilateral, más que un supuesto de inaplicación temporal, es una simple derogación del acuerdo, pacto o decisión unilateral de efectos colectivos.

3.2.6. La (difícil) modificación de las condiciones reguladas en convenios colectivos estatutarios ("condiciones colectivas estatutarias")

La adaptabilidad de la empresa mediante la capacidad para alterar , aunque sea temporalmente, las condiciones pactadas en los convenios colectivos estatutarios – las que hemos denominado como "condiciones colectivas estatutarias" es éste el centro fundamental del problema modelación de las condiciones de trabajo a nuevas circunstancias internas y externas en las empresas y donde se ha notado plenamente la "tensión" del legislador a la hora de profundizar o no, de forma real, en la flexibilidad interna.

Hay que tener en cuenta que para casi la totalidad de los trabajadores asalariados la mayoría de sus condiciones de trabajo se contemplan en los convenios colectivos del Título III del ET, por lo que cuando hablamos de jornada, horarios, clasificación profesional , estructura salarial etc.es esta la fuente esencial de regulación. Por tanto, cuando se habla de la posibilidad, o necesidad, de adaptar las condiciones de trabajo a nuevas circunstancias de la empresa, es en este ámbito donde se halla el núcleo del tema y, debemos

añadir, del problema de las posibles insuficiencias en la reforma a efectos de cambiar tendencias de fondo en nuestro mercado de trabajo para disminuir la adaptabilidad mediante contratación temporal o despidos.

Hay que recordar que en la normativa anterior al RDL 10/2010, por lo que se refiere a las condiciones de los convenios colectivos supraempresariales, no era posible alterar su regulación en materia de jornada o de movilidad funcional ni tan siquiera con acuerdo a nivel de empresa con los representantes de los trabajadores. Y por lo que se refería al resto de las materias enumeradas en el apartado 1 del art. 41 (horario, turnos…), ello sólo era posible mediante acuerdo. La alteración del convenio colectivo de empresa antes del término de su vigencia sólo era posible, respecto a todas las materias, si se llegaba a un acuerdo.

Caso de que este acuerdo no fuera posible, la propuesta empresarial de adaptación no podía ser aplicada. Y aquí es donde podemos encontrar la clave del "escaso desarrollo" de los mecanismos de flexibilidad interna que el legislador reconoce que se ha producido en nuestro sistema laboral, sobre todo en la actual crisis. Respecto a la reforma y a la nueva Ley, este aspecto concreto pero vital de la flexibilidad interna en relación a la modificabilidad de los convenios colectivos estatutarios a nivel de empresa era la "prueba de fuego" de si se iba a producir un salto cualitativo en el marco regulador laboral para favorecer la capacidad de adaptabilidad de las empresas a nuevas circunstancias.

Sin embargo, ese salto cualitativo no se puede decir que se haya dado, al menos a corto plazo. Esa regulación que había impedido el desarrollo de la flexibilidad interna se ha mantenido esencialmente en el nuevo apartado 6 del artículo 41 ET.

Ciertamente, ha habido novedades a reseñar. Así, desligándolo del tratamiento que hemos señalado de la jornada, ahora sí es posible el descuelgue por acuerdo de empresa de la regulación supraempresarial en materia de movilidad funcional, que se ha asimilado al resto de las materias en este sentido. Es esta una asimilación que ha de considerarse como positiva, en tanto que si bien en materia de jornada, al igual que en materia de descuelgue salarial, puede considerarse la necesidad de un tratamiento específico por la relevancia inmediata de estas condiciones laborales para la prestación del trabajador , no era comprensible que la misma se extendiera a la movilidad funcional, especialmente por su conexión directa con el "sistema e trabajo" al que se refiere el apartado e) del propio art. 41. 1 ET.

A lo anterior se une que se ha establecido una duración máxima de la modificación, en tanto que la misma no puede exceder la vigencia del convenio colectivo –seguramente incluye ultractividad y prórroga , lo cual no sería el caso si se hubiera añadido, por ejemplo, el calificativo de "inicial"–. Debe insistirse que esta previsión de duración máxima, que también se da incluso

cualificada en el descuelgue salarial, no se predica de las modificaciones de los acuerdos y pactos.

Por lo que se refiere al procedimiento de consulta, también son de aplicación las novedades que hemos analizado en la modificación colectiva de acuerdos y pactos, como la previsión en caso de ausencia legal de representantes legales, o la presunción de existencia de causas justificativas en caso de alcanzarse un acuerdo, por lo que reiteramos nuestra valoración positiva en ambos casos. También hemos de remitirnos a lo anteriormente dicho en relación a la ausencia de indicación expresa respecto a la notificación individual a los trabajadores afectados por el cambio.

Pero la cuestión crucial era, y es, qué alternativa debería plantearse en el supuesto de falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores.

Tres opciones parecían posibles. La primera, dejar la situación como hasta ahora, esto es, no hacer posible la modificación ante la ausencia de acuerdo y, con ello, continuar con el "escaso" desarrollo de la flexibilidad interna a la que se refiere el Preámbulo de la ley. La segunda, asumir la solución recogida en el art. 40 ET, también de aplicación a las modificaciones de acuerdos y pactos y decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, esto es, posibilitar la decisión unilateral del empresario con posterior control judicial. La tercera, el establecimiento de una regulación más incisiva de los medios extrajudiciales. En determinadas versiones anteriores al RDL 10/2010 se preveía el establecimiento de un arbitraje obligatorio, en el sentido de que cualquiera de las partes podía obligar a la otra a desembocar en esta solución. La solución adoptada por la norma, aunque no lo parezca en una primera lectura, mantiene gran similitud con esta última opción.

En efecto, ahora la norma estatal ordena a la negociación colectiva prever medios para resolver estas situaciones de desacuerdo de "manera efectiva", incluyendo el deber, no la facultad, de prever obligatoriamente el arbitraje como solución final. Esto es, ahora la norma estatal impone a los acuerdos del art. 83.2 ET a nivel estatal o autonómico que prevean estos medios y, en especial, el arbitraje, estableciendo además que tal regulación tendrá aplicación "general y directa", lo que ha de interpretarse en el sentido de dotar a esa regulación "ex lege" de eficacia normativa general y no sólo obligacional respecto a los convenios colectivos bajo su ámbito funcional de aplicación.

Aunque sin tanta concreción, y en la misma línea, en el contenido obligatorio o mínimo de los convenios colectivos (art. 85. 3 c) ET) se ha introducido un nuevo apartado específico en el que se contempla la necesidad de que los convenios contengan "procedimientos para solventar de manera efectiva" las discrepancias en este ámbito del art. 41. 6.

Con otros términos, el legislador quiere imponer a la negociación colecti-

va estatutaria que sus eventuales modificaciones a nivel de empresa se resuelvan, en caso de discrepancias, mediante la vía del arbitraje. Para ello mandata a los acuerdos interprofesionales a contemplar esta vía de solución para que, a su vez, mediante la eficacia normativa de estos acuerdos, aquélla sea la solución que se integre obligatoriamente en los convenios colectivos y de ahí se aplique a este tipo de conflictos.

Pero hay que subrayar que lo obligatorio es que la negociación colectiva contemple institucionalmente la solución del arbitraje como solución final. Otra cosa es determinar, respecto al empresario que ha iniciado un proceso de consultas para alterar lo regulado en un convenio colectivo estatutario, el nivel de obligatoriedad para seguir el proceso arbitral. Lo que tiene más sentido es que, terminado el proceso de consulta sin acuerdo, el empresario pueda optar entre retirar la propuesta de modificación o iniciar el procedimiento de arbitraje. No parece que la obligatoriedad del proceso pueda llevar a que, iniciado el proceso de consulta y terminado sin acuerdo, el empresario deba forzosamente someterse ya al proceso arbitral. Sin embargo, sí resulta más acorde con la pretensión del legislador que, iniciado el proceso arbitral por el empresario, la representación laboral haya de someterse a dicho proceso. Ésa parece la única solución factible, dado que no parece lógico que, iniciado por el empresario el proceso de modificación, se le pueda imponer a éste que, en caso de desacuerdo, se termine forzosamente este proceso en la decisión arbitral, entre otras razones porque bastaría con que, terminado el proceso sin acuerdo, renunciara aquél a las modificaciones pretendidas. Y tampoco parece lógico que la parte laboral, en una hipótesis poco plausible en la práctica, obligue al empresario a someterse forzosamente al proceso arbitral.

Por tanto, la obligatoriedad que se predica en el nuevo art. 41 ET, al igual que en el nuevo art. 82.3 ET, lo es respecto a la necesidad de que los acuerdos interprofesionales contemplen la vía arbitral como solución potestativa para el empresario en caso de propuestas modificativas de convenios colectivos "ante tempus" que no alcancen a ser acordadas con la parte laboral, vía que a su vez ha de ser impuesta por los acuerdos interprofesionales a los convenios colectivos. Pero esta obligatoriedad no se predica respecto a la aplicación del proceso caso de que el empresario no opte por esta vía. Y ciertamente no se refiere al carácter vinculante de la decisión arbitral, la cual es inherente a esta institución y lo que la diferencia de la conciliación o la mediación.

Al respecto, creemos que aquí debería ser de total aplicación lo que se indica en el art. 51 ET respecto a la decisión de la autoridad laboral en caso de desacuerdo, esto es, que la resolución, en este caso la arbitral, "sea motivada y congruente con la solicitud empresarial". Por tanto, la parte laboral no debería poder añadir o eliminar puntos en la propuesta empresarial para someterse al arbitraje – sí expresar, por supuesto, sus opiniones sobre las pretensiones

empresariales –. Una vez realizada esta sumisión por la parte empresarial de iniciar el proceso arbitral, a la que ha de sumarse la parte laboral en el sentido de presentar las alegaciones que pueda solicitarle el árbitro, se aplica lo indicado en el art. 91 ET respecto a los motivos tasados de impugnación de la decisión arbitral.

Dos cuestiones importantes, entre otras, suscita esta regulación. Por un lado, cabría plantearse si esta obligatoriedad institucional de contemplar el arbitraje obligatorio se debería traducir en que no sea posible que por negociación colectiva se contemple otra vía de solución como alternativa a la arbitral en caso de desacuerdo, como puede ser la decisión unilateral del empresario con control judicial. Al respecto, nótese que el llamamiento explícito a la negociación colectiva para poder establecer un procedimiento alternativo al art. 41 ET, posibilidad admitida por el Tribunal Supremo, se realiza en el apartado 4 respecto a acuerdos o pactos colectivos, no explícitamente en el apartado 6. No obstante, también podría interpretarse que cuando el art. 41.1, en su primer párrafo se remite al apartado 4, también lo hace a la posibilidad de esos procedimientos alternativos. De la misma manera, la referencia en este último apartado 6 de que la modificación se puede hacer por "acuerdo" de conformidad con lo indicado en el apartado 4 debe entenderse en el sentido de que pueda haber un acuerdo en convenio colectivo para que se aplique, con las condiciones que puedan establecerse, la decisión modificativa del empresario caso de darse determinadas causas y condiciones, sin perjuicio del control judicial posterior. Desde luego esto último será más coherente con la promoción de la autonomía colectiva que el art. 41.6 ET se muestra tan celoso en preservar y con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por otro lado, hay que subrayar que la aplicabilidad de la solución que prevé el legislador en este tema tan trascendental para la flexibilidad interna depende de que exista efectivamente un acuerdo interprofesional estatal o autonómico a los que se refiere el art. 83 ET. Téngase en cuenta que el legislador no han mandatado a las partes –sería difícil– para que lleguen a un acuerdo al respecto en un plazo determinado. Con lo cual, tenemos aquí dos incertidumbres. Una, que efectivamente se inicien y desarrollen negociaciones para llegar a un acuerdo sobre esta materia. Dos que, iniciándose y desarrollándose estas negociaciones, se llegue efectivamente a un acuerdo. Téngase en cuenta que la norma no impone una obligación de iniciar estas negociaciones sobre ambas partes. Sólo se aplicaría la obligación de negociar de buena fe prevista en el art. 89.1 ET en caso de que una de las partes le pidiera a la otra negociar al respecto. Pero sobre ninguna de las partes pesa una obligación de contratar, con lo que la regulación de este tema clave para la flexibilidad interna quedaría sin concretar. Claro es que nada impediría que por convenio colectivo estatutario "regular", y no por acuerdo interprofesional, se estableciera para un

determinado sector y empresa esta posible vía de solución de los desacuerdos -de ahí la redacción señalada del art. 85. 3 c)- , pero ello tendría un alcance limitado respecto a las pretensiones de solución general que animan al art. 41 ET .6 en este punto.

En todo caso, y después insistiremos en ello, no compartimos la trascendental opción legislativa por la imposición institucional del arbitraje como eventual solución a las situaciones de desacuerdo en la modificación de condiciones contempladas en convenios colectivos estatutarios, que condiciona incluso la valoración que pueda hacerse de la reforma en materia de flexibilidad interna.

3.3. La nueva regulación del descuelgue salarial: la opción por la descentralización

El art. 82.3 ET prevé un régimen específico para lo que se denomina el descuelgue salarial, entendiendo por tal la inaplicación temporal del "régimen salarial" previsto en un convenio colectivo supraempresarial respecto a una determinada empresa. Estamos ante una regulación específica para una determinada materia (la salarial) de un instrumento de adaptación (la inaplicación convencional) que también se prevé, como acabamos de ver, en el art. 41 ET.

La razón de ser de esta regulación especial radica esencialmente en el hecho de que la salarial es una materia especialmente sensible en lo que se refiere a su posible inaplicación, en tanto que puede situar de forma directa y clara a unas empresas bajo el mismo convenio en situación de desventaja respecto a las empresas "descolgadas". El art. 41 ET, con la excepción precisamente de la jornada que goza de un régimen especial, se ocupa de temas más directamente relacionados con la organización y funcionamiento de la prestación de servicios en la empresa, materias en las que no sólo es negativo sino conveniente que haya competencia entre las empresas en busca de la mayor eficiencia.

De hecho, la cautela del legislador en esta materia con anterioridad al RDL 10/2010 podía verse en unas condiciones muy estrictas para semejante inaplicación, a lo que le ha acompañado una regulación aún más restrictiva en la negociación colectiva, que ha establecido condiciones adicionales, especialmente respecto a la extensión y duración de las pérdidas económicas para poder acogerse al descuelgue.

El resultado de esta cautela legislativa, corregida y aumentada convencionalmente, ha sido que este tipo de cláusulas ha tenido una utilización sumamente escasa y, desde luego, no ha servido para el objetivo de adaptación salarial de empresas afectadas por la actual crisis, que han encontrado más accesible el recurso directo al despido.

Es por ello por lo que el legislador ahora intenta encontrar un nuevo equili-

brio que facilite más el descuelgue salarial, pero sin por ello perjudicar indebidamente las relaciones de competencia entre las empresas en base a este factor.

A tal fin, la opción fundamental ha sido cambiar el eje de gravedad regulatorio respecto al nivel negocial, de forma que mientras en la regulación anterior era el convenio colectivo supraempresarial el que tenía el control del proceso de inaplicación, ahora dicho control se desarrolla a nivel de empresa. En la nueva normativa, es por acuerdo de empresa cómo puede desarrollarse esa inaplicación, sin que se atribuya específicamente al convenio colectivo supraempresarial una regulación al respecto, menos aún de carácter diferente u opuesto a lo establecido en el nuevo art. 82.3 ET.

Tanto es así que, además de lo anterior, es el art. 82.3 el que establece ahora directamente los aspectos esenciales del descuelgue salarial, aspectos que antes eran remitidos a los convenios supraempresariales.

Así, por señalar lo más notorio al respecto, el legislador concreta un contenido (mínimo se entiende) del denominado "acuerdo de inaplicación", de forma que éste habrá de determinar "con exactitud" la alternativa retributiva, a la que ha de acompañar "una programación de la progresiva convergencia" para recuperar los niveles salariales del convenio una vez que hayan desaparecido las causas de inaplicación.

A lo anterior ha de sumarse la acotación temporal de la inaplicación, que no podrá superar la vigencia del convenio colectivo inaplicado y, en todo caso, los tres años de duración máxima. Esta acotación ulterior respecto a los tres años, como vimos, no se encuentra en las modificaciones de convenios del art. 41.6 ET, lo que refuerza esta idea de cautela que el legislador mantiene en relación a esta condición específica salarial.

Por lo demás, en materia de periodo de consulta se remite a lo indicado respecto a la modificación de acuerdos y pactos (elección de representantes en ausencia de representación legal, presunción de que se dan las causas justificativas en caso de acuerdo) y, sobre todo, la misma alternativa en caso de desacuerdo respecto a modificaciones de convenios colectivos estatutarios, esto es, la remisión a medios extrajudiciales efectivos, y especialmente al arbitraje, como única vía de resolución ante esa situación de desacuerdo. Nuestra valoración realizada respecto al art. 41.6 ET sobre la regulación de la modificación de los convenios colectivos estatutarios es aplicable aquí.

No obstante, repárese que en relación a la causa del descuelgue se da un régimen distinto al de las causas del art. 41 ET. En efecto, aquí no se mencionan expresamente, como tales, ni las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ni la justificación que hemos visto en ese precepto.

Ahora se indica como causa justificativa que "la situación y perspectivas económicas (de la empresa) pudieran verse dañadas" como consecuencia de la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio supraempresarial y

que ello, además, "afectara a las posibilidades de mantenimiento del empleo".

No cabe duda de que existe una mayor exigencia para el descuelgue salarial que para las modificaciones previstas en el art. 41 ET, incluidas las del convenio colectivo. Desde luego, en el art. 41 no se exige la mencionada necesidad de que, de aplicarse el régimen salarial supraempresarial, se afecte al mantenimiento del empleo en la empresa. Y, evidentemente, hay una diferencia adicional, dado que en el descuelgue se requiere posibilidad de "daño" a la situación o perspectivas económicas de la empresa, mientras que en el 41 sólo se pide que contribuya a la mejora de tal situación económica o incluso de sus perspectivas.

Parece que en caso de descuelgue salarial la causa ha de ser, al menos esencialmente, de carácter económico. De hecho, se asemeja este enunciado de la justificación al indicado en el art. 51.1 ET, que habla de "capacidad para mantener el volumen de empleo".

Por tanto, se confirma la mayor cautela del legislador en la posible aplicación del descuelgue, esta vez desde la perspectiva estrictamente causal y justificativa.

Esta mayor cautela también debería haber posibilitado, junto con la duración máxima reforzada y el control judicial, la alternativa de la decisión unilateral del empresario en caso de desacuerdo que hemos predicado como preferible en el art. 41. ET.

Una última cuestión a aclarar, dentro de lo que permite la compleja regulación del legislador al respecto, es la que se refiere a la delimitación entre los arts. 41 y 82.3 ET.

Por lo pronto, el art. 82.3 ET sólo se refiere al descuelgue salarial en relación a convenios colectivos estatutarios supraempresariales, y, por tanto, no se aplica a posibles descuelgues a nivel de empresa de acuerdos y pactos colectivos supraempresariales. Al respecto se aplicará lo dispuesto en el art. 41.4 y 5 ET.

Además, por razón de la materia, el art. 41 ET habla de "sistema de remuneración", mientras que el 82.3 lo hace de "régimen salarial". Normalmente se ha asumido que el descuelgue salarial se refería en especial al elemento cuantitativo, esto es, la cuantía salarial fijada convencionalmente, mientras que el art. 41 estaba, y está, más relacionado con la estructura salarial.

No obstante, lo cierto es que el término "régimen" aplicado a salario puede considerarse que afecta también a elementos relacionados con la estructura, como puede ser la inaplicación de un determinado complemento.

Al mismo tiempo, y aunque es claro que el término "sistema de remuneración" puede considerarse que afecta directamente a la estructura, es evidente que en su alteración también puede afectar a la cuantía salarial, eso sin contar que al ser el listado del art. 41.1 abierto, puede interpretarse – ya sabemos que

ello no es pacífico en la doctrina – como incluyendo la dimensión cuantitativa del salario en lo no afectado por la regulación específica del art. 82.3 ET.

De esta forma, podemos concluir que la exclusión del 41 ET a favor del art. 82.3 ET viene dada, pues, más que por una diferenciación de naturaleza o lógica jurídicas, por el deseo de dar un tratamiento específico y matizadamente diferenciado a la alteración pretendida por una empresa de una condición especial, el "régimen salarial", cuando ésta se encuentra fijada en convenio colectivo supraempresarial, alteración para la cual se realiza una mayor exigencia respecto al art. 41, y ello tanto en relación a la causa como sobre el contenido y duración del acuerdo del descuelgue.

Veremos ahora que este tratamiento especial de una determinada condición tan esencial a efectos modificativos como la salarial contemplada en convenio colectivo supraempresarial también puede predicarse de la otra condición básica en el contrato de trabajo, que es la jornada, ahora en relación a la nueva regulación del art. 47 ET.

3.4. El nuevo régimen de la suspensión contractual colectiva y la reducción (temporal) de jornada: su potenciación frente a la alternativa extintiva

En el ámbito de la suspensión de los contratos de trabajo por causas empresariales se han introducido novedades o consolidado alternativas -previstas ya en el RDL 2/2009, de 6 de marzo y en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre– que hemos de juzgar, en términos generales como positivas.

Ciertamente, debemos cualificar la anterior apreciación positiva en tanto que, al igual que en el caso del art. 51 ET, se ha seguido manteniendo la necesidad de autorización laboral, pero ésta es una cuestión que, sorprendentemente, no ha entrado ni tan siquiera dentro del debate parlamentario de la reforma laboral, aunque sí ciertamente se ha planteado por la parte empresarial en el diálogo social.

También es de difícil justificación que se haya continuado y ahora explicitado la extensión indiscriminada del procedimiento suspensivo del art. 47, con independencia de número de trabajadores afectados , traduciéndose ello en la no diferenciación de un régimen distinto, similar al del art. 52 c) respecto al 51, cuando afecta un número menor de trabajadores. No parece que puedan alegarse razones de control de prestaciones públicas a la vista de que respecto a una medida más drástica, e incluso de mayor impacto en prestaciones públicas (desempleo), como es la del despido colectivo, sí se abre una vía diferencial según el número de trabajadores afectados, excluyendo vía 52 c) del procedimiento administrativo y de la consiguiente consulta y autorización del art. 51, a las reducciones que afecten a colectivos "menores" y a trabajadores individua-

les. Además, aquel posible inconveniente de fiscalización pública, caso de que lo hubiera, se podría haber paliado mediante la imposición de una obligación de notificación de las suspensiones colectivas menores o individuales a las autoridades y organismos adecuados. No compartimos, pues, esta "universalización" subjetiva del art. 47 ET.

Han de considerarse como positivas, sin embargo, medidas tales como la de la regulación expresa en la normativa laboral de la reducción temporal de la jornada como supuesto técnicamente diferente al de la suspensión, que antes se contemplaba exclusivamente en la normativa de Seguridad Social, con una problemática específica respecto a sus repercusiones en la prestación por desempleo.

De igual modo, han de considerarse como positivas las medidas referentes a la consolidación de bonificaciones y su extensión en caso de practicarse en el ámbito de las políticas activas de formación durante la situación de no actividad total o parcial (aunque sin duda aquí va a ser necesaria una mayor intervención pública en el diseño general de tales políticas), la obligación de los trabajadores afectados de someterse a tales políticas activas, la extensión de los plazos para poder acogerse a los beneficios del derecho de reposición de la prestación de desempleo, como vía de favorecer el acuerdo, así como la reducción del plazo del denominado "compromiso de mantenimiento del empleo" de 12 a 6 meses para mantener el derecho a las bonificaciones, que se nos antojaba a todas luces excesivo en una situación de cambios constantes de las circunstancias empresariales y, consiguientemente, desincentivador de este medida de flexibilidad interna.

El art. 47 ET, en la redacción actual, y en la anterior, plantea un tema relacionado con la causalidad y justificación de la medida suspensiva o reductora, que ahora cobra una nueva importancia en base a la reforma del art. 51 ET al respecto. En efecto, aquel precepto hace una remisión parcial al art. 51, al indicar que "el contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51…". El término "procedimiento" tiene un sentido estricto (se habla, por ejemplo, de "procedimiento de mediación o arbitraje"). La duda de si también se está remitiendo al 51 ET en materia de causas y justificación se refuerza además por lo indicado en el apartado 1 c), en tanto que hace depender la autorización de que tal medida temporal sea "necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa".

Seguramente hay que entender que las causas y la justificación a las que hace referencia el art. 51 son también aplicables en el art. 47 ET, pero de una forma cualificada, en el sentido de ser menos exigente, dado que parece que ha de pretenderse la "superación de una situación", superación a través de la

suspensión que no ha de tener los niveles de justificación requeridos en el art. 51 ET.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INSUFICIENCIA DE LOS AVANCES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Una vez que hemos analizado los elementos esenciales de los componentes regulatorios de la flexibilidad interna, debemos hacer, a modo de conclusión, una valoración general al respecto.

Y más concretamente, debemos preguntarnos si el "escaso desarrollo" de esta flexibilidad que ha sido constatado por el propio legislador en el Preámbulo de la Ley puede corregirse al haberse efectivamente potenciado en la nueva normativa instrumentos de flexibilidad interna, como era uno de los objetivos esenciales declarados en el Preámbulo de la reforma, junto al fomento del empleo estable.

Desde luego, ya lo hemos visto, hemos mostrado nuestro acuerdo y valoración positiva con múltiples aspectos de la reforma en este ámbito: la previsión de una representación "ad hoc" en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores para consultar las modificaciones; la introducción del elemento preventivo en la justificación de las causas empresariales para modificaciones sustanciales; el establecimiento de un plazo máximo para el periodo de consulta; la presunción de existencia de causas justificativas en los casos de acuerdo modificativo con la representación de los trabajadores; el mantenimiento e incluso la mayor facilidad para la alteración unilateral de acuerdos o pactos y decisiones unilaterales de efectos colectivos por el empresario en caso de desacuerdo; un mayor papel del nivel empresarial en el descuelgue salarial, junto a una suavización de las causas para el mismos; la potenciación de los medios extrajudiciales como vía de solución de las discrepancias en los procesos de negociación para las modificaciones colectivas; la potenciación y clarificación de las suspensiones colectivas y las reducciones de jornadas como vías adaptativas antes de acudir a soluciones extintivas… Todos estos elementos, y más que hemos ido señalando, reiteramos, merecen una valoración positiva.

Sin embargo, creemos que su trascendencia y número no nos puede llevar a una valoración global positiva de la reforma en este punto.

No creemos que con la regulación actual se haya producido un salto cualitativo para que, en efecto, se produzca una mayor aplicación de la flexibilidad interna como vía generalizada de mantenimiento de empleo, de fomento de empleo estable y, al mismo tiempo, de mejora de la empresa y de su competitividad.

Por el número e importancia de las materias tratadas y los trabajadores

afectados, el verdadero" test" de la eficacia y profundidad de la reforma en este punto estaba, y está, en lo referente a los convenios colectivos del Título III del ET y, más concretamente, en las posibilidades de adaptación de las condiciones previstas en convenios colectivos empresariales a las circunstancias concretas de la empresa. Más específicamente aún, en las posibilidades de dicha adaptación en caso de que no haya acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores.

En este punto el legislador ha escogido la "imposición" -en los términos examinados- del arbitraje a la negociación colectiva como la única vía que le queda al empresario que quiera efectuar una adaptación en caso de desacuerdo con la representación laboral, imposición que no creemos positiva, ni a efectos conceptuales o dogmáticos, ni a efectos prácticos. Y ello no por considerar inadecuada una potenciación, que no imposición, del arbitraje a estos efectos, sino sobre todo por las razones que podrían fundamentar la negación de la decisión unilateral del empresario con posterior control judicial como la solución más óptima, razones que (suponemos) están ligadas esencialmente a una interpretación excesivamente extensiva del significado de la "fuerza vinculante" de los convenios colectivos a la que se refiere el art. 37 CE.

Desde la perspectiva práctica, por más que se potencien, y debe hacerse, los medios extrajudiciales a estas situaciones, si consideramos la frecuencia con la que pueden y deben plantearse las controversias respecto a la modificación de condiciones de trabajo en un tejido empresarial vivo y en (deseable) evolución permanente, no parece realista que se pueda atender toda la potencial demanda que puede surgir en caso de recurrirse a la flexibilidad interna, y no a la contratación temporal y al despido, como verdaderas vías de adaptación. Incluso en la alternativa de decisiones unilaterales controladas judicialmente, además de contarse con una mayor consolidación ya desde ahora de los órganos y procedimientos de la jurisdicción laboral, a diferencia de los mínimos elementos personales y de infraestructura del arbitraje, aquella jurisdicción no tendría que intervenir en todos los casos, sólo en los impugnados o en los no solucionados mediantes medios extrajudiciales voluntarios, a diferencia de la solución arbitral, que ha de entender de toda pretensión modificativa que se quiera ejecutar por la empresa cuando no hay acuerdo.

Debemos insistir que, teniendo en cuenta los medios personales y materiales con los que actualmente cuentan los órganos de solución extrajudicial de conflictos a nivel estatal y autonómico (que han hecho, por otra parte, dentro de sus límites, una gran labor en las últimas tres décadas) y que, además, han sido muy excepcionalmente empleados en conflictos relacionados con los arts. 41 y 82.3 ET, no parece posible que en los próximos años – ni tan siquiera meses - estos órganos estén en disposición de responder a la demanda que debería originarse por los necesarios y convenientes procesos adaptativos.

Lo anterior debe particularmente predicarse de la escasez de experiencia y de profesionales que puedan aplicar el arbitraje previsto por aquellos preceptos.

Si algo demuestra la experiencia en medios extrajudiciales es que se necesita un plazo considerable para su implantación, para crear una "cultura arbitral", como lo pone de manifiesto el reducido número de arbitrajes en los últimos treinta años en los conflictos colectivos más tradicionales, los de aplicación e interpretación de convenios, que aún son más escasos en el caso de los causados por los arts. 41 y 82.3 ET. Por consiguiente, cuando se establece la posibilidad de que sea el arbitraje la vía recurrente de solución de conflictos de adaptación en materias contempladas por convenios colectivos en caso de desacuerdo, parece que se está regulando, en el mejor de los supuestos, con una perspectiva temporal de (bastantes) años, lo que no parece la mejor alternativa para impulsar la flexibilidad interna en el corto plazo, como es requerido incluso por el propio Preámbulo de la Ley.

Y hemos señalado, además, que esta alternativa arbitral se hace depender básicamente de la existencia de acuerdos interprofesionales a nivel estatal o autonómico, con lo que a la dificultad de aquella implantación se une otra derivada de la incertidumbre sobre la misma existencia de su fuente de regulación.

Desde una perspectiva más conceptual, esa fortísima inducción al arbitraje para que la empresa pueda realizar tal adaptación de condiciones, que lo convierte de hecho en un medio cuasi–obligatorio, al menos desde la perspectiva finalista, entra en clara confrontación con la total excepcionalidad del arbitraje obligatorio en nuestro Ordenamiento, como puede contemplarse claramente en el art. 10 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 – la norma que actualmente regula la huelga y los conflictos colectivos –, el cual, a efectos de imponer el arbitraje obligatorio, requiere que se trate de controversias colectivas de una gran trascendencia social y económica – "perjuicio grave de la economía nacional " –. La otra experiencia arbitral del alcance, la del arbitraje en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores del art. 76 ET, tiene un carácter específico (impugnaciones en materia electoral) y una naturaleza jurídica diferente (lejos de las facultades empresariales de organización y dirección) que no se dan en conflictos tan centrales en la empresa como son los que afectan a las condiciones esenciales de trabajo que determina su misma organización. Y, desde luego, a nivel de convenios colectivos ha de considerarse como totalmente excepcional la imposición de un arbitraje obligatorio para la resolución de los conflictos colectivos de aplicación e interpretación, a pesar de que el art. 91 ET puede ser interpretado, aunque no hay consenso al respecto, en el sentido de posibilitar esa imposición.

Por tanto, la imposición de la vía arbitral como única salida para adaptar las condiciones de trabajo de un convenio colectivo ante una situación de desacuerdo no sólo encuentra una dificultad práctica muy seria de aplicación en

los próximos años, decisivos como reconoce el propio legislador para implantar con mínima solidez la flexibilidad interna como vía prioritaria de adaptación, sino que desde la perspectiva técnico jurídico y dogmática plantea serios interrogantes.

Supone, en todo caso, una limitación desmedida a las facultades empresariales que deberían incluir esa potestad de adaptación, aunque limitada por la causalidad necesaria e incluso cualificada respecto a otras modificaciones colectivas, por la necesidad de desarrollar una negociación de buena fe, por la incentivación de los medios extrajudiciales, incluyendo la mediación obligatoria y el arbitraje voluntario, por el acotamiento de un periodo temporal de descuelgue con vuelta al convenio y, en fin, por el control judicial.

Precisamente el desarrollo de todas estas limitaciones y cualificaciones a la alternativa de la decisión unilateral del empresario en caso de desacuerdo es lo que nos lleva a no tener dudas de la constitucionalidad de esta opción, de haberla seguido el legislador, al no violentar indebidamente la "fuerza vinculante" de los convenios colectivos a la que se refiere el art. 37.1 CE.

Hay que tener en cuenta que esta fuerza vinculante es aplicable, según nuestro Tribunal Constitucional, no sólo a los convenios estatutarios sino a otras expresiones convencionales como pueden ser determinados acuerdos y pactos colectivos, frente a los cuales ya hemos visto que el legislador reformador no tiene obstáculos en habilitar la decisión unilateral del empresario como vía posible de solución en caso de desacuerdo.

Pero es que, además, esa garantía constitucional de fuerza vinculante, al igual que el propio derecho constitucional de negociación colectiva, al igual que cualquier otro derecho constitucional en sí, no es ilimitada, sino que puede admitir condicionamientos siempre que se dé una justificación y proporcionalidad para ello.

El caso más claro, así lo hemos señalado y hemos ahora de insistir , lo tenemos en el propio art. 40 ET, que posibilita en los traslados de trabajadores la alternativa de la decisión unilateral como último recurso frente al desacuerdo, promocionando la negociación previa con control judicial de la causalidad, e incentivando, aunque no imponiendo, la solución arbitral. Y aquí estamos hablando de una clara afectación de un derecho fundamental, el de libre residencia, en el supuesto de un traslado que decide el empresario y que implica por definición, frente a otras movilidades geográficas como el desplazamiento, el cambio de residencia.

No compartimos, por tanto, aquella posición que puede ver en la solución del desacuerdo por decisión unilateral, con todas las condiciones y limitaciones que acabamos de predicar, un ataque inconstitucional o ilegal al derecho de negociación colectiva, a no ser que se defienda una imposibilidad de limitación que no está presente incluso en derechos fundamentales directamente relacio-

nados con el ámbito laboral, como la residencia o la intimidad. Y por más que el derecho de negociación colectiva se relacione con el contenido esencial de la libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, no se trata, a diferencia de la residencia o la intimidad, un derecho fundamental. Además, su función normativa, como fuente de Derecho, tampoco sería obstáculo al respecto, en tanto que no se está cuestionando la misma. Se trata de una inaplicación circunstancial, y no derogación, del convenio colectivo y de una limitación causal temporal al derecho de negociación colectiva, con control judicial, en relación a determinadas materias y previa incentivación de la negociación y de la solución por un tercero no judicial.

Estamos, pues, ante un aspecto sumamente criticable de esta reforma laboral, y que nos hace seriamente dudar que una de sus finalidades esenciales, la potenciación de la flexibilidad interna, que sin duda conoce aspectos positivos en la misma, pueda ser realizada con la extensión que se requiere para cambiar las tendencias de fondo de nuestro mercado de trabajo respecto a la contratación temporal y al despido como vías prioritarias de adaptación de las condiciones laborales a nuevas circunstancias empresariales.

LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

FEDERICO NAVARRO NIETO

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Reforma laboral, negociación colectiva**

El estudio aborda las novedades legales recientes con incidencia en la negociación colectiva. Se centra el análisis en la cláusula de inaplicación del régimen salarial del convenio como principal novedad en el marco jurídico vigente de la negociación colectiva introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Se subraya en el estudio que el régimen normativo de la cláusula de descuelgue contiene importantes novedades que contribuyen a realzar el papel del acuerdo de empresa como fuente autónoma de regulación convencional, consolidándose en el vigente modelo estatutario como paradigma legal que sirve de contrapeso al paradigma de la eficacia normativa general del convenio colectivo. Junto al estudio del régimen jurídico de la nueva versión de los arts. 82.3 y 85.3 c) LET, se abordan en una segunda parte del artículo las insuficiencias en algunos aspectos relevantes del régimen jurídico del modelo estatutario de negociación colectiva, respecto de los que parece oportuna e incluso necesaria una intervención legislativa de reforma.

ABSTRACT **Key Words: Collective bargaining, reform**

The present study deals with the legal news about collective bargaining. We analyse, under the 35/2010 Law of September 17th with the urgent measures to reform labour marketplace, the remuneration regime agreement included as an innovation feature under the judicial regime in collective bargaining. We highlight in the study the get-out clause (or escape clause) legislative regime that has a lot to say in the enterprise agreement as such, and as conventional and autonomous own regulation as a legal paradigm that opposes to the general rules and collective agreement paradigm.

Along with the study of the judicial regime, and the new version of the articles 82.3 and 85.3 c) LET, we analyse the second part of the article and what are the reform's insufficiencies considering some key aspects of the judicial regime related to the statutory model and the collective bargaining; while we confirm that there is a need for a reform in the legislative reform.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 193-226

ÍNDICE

1. Introducción: algo se mueve bajo las tranquilas aguas del diálogo social
2. La negociación colectiva en la ley 35/2010: los acuerdos de empresa como nuevo paradigma legal
3. El régimen legal de los acuerdos de descuelgue salarial como anticipo de una nueva política del derecho
   1.1. Las cláusulas de descuelgue en su versión de 1994: una regulación compleja y de aplicación problemática
   1.2. La nueva regulación de la Ley 35/2010: el acuerdo de empresa como fuente reguladora autónoma
3. El nuevo régimen jurídico de las clausulas de descuelgue
   3.3. El elemento causal
   3.4. El proceso de negociación
   3.5. Contenido del acuerdo de inaplicación
   3.6. La resolución de los desacuerdos en torno a la cláusula de inaplicación
4. La necesidad de profundizar la reforma de la negociación colectiva
   4.3. Las reglas de la estructura de la negociación
   4.4. Unidades de negociación y legitimación negocial
      4.4.1. Nuevos ámbitos de negociación colectiva
      4.4.2. Legitimación patronal
   4.5. La revisión del efecto legal de la ultraactividad
   4.6. Un nuevo marco legal para la negociación

1. INTRODUCCIÓN: ALGO SE MUEVE BAJO LAS TRANQUILAS AGUAS DEL DIÁLOGO SOCIAL

Vista con perspectiva histórica, la configuración legal de la negociación colectiva ha merecido una valoración positiva. El modelo estatutario tuvo inicialmente un objeto de estabilización del modelo de negociación, y en un sentido promocional reforzó la lógica reguladora del convenio poniendo el acento en su función normativa de efectos generales. Se ha tratado, además, de un modelo legal que ha contado con el consenso de los protagonistas de la negociación [1].

Pero el marco estatutario vigente ha puesto de manifiesto crecientes insuficiencias en la estructura de la negociación, en sus contenidos, en el dinamismo de los procesos de negociación y en los mecanismos institucionales de gestión de dichos procesos. La situación puede estimarse preocupante si consideramos el nuevo escenario jurídico y el profundo cambio en la realidad productiva y económica en los inicios del siglo XXI. El nuevo escenario jurídico se define por el repliegue legislativo y la ampliación de los ámbitos y funciones reguladoras asignadas a la negociación. El orden productivo y económico se caracteriza por nuevas formas de organización de la producción, la descentra-

[1] Cfr. Cruz Villalón, *"El marco normativo de la negociación colectiva en España"*, en *Temas Laborales*, nº 76, 2004, págs. 10 y sigs.

lización productiva y las crecientes exigencias de movilidad, cualificación y productividad de la fuerza de trabajo. La falta de adaptación de la negociación colectiva se traduce en la creciente ineficiencia económica y laboral del actual sistema. Se ha observado que actualmente es manifiesto el desbordamiento del modelo estatutario en un sentido estructural y profundo [2].

Esta percepción es generalizada en el ambiente de las relaciones laborales en España y explica que en la última década la renovación del sistema de negociación colectiva se haya situado en un primer plano entre las políticas de reforma laboral. A lo largo del 2000 arrecia el debate doctrinal sobre la revisión del actual marco jurídico, se incorporan objetivos de renovación en los diversos acuerdos interconfederales y se avanzan propuestas y proyectos normativos en este sentido. Sin embargo esta reforma se ha supeditado a la preservación del consenso social en que se ha apoyado la regulación vigente durante tres décadas, evitando en lo posible una intervención legal que puede encontrar problemas de efectividad sin un consenso básico entre los sindicatos y patronales más representativos. De hecho este debate es paralelo a la reivindicación de la autonomía colectiva como elemento vertebrador del gobierno de la negociación colectiva (plasmado en los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva desde 1997).

En 2004 el Gobierno, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas estatales se plantean nuevos objetivos en el marco del diálogo social plasmados en el documento *Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, empleo estable y cohesión social*. Entre los aspectos que debían ser abordados en ese Diálogo Social se situaba la negociación colectiva (materia nº 11). La Declaración reitera como punto de partida la afirmación de los interlocutores sociales de que "la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía de los agentes sociales". Pero es igualmente destacable de la Declaración la función que se otorga a los poderes públicos para reforzar tal afirmación. En primer lugar se recoge que "la ley debe garantizar la capacidad de regulación mediante un adecuado marco jurídico". En segundo lugar, se precisa que el desarrollo de la capacidad de regulación de la negociación colectiva y de su cobertura laboral precisa acciones de los interlocutores sociales, "que pueden y deben contar con apoyos públicos en el terreno de la racionalización de la estructura de la negociación colectiva en la línea marcada por el AINC 97". La *Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social*, suscrito en julio de 2008 por los mismos agentes sociales y el Gobierno, nuevamente subraya el ámbito de la negociación colectiva como escenario del diálogo social.

[2] Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, "*La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores*", en *Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2001, pág. 70.

En el primer semestre de 2010 se han producido dos novedades que parecen presagiar cambios en el campo de la negociación colectiva. En primer lugar, el *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012*, de febrero de 2010, manifiesta en su Introducción que "el Diálogo Social y la negociación colectiva son los métodos de trabajo más apropiados para el buen funcionamiento del sistema de relaciones laborales en todos los niveles y para abordar reformas, cambios y adaptaciones en los sectores productivos y las empresas" y en su DA Única se manifiesta que "iniciarán a partir de su firma, y durante un periodo de seis meses, una negociación bipartita" sobre diversas materias, entre ellas la reforma del sistema negocial, con un programa de negociación amplio y abierto, abarcando "todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva (ámbitos, sujetos, contenidos, etc.)".

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y posteriormente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, han llevado a cabo sendas reformas normativas que, aunque eluden una intervención en el trazado normativo de la negociación colectiva, sin embargo dedican su Capítulo II a la potenciación de los acuerdos de empresa como instrumentos de flexibilidad interna con incidencia clara en el marco negocial. Curándose en salud, la EM (II) de la Ley 35/2010 manifiesta que esta potenciación de los acuerdos de empresa "no contradicen la voluntad manifestada por el Gobierno a lo largo de todo este proceso de diálogo social de respetar el período que se han dado los interlocutores sociales en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el pasado mes de febrero para acordar las modificaciones que crean convenientes en la negociación colectiva".

La Ley 35/2010 se acoge a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012., pero estableciendo ahora en su DA 21ª que "en defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley", el Gobierno "adoptará las iniciativas que correspondan" para abordar un proceso de reforma que podrá incluir, entre otras materias, "la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva".

Como vemos, bajo la aparente calma del proceso de diálogo social el marco jurídico experimenta novedades cuya traducción en una más ambiciosa política de reformas queda a la expectativa de que finalice este período de nego-

ciación bipartita y de los derroteros inciertos de la agenda política en el actual contexto de las relaciones laborales en España.

Paralelamente a estas novedades cabe mencionar finalmente el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que incide en la regulación del régimen salarial de los convenios colectivos aplicables al personal laboral del sector público. Las previsiones del D.L., recogidas en su Capítulo II, se encaminan a reducir la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales, mediante la modificación del articulado de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

Basta en este momento con recordar que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el convenio colectivo ha de adecuarse a lo previsto en las leyes, de forma que "el art. 37.1 CE ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador" (por todas, STC 62/2001, FJ 3º). En aplicación de esta doctrina, el TC ha tenido ya ocasión de observar que no supone el cuestionamiento del derecho a la negociación colectiva y es ajustado a un criterio lógico y razonable la congelación por el Ejecutivo para 1997 de los sueldos de los empleados públicos en contradicción con las subidas salariales previstas en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la Función pública (ATC 34/2005, FFJJ 4º y 5º). La decisión del Gobierno respondía a circunstancias sobrevenidas, surgidas con posterioridad a la firma del Acuerdo, concretamente el Plan de Convergencia de la Unión Económica y Monetaria, en el que se asumieron una serie de compromisos de estabilidad presupuestaria, que afectaban a los intereses generales del Estado y que reclamaban una actuación drástica en la contención del gasto público para reducir el déficit global.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LEY 35/2010: LOS ACUERDOS DE EMPRESA COMO NUEVO PARADIGMA LEGAL

La incidencia formal de la Ley 35/2010 en el régimen jurídico del Título III LET es limitada. Su contenido se centra en el art. 6 de la Ley, que introduce una nueva regulación del acuerdo de inaplicación del régimen salarial del convenio colectivo, mediante la reforma de los arts. 82.3 y 85.3 c) LET. El art. 6 de la Ley 35/2010 se sitúa dentro del Capítulo II de la norma, dedicado a la potenciación de los acuerdos de empresa. Su objetivo declarado es el de "configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad" y favorecer "la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la produc-

ción", pero "salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo" (EM II).

El Gobierno es consciente de la incidencia de los acuerdos de empresa en el marco legal de la negociación colectiva, dado que no se pueden desconocer las potencialidades del acuerdo como manifestación de la negociación colectiva y como instrumento de participación de los trabajadores en la organización y gestión de la empresa [3]. Esta evidencia lleva a la afirmación del Decreto Ley 10/2010, ahora plasmada en la Ley 35/2010, de que la potenciación de tales acuerdos se hace desde la premisa de que "la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores" (EM II). Se pretenden "tan solo, respetando la articulación legal de los convenios colectivos y manteniendo la eficacia normativa de los mismos, establecer los supuestos y condiciones en los que pueda ser necesaria una inaplicación excepcional de lo establecido en un convenio colectivo como medio para evitar la destrucción de puestos de trabajo" (EM II).

Pero tras esta declaración tranquilizadora para el actual ambiente de diálogo social se esconde una opción velada que apuesta por profundizar una política del derecho iniciada con la Ley 11/1994, de fomento de los acuerdos de empresa como instrumentos de negociación y de gestión Al igual que aconteciera en los 90, estamos ante una respuesta legislativa a las exigencias de una regulación laboral de las relaciones laborales acorde con los requerimientos empresariales de descentralización. Lo que se concibió como válvula de escape es hoy, en el vigente modelo estatutario, un nuevo paradigma legal que sirve de contrapeso al paradigma de la eficacia normativa general del convenio colectivo.

3. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACUERDOS DE DESCUELGUE SALARIAL COMO ANTICIPO DE UNA NUEVA POLÍTICA DEL DERECHO

3.1. Las cláusulas de descuelgue en su versión de 1994: una regulación compleja y de aplicación problemática

La LET otorga a los convenios estipulados conforme a las reglas del Título III la eficacia general, es decir, que "obligan a todos los empresarios y trabaja-

[3] Véase, García Murcia, "*los acuerdos de empresa*", en *Temas Laborales*, nº 76, 2004, y "*Los acuerdos de empresa: marco general*", en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007, págs. 611 y sigs.; Goerlich Peset, "*Los acuerdos de empresa*", en Albiol (Coord.), *Convenios colectivos y acuerdos de empresa,* CISS, 2007, págs. 317 y sigs.

dores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia" (art. 82.3 I LET). Pero la misma Ley establece excepciones a esta regla, entre ellas la recogida en el mismo art. 82.3 LET referente a las conocidas como cláusulas de descuelgue.

Estas cláusulas tienen un reconocimiento legal en el art. 82.3 LET en la versión introducida por la Ley 11/1994. El pasaje legal establece la facultad para la autonomía negocial de introducir cláusulas de inaplicación del régimen salarial del convenio aplicable a la empresa. Esta regulación se caracteriza por su complejidad. Ello se comprende mejor con un somero repaso del régimen de tales cláusulas en la versión de 1994. En este régimen se introducen dos vías de regulación de las cláusulas de descuelgue. En primer lugar, se prevé que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establezcan el régimen de inaplicación. Se concibe esta vía como el procedimiento principal de regulación de la cláusula de descuelgue. Es además de obligatoria regulación en los convenios supraempresriales ("establecerán" indica el art. 82.3 II), y corroborándolo el art. 85.3 c) LET lo estipula como contenido mínimo del convenio supraempresarial. El precepto reconoce un amplio margen al convenio que puede establecer "las condiciones y procedimientos" para el descuelgue, abarcando tanto la fase de autorización del descuelgue como el nuevo régimen salarial aplicable a la empresa, pudiendo limitarse a la fijación de las condiciones del descuelgue remitiendo al acuerdo empresarial la fijación del nuevo régimen salarial. Existiendo una regulación convencional de condiciones y procedimientos para el descuelgue no será posible un acuerdo de empresa que contravenga tales exigencias (STSJ Galicia 23-9-1997 –AS 3058-).

Sin embargo, el precepto recoge una vía subsidiaria de regulación de las cláusulas de descuelgue para los supuestos en que los convenios colectivos carecen de cláusula de inaplicación. El art. 82.3 III LET dispone que, "si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación", se podrá producir por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la comisión paritaria del convenio. Al mismo tiempo se dispone que por esta segunda vía subsidiaria la determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Aquí de nuevo se habilitaba a la comisión paritaria del convenio para resolver los desacuerdos referidos a la fijación de las nuevas condiciones salariales. La doctrina judicial ha reforzado esta vía subsidiaria de descuelgue, que otorga el protagonismo al acuerdo, en los supuestos en que la cláusula prevista en el convenio es incompleta o contiene una exigencia imposible de cumplir por circunstancias independientes de la empresa afectada, como por ejemplo que la comisión paritaria que debe resolver el descuelgue no llegue a crearse (STSJ Andalucía 14-7-1999 –AS 3746).

Con este marco legal existían diferentes formulaciones de la ejecución de la cláusula de descuelgue. En primer lugar, su concreción mediante una fase única de acuerdo del descuelgue y fijación de nuevas condiciones salariales (por previsión del convenio o por acuerdo empresarial de no existir previsión en el convenio). En segundo lugar, diferenciando dos fases, el descuelgue y las nuevas condiciones salariales previsto por el convenio (que distingue un primer momento de autorización del descuelgue por la comisión paritaria y la determinación de las nuevas condiciones salariales, que podían remitirse al ámbito empresarial); o en el caso de la vía subsidiaria por acuerdo del descuelgue en el acuerdo empresarial y decisión por la comisión paritaria de las nuevas condiciones por remisión de las partes en la empresa [4].

La regulación del art. 82.3 LET, además de compleja, ha sido problemática en su aplicación. En la práctica negocial un número significativo de convenios no introducen regulación alguna sobre la cláusula de descuelgue [5]. Ello contrasta con las directrices que los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva [6]. La misma jurisdicción social ha llamado la atención de la deficiente regulación de los procedimientos de inaplicación previstos en algunos convenios, que olvidan precisar extremos como el órgano ante el que ha de solicitarse la inaplicación, trámites previos en su caso, plazos dentro de los que cabe ejercitar la facultad, mecanismos para la determinación de las nuevas condiciones salariales y dirimir discrepancias (STSJ Canarias 29-5-2008 –AS 1600-). De esta manera la ambigüedad o las dudas sobre el alcance de las cláusulas de descuelgue se resuelve adoptando la interpretación más restrictiva, dado que dicha cláusula se concreta en la limitación o exclusión de los derechos pactados en convenio de una de las partes sin contraprestación por parte de la otra; esto es, en caso de duda sobre el objeto o ámbito de aplicación de dicha cláusula, habrá que estar a la interpretación que limite o restringa la posibilidad de exclusión de los derechos reconocidos a una parte sin contraprestación de la otra (art. 1289 CCivil) (STSJ Castilla La Mancha 29-9-2005 –JUR 223698-).

[4] Cfr. Casas Baamonde, ""*Descuelgue" salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses*" I y II, en *Relaciones Laborales*, I, 1995, pág. 35-38. Como muestra la experiencia negocial. Véase, Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, Thomson-Aranzadi, 2009, págs. 51 y sigs.

[5] Véase, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Madrid, 2007, pág. 122:

[6] En el sentido de estimarse "necesario que en tales Convenios se establezcan las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación" (AINC de 2003, 2005, 2007). El vigente *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* parece más exigente, y manifiesta que "la trascendencia del objetivo de preservar el empleo y las dificultades de financiación que atraviesan las empresas, justifican la conveniencia de posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de tal aplicación" (Cap. II).

Por otra parte, ha sido acentuado el rigor que han aplicado los convenios que regulan cláusulas de descuelgue, en las exigencias causales, el procedimiento y los plazos o en las exigencias documentales. Estos requisitos formales rigidifican y dilatan las soluciones a las situaciones coyunturales de las empresas (por ejemplo, mediante plazos para solicitar el descuelgue ante la comisión paritaria del convenio y de resolución por ésta y posterior concreción de nuevo régimen salarial con la representación legal en la empresa), que se agravan con prácticas rigoristas en el cumplimiento de plazos (únicos y perentorios en muchos supuestos, sobre todo para la solicitud del descuelgue, que en algunos casos plantean problemas interpretativos y de seguridad jurídica [7]) y exigencias documentales (también con plazos cerrados y perentorios para su aportación).

La regulación estatutaria derogada buscaba un equilibrio entre aplicación uniforme del convenio y descentralización; lo primero mediante la atribución al propio convenio sectorial y su comisión paritaria del control de las condiciones, procedimientos y resolución de conflictos en torno a la cláusula de descuelgue; lo segundo mediante la habilitación legal al acuerdo empresarial. Sin embargo, en muchos casos la experiencia ha puesto de manifiesto que, frente a la lógica descentralizadora con que se concibe este mecanismo de descuelgue, ha primado una lógica centralizadora, con un protagonismo relevante de la comisión paritaria del convenio colectivo [8]. En algunos supuestos, cuya legalidad es dudosa, el convenio supraempresarial expresamente excluye la posibilidad del descuelgue salarial o fija requisitos que en la práctica hacen inviable dicha posibilidad de descuelgue [9].

Un problema adicional ha sido el de la judicialización del control de las causas y los procedimientos que justifican la aplicación de la cláusula de descuelgue prevista en el convenio, articulándose la cuestión como conflicto jurídico (porque el debate gira en torno a la interpretación y aplicación de la norma del convenio) a través de la correspondiente demanda por la vía de conflictos colectivos [10].

3.2. La nueva regulación de la Ley 35/2010: el acuerdo de empresa como fuente reguladora autónoma

En el nuevo régimen jurídico el conjunto de reglas de condiciones y procedimiento del descuelgue corresponden al acuerdo de empresa. Esta solución

[7] Ilustran las SSTSJ Cataluña 28-4-2000 (AS 1066) y 18-11-2005 (AS 2006, 283).

[8] Cfr. Casas Baamonde, op. cit. págs. 27-28; Fernández Avilés, "*Las cláusulas de descuelgue salarial ante la crisis económica*", en Monereo y Sánchez (Dirs.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad ante la crisis económica*, Comares, 2010, pág. 454; Pose Vidal, "*La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica*", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 784/2009, BIB 2009, 1679.

[9] Véase, Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit. págs. 26-30.

[10] Véase, como ejemplos, STSJ Cantabria 18-10-2004 –AS 3940-; STSJ Castilla y León 11-3-2009 –JUR 208510-

normativa facilita la inmediatez de las respuestas a las contingencias empresariales y la flexibilidad de las soluciones (en las condiciones, en su seguimiento y en su duración).

Tres ideas son destacables de la nueva regulación. En primer lugar, el legislador mantiene una política del derecho que identifica a la negociación colectiva, en sus diferentes expresiones, como el principal instrumento habilitado para garantizar la regulación salarial en el sector y sus posibles inaplicaciones, excluyendo la vía del acuerdo individual o la decisión unilateral del empresario. En segundo lugar, el legislador configura este tipo de acuerdo como expresión de autonomía negocial cuyos protagonistas son la empresa y los representantes de los trabajadores en ésta. En tercer lugar, como matización relevante de las ideas expuestas, se reconoce la posibilidad de acuerdos *ad hoc*, de inaplicación del convenio, con los trabajadores sin mediación de representantes legales o sindicales en las pequeñas empresas.

Anteriormente el acuerdo de empresa ha constituido un instrumento relevante en la regulación del descuelgue, bien por remisión del convenio de cara a la fijación de las nuevas condiciones salariales (con una función de aplicación o ejecución de la cláusula de descuelgue del convenio), bien, por habilitación legal como vía subsidiaria, en ausencia de regulación por convenio (con una función en este caso directamente normativa). La novedad sustancial en la regulación vigente radica en que la habilitación legal lo es para el acuerdo de empresa como fuente normativa autónoma, sin que el convenio supraempresarial pueda interferir en las condiciones o procedimientos de la negociación de empresa.

En la versión derogada del art. 82.3 LET se da preferencia al procedimiento establecido en el convenio sectorial, donde en la práctica se otorga un papel central a la comisión paritaria [11]. Sin embargo, el planteamiento legal finalmente plasmado en la mueva versión del precepto es el de otorgar el protagonismo directamente a los trabajadores y sus representantes y al acuerdo de empresa, como se constata en previsiones como la designación de los representantes de los trabajadores en la negociación del acuerdo en ausencia de representación legal en la empresa, reservada a los propios trabajadores de la empresa (art. 82.3 III LET) o por estimarse que en caso de acuerdo de empresa "se presumirá que concurren las causas justificativas" (art. 82.3 IV LET). En todo caso, ahora la función del convenio es únicamente la de establecer procedimientos que resuelvan las situaciones de conflicto en el seno de la negociación empresarial, es decir, el convenio pasa a ser una fuente complementaria de regulación en esta materia.

[11] El mismo *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* insiste en este planteamiento. En los mismos términos se desarrollaba en el *Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo* (junio 2010).

Finalmente, la atribución al acuerdo de empresa del régimen del descuelgue salarial facilita su adecuación a la dimensión de la plantilla empresarial, y permite neutralizar el problema que ha planteado la regulación de algunos convenios sectoriales por establecer trámites y reglas documentales inadecuadas para las PYMES, por su duración y costes para este tipo de empresas.

Es oportuno tener en cuenta que los salarios constituyen un elemento significativo de los costes productivos de la empresa y precisamente una de las funciones del convenio colectivo es la de regular la competencia empresarial en el sector, evitando una espiral competitiva empresarial apoyada en la degradación de las condiciones salariales. Quizá esté aquí la clave para entender la desconfianza de los negociadores de convenios sectoriales (negociadores empresariales incluidos) hacia las cláusulas de descuelgue y su tendencia a una regulación rigorista de la misma. Desconfianza de la que también se ha contagiado la jurisdicción social en algún momento [12]. El objetivo debe ser evitar la utilización del descuelgue como vía para alcanzar menores costes laborales frente al resto de competidores empresariales en el sector, pero evitando que su interpretación la prive en la práctica de operatividad, derivando en una homogeneización imperativa de los costes laborales entre empresas de muy diversa dimensión dentro del sector.

Por ello, la interpretación del régimen jurídico de la cláusula de inaplicación del régimen salarial debe serlo considerando la finalidad del descuelgue, para evitar que su uso se convierta en un instrumento encubierto de *dumping* salarial. No se trata de un instrumento sin más de flexibilidad laboral, esto es, una vía más al servicio de la empresa para mejorar su posición competitiva [13]. Pero, por otra parte, quedando ello claro, deben rechazarse interpretaciones rigoristas que supongan un obstáculo cuando su uso es acorde con la finalidad que la justifica, es decir, cuando la empresa pasa por una situación de dificultades económicas.

La centralidad de las cláusulas de descuelgue en el actual debate sobre reformas en el marco de la negociación colectiva encuentra una de sus motivaciones en la reivindicación de mecanismos que permitan la adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores productivos, y en concreto la adecuación de los contenidos salariales de los convenios a la

[12] Por ejemplo, la STSJ Castilla La Mancha 28-5-2002 (AS 2750) observa "la cautela con que deben de ser contempladas tales cláusulas de descuelgue, toda vez que conforme se acerca el ámbito negociador al de la empresa, es sin duda de mayor dificultad substraerse a presiones de índole diversa sobre los negociadores"; por otro lado, no debe de olvidarse que también un descuelgue salarial "puede incluso incidir en terceras empresas (y trabajadores de las mismas, en cuanto que suponga una situación de competencia desigual entre ellas, atendiendo a un diferente coste laboral)".

[13] Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 62-63.

productividad empresarial [14]. Pero hay que decir que el mecanismo del descuelgue no es probablemente la respuesta a los problemas del régimen salarial convencional y de sus efectos uniformadores. En esta problemática quizá es más relevante la propia configuración de los incrementos salariales, la rigidez de tales incrementos, su dependencia de factores poco sensibles a las fluctuaciones del ciclo productivo y a la productividad de las empresas.

4. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLAUSULAS DE DESCUELGUE

4.1. El elemento causal

El régimen de la cláusula de descuelgue está previsto para el supuesto en que una empresa pretende la inaplicación del régimen salarial establecido en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa y aplicable a ésta conforme establece expresamente el art. 83.2 II LET [15].

La versión anterior del art. 82.3 LET ha venido lastrada por una redacción confusa, derivada de la distinta redacción de las causas justificativas del descuelgue en el procedimiento principal del 82.3 II (se aplicaba el descuelgue a las empresas "cuya estabilidad económica pudiera verse dañada") y el procedimiento supletorio de descuelgue del 82.3 III ("cuando así lo requiera la situación económica de la empresa"). No creo sin embargo que ello permitiese llegar a la conclusión de dos regímenes distintos en cuando al elemento causal [16]. Lo relevante sin embargo es que el carácter escueto y genérico ha otorgado un importante margen interpretativo a la negociación, y ello, con la regulación anterior, ha conducido a los convenios supraempresariales a una configuración de la causa del descuelgue muy restrictiva, ligándola a situaciones patológicas extremas (pérdidas económicas importantes en sucesivos ejercicios contables anteriores) y excluyendo una función preventiva hacia el futuro [17].

Manteniendo la redacción procedente del DL 10/2010, la nueva versión

[14] Es explícito en los documentos aprobados en el marco del Diálogo Social, por ejemplo *Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, empleo estable y cohesión social*. 2004 (materia 11), o también claramente en *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012*. Es una preocupación central entre los economistas, como puede comprobarse en el *Manifiesto de los 100*; también, Samuel Bentolila, "*Una delgada línea roja: la negociación colectiva*", en Fedeablog, 08/06/2010.

[15] Ya con la versión anterior los Tribunales excluyen la aplicación del descuelgue al supuesto del propio convenio de empresa: SAN 24-6-2009 (AS 1728).

[16] Molins García-Atance, "*El descuelgue salarial y la reducción temporal de la jornada*", en *Aranzadi Social*, nº 2, 2010, pág. 104.

[17] Como ha observado la doctrina, estamos ante una práctica negocial que sigue las pautas marcadas por el AMI de 1980 para este tipo de cláusulas de descuelgue. Cfr. Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., pág. 65; Fernández Avilés, op. cit., pág. 164.

del art. 82.3 II conserva la redacción escueta y genérica de la redacción anterior al DL citado. El pasaje legal justifica el descuelgue salarial de la empresa "cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma". Con esta ambigüedad, no se despeja la incertidumbre sobre la causalidad y los riesgos de judicialización propios de la situación anterior. Aunque la nueva redacción presenta algunos matices importantes.

En primer lugar, la norma se refiere a una "situación económica" que "pudiese verse dañada" (desaparece la mención anterior a "la estabilidad económica", que también se reproducía en el *Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo* (junio 2010)). Es una redacción abierta a la valoración de una situación económica negativa (como en el supuesto del procedimiento supletorio de descuelgue de la redacción anterior), que bien puede valorarse sobre pérdidas en años contables [18]. Lo relevante ahora desde mi punto de vista es el ámbito en que debe ser valorada la causa económica: la justificación del descuelgue debe ser valorada, no desde el ámbito supraempresarial, sino por los negociadores dentro de la empresa, lo que probablemente facilite un menor rigorismo y uniformidad en la aplicación de la causa (en términos de prolongación o transitoriedad de las pérdidas, que las partes deben contextualizar en la empresa, por ejemplo).

En segundo lugar, una novedad relevante radica en que la valoración de la situación económica negativa debe tomar en consideración "las perspectivas económicas" y su posible afectación sobre el mantenimiento del empleo, lo que debe contribuir a relativizar la gravedad de la patología empresarial exigida hasta ahora, por ejemplo tomando en consideración variables distintas a las pérdidas económicas, como la caída en el nivel de producción y de ventas. Con esta nueva redacción se abre la posibilidad del descuelgue no sólo a las empresas con pérdidas actuales, sino también a aquellas que, aunque no han tenido estas pérdidas, es previsible que las tengan en el futuro.

En todo caso, la limitación de la causa del descuelgue a una situación económica adversa (o su previsión), que es más restrictiva por comparación con las causas del art. 41 LET, y la introducción en la nueva redacción de una consideración expresa del mantenimiento del empleo exige a la empresa una argumentación del descuelgue más precisa y delimitada, debiendo contemplar

[18] El *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* emplea otra terminología quizá más abierta al referirse a "las dificultades de financiación que atraviesan las empresas" como justificante de "la conveniencia de posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de tal aplicación"; y añade la necesidad de justificación "de las razones de inestabilidad económica por las que se pretende tal inaplicación" (Cap. II).

probablemente determinados compromisos de preservación del empleo (frente a otras opciones de gestión empresarial del empleo) o de consideración de esta variable en la negociación del descuelgue con los representantes de los trabajadores. Es una formulación en la línea trazada por el *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012*, que indica que de cara a la justificación de la medida "será necesario que [la empresa] exponga las razones de empleo, los compromisos que en tal materia debe adquirir".

La objetivación de las causas es un dato importante, porque de ello depende la justificación del descuelgue y posteriormente la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo inaplicado, pues esto último depende de "la desaparición de las causas que lo determinaron" (82.3 V LET).

La exigencia de una motivación que justifique el descuelgue y su control puede parecer en contradicción con la previsión del art. 82.3 IV LET de que existiendo acuerdo de empresa "se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo" del art. 82.3 LET. Esta previsión no puede interpretarse en el sentido de que se elimine la necesidad de causa en el acuerdo. Se trata de una presunción que puede ser destruida a través de la impugnación judicial del acuerdo por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Subrayo esta consideración pensando en el supuesto de acuerdo *ad hoc* de descuelgue directamente con los trabajadores en pequeñas empresas sin representantes legales de aquellos.

A los efectos de la objetivación causal del descuelgue es fundamental la información y documentación de tales causas. Pero la nueva versión del art. 82.3 LET, al igual que la anterior a la reforma, no contiene referencia alguna a los medios a través de los que deben quedar acreditadas tales circunstancias. Hasta ahora los convenios sectoriales mantienen la práctica de una regulación rigurosa de la acreditación documental de la situación empresarial justificadora del descuelgue (sobre elementos diversos: memoria económica, cuentas de resultados, declaraciones de impuestos de sociedades o de IVA, auditorias externas, planes de viabilidad o de futuro [19]), sin distinguir en muchos casos a estos efectos la dimensión empresarial.

Por otra parte, y contrariamente a lo que ha sido práctica negocial con la regulación derogada, cabe interpretar en el actual marco jurídico que, correspondiendo al acuerdo de empresa adoptar el descuelgue, será posible la adopción del acuerdo en cualquier momento durante la vigencia del convenio, siempre que se den las condiciones que justifican su inaplicación.

En el supuesto de empresas integrantes de grupos societarios la valoración del elemento causal se traslada por la jurisprudencia al grupo de empresas

[19] Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 76 y sigs.

de darse los parámetros que otorgan relevancia al grupo a efectos laborales. Concretamente cuando, aun siendo independientes entre sí desde el punto de vista jurídico-formal, actúan sin embargo con arreglo a criterios de subordinación, que permiten identificar, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica. En concreto deben concurrir datos como las prestaciones laborales indiferenciadas, confusión de patrimonios sociales, la apariencia externa unitaria y la dirección unitaria. Deben acreditarse estos datos para valorar el descuelgue salarial tomando como referencia la situación económica del grupo [20].

4.2. El proceso de negociación

El proceso de negociación tiene lugar entre la empresa y los representantes de los trabajadores en la misma legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a los requisitos del art. 87.1 LET previstos para los convenios de empresa (art. 82.3 II LET). El ámbito empresarial de negociación es coherente con el ámbito del debate sobre efectividad del acuerdo, que debe versar sobre la situación y perspectivas económicas de la empresa y el mantenimiento del empleo en la misma. Este asunto se aclara posteriormente al remitirse a las reglas del periodo de consultas del artículo 41.4 LET en su nueva versión (art. 82.3 III), disponiendo aquella norma, en armonía con el art. 87.1 citado, que el acuerdo "requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos".

Con esta remisión del 82.3 III al art. 41.4 LET se resuelve además el vacío

[20] STSJ Cataluña 18-11-2005 (AS 2006, 283), que rechaza dicha solicitud por una de las empresas integrantes del mismo. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS 20-5-1997 (RJ 4275)), las pérdidas comprobadas de la empresa no desaparecen por su vinculación al grupo, cuando claramente aparecen patrimonios, direcciones, actividades y trabajadores separados; de manera que como tal sociedad mercantil la empresa puede contratar personal laboral, promover regulación de empleo, ejercer sus deberes y derechos laborales, sufrir suspensión de pagos o quiebra, sin que por ello trascienda a las otras empresas respecto de las cuales es accionista. Concluye la Sentencia que la empresa accionante, acreditado palmariamente las pérdidas que presenta, puede acogerse a titulo individual a la cláusula de descuelgue salarial pactada en el convenio colectivo. Admite la relevancia del grupo societario a efectos de descuelgue la STS 9-6-1995 (RJ 4885). Igualmente lo hace la SAN 15-7-1994 (AS 2788), que concluye que la empresa puede descolgarse del Convenio Colectivo porque aunque no tuvo pérdidas en el año noventa y dos pertenece al grupo de empresas «Doux Ibérica» que sufrió pérdidas en los años noventa y uno y noventa y dos; la personalidad jurídica independiente del grupo no impide que puede acogerse al beneficio que concede el artículo 29 del Convenio sobre cláusula de descuelgue, pues la empresa se encuentra integrada en el grupo antes aludido, que padeció pérdidas en los tres últimos años, lo que le permite hacer uso del derecho referido.

[*] El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de julio de 2010

de la regulación anterior sobre plazos para resolver la solicitud empresarial de descuelgue, generando alguna problemática en supuestos donde nada prevé el convenio, o previendo la cláusula no estipula plazo en concreto, o debiendo decidir la comisión paritaria del convenio la misma incumplía los plazos o sencillamente no se reunía [21]. El art. 41.4 LET prevé que el período de consultas con los representantes legales de los trabajadores "será de duración no superior a quince días".

El nuevo art. 82.3 III LET dispone una regla específica para el caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa. Como ya hemos indicado una de las novedades de la Ley 35/2010 es dotar de mayor eficacia los procesos de consulta y negociación en la empresa previstos en los art. 40, 41 y 82 LET. Se trata de supuestos de empresas con plantillas de cinco o menos trabajadores y de empresas con plantillas de más de cinco trabajadores donde no se cuente con representación legal. Aunque conviene tener en cuenta que en los supuestos de empresas con plantilla de entre 6 y 10 trabajadores es factible contar con representación legal a través de las elecciones a delegado de personal (promovida por los mismos trabajadores o por los sindicatos más representativos (STC 36/2004 y STS 10-3-2004, RJ 2595).

El nuevo art. 82.3 III LET en supuestos de la ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa se remite a la previsión del art. 41.4 LET para esta misma situación. La remisión es una solución técnica que resuelve algunas incongruencias del DL 10/2010 y facilita la uniformidad del tratamiento legal para los supuestos de los art. 40, 41 y 82.3 LET, La versión del art. 41.4 LET que nos llega con la Ley 35/2010 otorga todo el poder a los trabajadores de la empresa en la atribución de su representación [22].

Conforme al art. 41.4 III LET en las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos cuentan con dos opciones. Conforme a la primera, podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y "elegida por éstos democráticamente". Cabe interpretar que la decisión de los trabajadores debe formalizarse mediante acuerdo adoptado en asamblea respetando los requisitos del art. 80 LET, siguiendo por analogía la previsión del art. 87.1, II LET. La comisión podrá tener un "máximo de tres miembros", es decir, los trabajadores podrán nombrar de uno a tres representantes.

Con la introducción de esta opción parece darse respuesta legal al debate judicial sobre la posibilidad de acuerdos individuales o plurales cuando no

[21] Una descripción de estos casos en Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 102 y sigs.

[22] En la versión del DL 10/2010 (art. 41.4 III) se otorgaba facultades de designación a la comisión paritaria del convenio, que ahora desaparece en la versión final del art. 41.4 III LET.

existe representación legal de los trabajadores en la empresa. Algunos pronunciamientos judiciales entienden que no cabe exigir el acuerdo con una representación de los trabajadores que no existe, ya que ello haría que la cláusula de descuelgue salarial fuese inaplicable, quedando esta exigencia válidamente sustituida por el acuerdo con los trabajadores de la empresa o centro individualmente o por acuerdo asambleario [23]. Por el contrario, otros pronunciamientos mantienen la exigencia jurídica del acuerdo de empresa, sin que tal exigencia pueda ser sustituida por la determinación unilateral del empresario o la firma de un acuerdo plural del empresario con cada uno de sus trabajadores (STSJ Canarias 29-5-2008 –AS 1600-).

La segunda opción con la que cuentan los trabajadores es la de optar por una comisión "de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma". Por tanto, los trabajadores de la empresa podrán elegir de entre los sindicatos con legitimación simple para negociar el convenio sectorial y que sean sindicatos más representativos y representativos del sector. La designación debe ser "según su representatividad", es decir, que debe respetarse un criterio de proporcionalidad representativa. Este criterio debe ser interpretado de manera flexible, dado el reducido número de integrantes y la facultad de designación de los trabajadores. En mi opinión el único significado que puede atribuirse a dicho condicionante es que la designación de representantes sindicales en la comisión negociadora del descuelgue tome en consideración la mayoría representantiva en la comisión negociadora del convenio sectorial, evitando la exclusión de sindicatos mayoritarios en ésta.

Me parece que esta segunda opción ofrece suficiente flexibilidad y garantías conforme a los intereses de los trabajadores de la empresa. Es probable que en las pequeñas empresas se abra paso la primera opción. Debe ser subrayado que la autonomía de la negociación empresarial del descuelgue debe venir compensada con la garantía de un poder negociador de los trabajadores y ello es dudoso en pequeñas empresas sin representantes de los trabajadores. En tales supuestos debieran mantenerse funciones de asesoramiento y control de los contenidos de los acuerdos por la comisión paritaria del convenio. En todo caso queda facultada la comisión paritaria del convenio sectorial para una impugnación jurisdiccional cuando discrepe de la legalidad del acuerdo

[23] STSJ País Vasco 9-7-2009 –JUR 370672-, con cita de alguna precedente del mismo Tribunal; STSJ Cataluña 17-9-2008 –JUR 28825-; la STSJ Galicia 26-2-2004 –JUR 118544-, rechaza el descuelgue porque no acredita la empresa haber acudido a la Comisión Paritaria del Convenio para negociar condiciones salariales distintas a las previstas en el Convenio, ni tampoco acredita haber llegado a acuerdo alguno con la trabajadora en tal sentido.

alcanzado.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado sin mayores condicionantes, porque se admite que éstas tengan carácter intersectorial o sectorial, "pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico" (pero en este caso habrá que remitirse a los requisitos de la DA 6ª LET [24]).

La designación de la comisión por los trabajadores debe realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, "sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo". El interrogante que suscita esta regla es determinar cómo y con quién se desarrolla el proceso de consultas que no se paraliza por el hecho de que no estén designados los interlocutores del empresario, puesto que cualquiera de las opciones del art. 41.4 LET es facultativa para los trabajadores conforme al art. 82.3 III LET. Problemática que se suscitaba con anterioridad y que la nueva versión de la norma tampoco resuelve satisfactoriamente. La versión anterior del art. 82.3 LET establecía una solución (que ahora desaparece) para caso de imposibilidad de acuerdo por inexistencia de representantes legales de los trabajadores, imponiéndose, en su defecto, la solución por la Comisión Paritaria del convenio. La cuestión podría solventarse con una previsión al respecto en los acuerdos interprofesionales que establezcan los procedimientos y reglas para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos (conforme prevé el nuevo art. 82.3 VI LET).

Dado que la intención de la norma vigente es que se pueda negociar el descuelgue (y se deba hacer colectivamente) y la vía de la comisión de representantes es facultativa para los trabajadores, la solución en el actual marco jurídico está en que los trabajadores respondan a la propuesta empresarial de descuelgue constituyendo la comisión de representantes conforme a las opciones indicadas. Y de no actuar en tales términos (impidiendo en consecuencia la negociación) quedaría expedita a la empresa la vía de la composición colectiva en los términos del procedimiento previsto conforme al art. 82.3 VI LET.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Lo cierto es que considerando la doctrina jurisdiccional sobre las implicaciones de la buena fe negocial ex art.

[24] La DA 6ª LET establece el concepto de asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma. Las asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal, que son las que "cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal" (DA 6ª, pár. 1º LET). Las asociaciones empresariales más representativas de Comunidad autónoma, que son las que "cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores". No se incluyen aquí las asociaciones empresariales "que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal" (DA 6ª, pár. 2º LET).

89.1 LET esta obligación de negociar de buena fe no significa en ningún caso la obligación de acordar. La negociación interconfederal impulsa en los últimos años la regulación en los convenios colectivos del deber de negociar con más detalle, evitando las situaciones de punto muerto negocial, y sobre todo se ha tratado de soslayar eventuales bloqueos por pasividad o discrepancias, mediante la remisión de los conflictos a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Esta como vamos a ver es la vía empleada también para los procesos negociales de descuelgue en el nuevo marco legal.

Como ya se mencionó, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo "se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo" del art. 82.3 LET. Sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art. 82.3 IV LET). En este sentido es relevante la regla de la obligación de notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo del acuerdo de descuelgue alcanzado, que puede facilitar el control de los contenidos del acuerdo y su adecuación al marco legal en estudio. Es importante subrayar que sin una exigencia real de acreditación causal y de control del contenido de los acuerdos, las cláusulas de descuelgue pueden derivar efectivamente en un instrumento de *dumping* salarial.

4.3. Contenido del acuerdo de inaplicación

Un primer efecto del acuerdo de descuelgue es la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio. El pasaje legal se mantiene intacto en lo referido al contenido inaplicable, el "régimen salarial" (art. 82.3 II LET). Es cuestión que se remite una vez más a la autonomía negocial en la empresa [25].

El precepto parece pensar en una inaplicación de las reglas cuantitativas del salario (porcentajes o cuantías referidas a los distintos conceptos retributivos), dado que el problema de estabilidad económica se deriva de los incrementos, no de la estructura y régimen del salario. No estamos ante "razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" que pueden amparar una *modificación del sistema de remuneración* del convenio conforme al art. 41 LET. Lo cierto es que la cuestión de los ámbitos aplicativos del art. 83.2 y 41.4 LET podía tener mayor relevancia con la regulación anterior donde el conve-

[25] La práctica negocial ha venido refiriendo dicha inaplicación a los incrementos retributivos de convenio. Cfr. Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., pág. 39. En vía judicial se ha interpretado, por la propia naturaleza del descuelgue y de su finalidad, que con carácter general "habrá de afectar el mismo a la totalidad del régimen salarial pautado en el Convenio supraempresarial, o cuanto menos a aspectos tan relevantes del mismo que comprometan la estabilidad económica de la empresa", de manera que no encuentra justificación como cláusula de descuelgue la que se plantea referida exclusivamente a la retribución del trabajo nocturno, en domingos o festivos, porque se estima irrelevante una vez puesto en relación con el régimen salarial diseñado en el convenio estatal de aplicación (STSJ Castilla y León 2-5-2006 –AS 1442-).

nio colectivo podía condicionar sustancialmente la vía del descuelgue salarial y donde entonces podía plantearse la vía alternativa del art. 41 LET. Con la regulación vigente, tratándose de la afectación de un convenio, el régimen de inaplicación del art. 83.2 o de modificaciones del 41 LET responde a parámetros semejantes y en última instancia se apoya en la autonomía del acuerdo de empresa [26].

El segundo efecto del acuerdo de inaplicación está en el establecimiento de un nuevo régimen salarial durante el periodo de descuelgue (art. 82.3 V LET). Una ventaja de esta nueva regulación es que integra en una sola fase la previsión del descuelgue y las condiciones del régimen temporal de nuevas condiciones salariales. Esto no tenía que ser así en la anterior regulación, cuando podía diferenciarse un primer momento de autorización del descuelgue, según las reglas del convenio, y la fase de determinación de las nuevas condiciones salariales, que se remitía al ámbito empresarial (como muestra la experiencia negocial [27]).

Veamos algunos aspectos de la nueva regulación. En primer lugar, se establece que "el acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa". A diferencia de la regulación anterior, en la vigente no se faculta al convenio colectivo para establecer reglas y condiciones al respecto; expresamente se atribuye al acuerdo de inaplicación, que es el acuerdo de empresa. La única exigencia de la norma es que la retribución se determine "con exactitud", lo que parece del todo necesario para delimitar con seguridad los derechos económicos de los trabajadores como contraprestación principal a cargo de la empresa.

En segundo lugar, el acuerdo de inaplicación deberá establecer, "en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación". Es relevante esta previsión porque el art. 82 LET guardaba silencio sobre el particular en su redacción anterior a las reformas y porque no es práctica habitual en los convenios establecer garantías expresas de recuperación de los niveles salariales una vez se supera la situación que justifica el descuelgue [28]. La "progresiva convergencia" deberá implicar finalmente la incorporación plena al régimen salarial del convenio y la posibilidad de recuperación de los incrementos salariales de convenio en el periodo de inaplicación de éste. Desde luego tal posibilidad es sólo facultativa ("en su caso", matiza la norma) y se vincula al hecho de la desaparición de las causas que lo determinaron, lo que requerirá la previsión dentro del acuerdo de

[26] Sobre el debate referido a la relación entre estos preceptos en la regulación anterior, véase, Albiol Montesinos, *El convenio colectivo estatutario*, cit., págs. 175 y sigs.

[27] Sempere Navarro y Meléndez*, El descuelgue salarial*, cit., págs. 51 y sigs.

[28] Cfr. Fernández Avilés, op. cit., pág. 473.

reglas de control, seguimiento y acuerdo posterior al respecto. En todo caso, conviene recalcar la importancia de que el acuerdo de empresa sea preciso sobre las condiciones (de fondo y procedimentales) que deben conducir al retorno al régimen salarial del convenio.

En tercer lugar, en relación con la duración del descuelgue se presume su carácter temporal, de forma que "sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración". En el acuerdo de descuelgue por tanto el límite máximo temporal es el de la vigencia del convenio (no el de vigencia del régimen salarial del convenio) y en todo caso los tres años de duración. Con la redacción actual la fijación de este límite es facultad del acuerdo de empresa.

En todo caso, el acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género (art. 82.3 V LET).

Con carácter general la doctrina judicial rechaza los efectos retroactivos para la cláusula de descuelgue, lo que supone que los salarios devengados hasta la fecha del acuerdo de descuelgue deben de abonarse de conformidad con el salario establecido en el convenio colectivo de aplicación (STSJ Castilla La Mancha 28-5-2002 (AS 2750)). Como las previsiones salariales del convenio pueden ser anuales, la doctrina jurisdiccional ha observado que el descuelgue debe referirse al ejercicio económico para el que está previsto el incremento salarial del convenio y respecto del que se plantea el descuelgue, y no respecto de ejercicios económicos anteriores. Para dicha doctrina, "el contrato de trabajo establece obligaciones recíprocas es decir, es de carácter bilateral o sinalagmático y si la prestación de servicios se ha realizado en contemplación de determinadas contraprestaciones no pueden a posteriori modificarse las mismas" (STSJ Castilla y León 13-12-2006 –JUR 2007, 60410-).

4.4. La resolución de los desacuerdos en torno a la cláusula de inaplicación

En la regulación anterior, cabía deducir que, entre las condiciones y procedimientos previstos por el convenio para el descuelgue, debían contemplarse las referentes a la solución del conflicto derivado del desacuerdo en torno a la inaplicación del convenio. Por otra parte, en la regulación de la vía subsidiaria de descuelgue, por falta de previsión en el convenio, se contemplaba la intervención obligatoria de la comisión paritaria del mismo para resolver, mediante la mediación o el arbitraje, los desacuerdos sobre la inaplicación del convenio, y la intervención facultativa en defecto de acuerdo sobre las nuevas condiciones salariales.

Con esta regulación, ahora derogada, un aspecto problemático relevante se

refería a la solución ante la falta de acuerdo bien entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores en ella, bien dentro de la comisión paritaria, en relación con la aplicación del descuelgue, sobre las nuevas condiciones salariales, y sobre la vuelta al régimen salarial del convenio (y sus condiciones). Podía ocurrir que no se hubiese previsto los procedimientos para desbloquear los conflictos en el seno de aquella comisión (haciendo caso omiso al art. 85.3 e) LET) o que no se hubiese previsto en el convenio la aplicación directa y necesaria de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos [29].

La doctrina misma se ha dividido en torno a la solución a esta cuestión, aunque mayoritariamente se inclinaba por estimar que en estos supuestos no sería posible la inaplicación del régimen salarial del convenio [30]. No siempre los convenios colectivos que prevén cláusulas de descuelgue han previsto esta situación de bloqueo, aunque algunos convenios establecen la posibilidad de someterse a procedimientos de mediación o arbitraje [31].

La nueva versión del precepto considera relevante esta problemática. Así, la EM de la Ley 35/2010 destaca que "el Gobierno considera que no es posible mantener una regulación legal que conduce a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo y que es esencial, por tanto, habilitar un procedimiento para resolver estas discrepancias" (EM II). También el *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* llama la atención sobre este aspecto (Cap. II).

La reforma del art. 82.3 LET trata de atender esta problemática reforzando la solución extrajudicial del bloqueo de la negociación mediante la mediación y el arbitraje previstos en los procedimientos extrajudiciales, siguiendo las pautas que nuestro marco jurídico tiene establecidas para controversias colectivas.

Por una parte, como previsión general se atribuye a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, contemplados en el artículo 83 LET, la competencia para fijar los procedimientos para solucionar los conflictos surgidos en la negociación del descuelgue; dice el art. 82.3 VI que "deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación" de los acuerdos de descuelgue, incluida la previsión de un compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. En este caso, aunque el nuevo pár. 6º del art. 82.3 LET resulta confuso, cabe interpretar que esta previsión requiere de las

[29] Lo destaca, como defecto de nuestro sistema de negociación, Sala Franco, "*El derecho a la negociación colectiva y la función reguladora de la norma: de la garantía legal al modelo negocial*", en AA.VV., *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006, págs. 36-37.

[30] Véase, Albiol Montesinos, *El convenio colectivo estatutario*, cit., pág. 181-182.

[31] Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., pág. 90 y sigs.

partes del conflicto la voluntariedad de origen en el arbitraje. A esta conclusión cabe llegar por comparación con el *Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo* (junio 2010) (que claramente plantea el arbitraje obligatorio, que desaparece de la regulación final), como por referencia a la práctica negocial, que sigue la pauta de salvaguardar la voluntariedad de los procedimientos arbitrales [32]. En tales casos el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET.

En definitiva, el legislador reclama la incorporación de la problemática de la negociación de las cláusulas de descuelgue a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos amparados en el art. 83 LET, siguiendo las previsiones ya existentes de mediación y arbitraje para los conflictos de interpretación y aplicación de convenios del art. 91 LET.

Por otra parte, esta previsión general del 82.3 VI LET debe ponerse en conexión con el art. 6 Dos de la Ley 35/2010 que modifica la letra c) del apartado 3 del artículo 85 LET al objeto de que el convenio colectivo, cuya inaplicación en materia salarial se pretende, prevea los "procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación (…) para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3". En caso de que existan los procedimientos al efecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico se habilita a tales convenios colectivos a introducir adaptaciones.

De esta forma, los convenios pueden, en primer lugar, facultar a la comisión paritaria para ejercer una función de mediación en los conflictos sobre la aplicación del descuelgue y los problemas procedimentales que se susciten, como viene siendo práctica frecuente en la negociación colectiva. El art. 85.3 e) LET recoge además como contenido mínimo del convenio el establecimiento de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión paritaria. En segundo lugar, puede el convenio optar por remitir a las partes directamente al procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

Esta previsión del nuevo art. 85.3 c) LET completa la existente en el art. 85.1 LET de procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en diversos supuestos dentro de la LET, incluyendo la posibilidad del laudo arbitral. Son todas éstas soluciones que ya se viene incorporando a los convenios colectivos sectoriales, estipulándose en unos casos la facultad de someterse a funciones de mediación o arbitraje de la comisión paritaria, en otros casos la intervención de ésta lo es con funciones directamente arbitrales, o en fin mediante la remisión a un tercero de la fun-

[32] Alfonso Mellado, "*La interpretación del convenio colectivo y la solución de los conflictos producidos por la negociación colectiva*", en Albiol (Coord.), *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, págs. 453 y sigs.

ción arbitral. La opción legislativa de reconducir las situaciones de bloqueo de las negociaciones de acuerdos de flexibilidad interna (arts. 40 y 41 LET) o de descuelgue salarial (art. 82.3) hacia los procedimientos extrajudiciales debe contribuir a reforzar una cultura (débil en España) de composición autónoma de solución de conflictos [33], y a dar un paso más en el fortalecimiento de la lógica contractual de la negociación colectiva.

Al margen de los procedimientos de solución del conflicto fijado en convenios o acuerdos interprofesionales queda la solución del procedimiento judicial de solución de conflictos. Ésta ha sido una vía transitada en los conflictos que se han suscitado sobre la interpretación y aplicación de las cláusulas de descuelgue de los convenios. En la nueva regulación, sin embargo, el art. 82.3 LET se limita a remitir la inaplicación del régimen salarial del convenio al acuerdo de empresa y a los procedimientos extrajudiciales en su caso. Estamos ahora ante conflictos de intereses no sometidos a regulación o norma cuya interpretación pueda ser remitida a la composición judicial. La incertidumbre radica en que lo que se decide a través del acuerdo de empresa es inaplicar una norma del convenio, sustituyéndola por otra norma que debe establecer la propia autonomía negocial (en la empresa). La ambigüedad del elemento causal y la experiencia vivida con la redacción anterior del precepto hace difícil imaginar un escenario no judicializado de solución de conflictos.

5. LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como comenté en la introducción, el marco estatutario ha puesto de manifiesto crecientes insuficiencias en algunos aspectos relevantes del régimen jurídico. A continuación paso a referirme a algunos de ellos por considerarlos de interés en una futura reforma del sistema normativo.

5.1. Las reglas de la estructura de la negociación

Los problemas de nuestra estructura negocial (suficientemente conocidos) están en la combinación de dos características: de una parte, la atomización de las unidades de negociación; de otra, la falta de coordinación o articulación entre ellas. Esta realidad incrementa los costes negociadores y contribuye a la disparidad de regulaciones (por ejemplo, en materia de salarios la atomización de la negociación potencia una auténtica amalgama de conceptos retributivos).

[33] Goerlich Peset, "*La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios*", en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pág. 90.

Además estas características no responden a la propia dinámica del tejido productivo, sino a la inercia histórica del sistema.

El sistema de negociación colectiva en España es un modelo juridificado y complejo en su configuración [34]. Los desarrollos legislativos han fortalecido la negociación pero de una manera dirigista y además con algunos efectos perversos. Por ejemplo se ha impulsado (sobre todo con la reforma de 1994) la descentralización de la estructura negocial en términos no previstos por el legislador (vía párrafo 2º del art. 84 LET), sirviendo en muchos casos de trinchera a los convenios provinciales para salvaguardar sus tratamientos normativos tradicionales frente a la renovación negocial desde niveles estatales. Por otra parte, se ha debilitado la capacidad de la propia autonomía colectiva para la ordenación y racionalización de la estructura de la negociación (a partir de las relaciones entre el art. 83.2 y el párrafo 2º del art. 84 LET).

Es urgente una reforma de la estructura de la negociación. Una intervención legal viene avalada por el mismo Diálogo social, de cara al objetivo de garantizar a la autonomía contractual "la capacidad de regulación mediante un adecuado marco jurídico" *(Declaración del Diálogo Social* de 2004). La reforma debe aspirar a un modelo articulado, apoyado en un nivel sectorial estatal, y de descentralización coordinada. La opción de un modelo que sitúe a la negociación de empresa como eje del sistema puede parecer muy atractiva desde postulados económicos [35], pero no lo parece tanto si consideramos la pequeña dimensión de muchas empresas (no sería viable la negociación y sería discutible el poder negociador de los trabajadores). El *Far West* de la negociación, por otra parte, puede ser incompatible con un objetivo de regulación de la competencia de la oferta de trabajo y de tutela del trabajo mediante la garantía de ciertas condiciones laborales mínimas, que son al fin y al cabo funciones históricas de la negociación sectorial que, además, han servido de garantía a la cohesión del sistema de relaciones laborales.

La reforma debería concretarse, en primer lugar, en una nueva versión del art. 83.2 LET que garantice la capacidad de los convenios generales en el ámbito sectorial estatal para establecer reglas de articulación de la negociación de sector, reconociéndose legitimación negocial a estos efectos a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos y representativos de sector, y garantizando también la prevalencia de sus reglas en el momento de la finalización de la vigencia ordinaria de los convenios dentro del sector. Las reglas del art. 84 asumirían un

[34] He tenido ocasión de abordar estas características sintéticamente en "*Problemática de la negociación colectiva en España*", en *Temas Laborales*, nº 100, v. II, 2009, págs. 629 y sigs.; y con detalle en *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Ed. Bomarzo, 2009.

[35] Véase, Bentolila y Jimeno, *La reforma de la negociación colectiva en España*, FEDEA, Documento de Trabajo, 2002.

carácter supletorio con respecto a las fijadas por aquellas asociaciones.

En segundo lugar, un objetivo legislativo de racionalización de la negociación pasa por promover la simplificación de las unidades de negociación, haciendo desaparecer los niveles sectoriales intermedios de negociación con eficacia general. El modelo provincial imperante en España es un modelo con dificultades para coordinar los efectos macroeconómicos de la negociación y al mismo tiempo está alejado de las exigencias de dinamismo negocial de las empresas. Sobre todo ha demostrado ser un ámbito refractario a los cambios, a las nuevas exigencias laborales y orientaciones de la negociación colectiva en el ámbito confederal.

De esta forma la negociación sectorial estatal tendría reconocida facultades de articulación negocial del sector y una preferencia aplicativa (y capacidad de afectación sobre los niveles inferiores de negociación que le precedan) en la regulación básica de determinadas materias (en la línea del art. 84 pár. 3º vigente). Este ámbito podría combinarse, en su caso (dependiendo de las peculiaridades del sector productivo y del ámbito autonómico), con convenios autonómicos de eficacia general. Los convenios sectoriales provinciales, supeditados a los anteriores en su eficacia normativa, quedarían desprovistos de eficacia general, aplicándose únicamente a los representados en el convenio (salvo extensión en cada caso, conforme a las reglas de articulación del convenio sectorial, por la Autoridad laboral previa propuesta de los sindicatos y patronales mayoritariamente representativos del sector).

En tercer lugar, en la línea trazada por la Ley 35/2010, debe reforzarse el espacio en el que tengan autonomía reguladora los convenios o acuerdos de empresa (en la línea de los nuevos arts. 41 y 82.3 LET), formalizados con los representantes legales de los trabajadores.

Se trata de hacer explícito un modelo articulado que hoy por hoy es perceptible en la LET (en los art. 83 y 84, y en una lista significativa de preceptos a lo largo de la Ley), pero que requiere de ajustes normativos para afrontar los problemas de seguridad jurídica conocidos y proporcionar racionalidad y dinamismo a la negociación, salvaguardando la propia autonomía del sistema negocial.

5.2. Unidades de negociación y legitimación negocial

Los requisitos de legitimación se articulan pensando en la eficacia general del convenio colectivo. Dichos requisitos configuran un marco juridificado, que se apoya en la conexión entre unidades de negociación, representatividad y audiencia electoral, cuyas reglas se concretan dentro del T. III LET en requisitos estrictos de legitimación simple (art. 87), plena (art. 88) y de adopción de acuerdos en la comisión negociadora (art. 89.1). Este marco legal, en primer

lugar, plantea problemas de efectividad en ámbitos productivos donde no se cuenta con representación legal de los trabajadores o, sobre todo, en nuevas realidades productivas que no se adaptan a las unidades de negociación para las que se moldearon los requisitos de legitimación. En segundo lugar, hay que destacar los problemas de operatividad de los requisitos de legitimación de las asociaciones empresariales. En todas estas cuestiones ha sido relevante la elaboración jurisprudencial, pero parece oportuna e incluso necesaria en algún aspecto una intervención legislativa de reforma.

5.2.1. Nuevos ámbitos de negociación colectiva

La problemática de la negociación colectiva de ámbito sectorial en sectores productivos donde no se cuenta con representación legal de los trabajadores (por la dimensión de las unidades productivas –art. 62 LET- o por la dificultad para contar con candidatos a órganos de representación –ex art. 69.2 LET-) no me parece significativa. Pero lo cierto es que se ha planteado en algún supuesto (sector taurino) (STS 4-6-1999 (Rec. 3755/1998)). Una solución aquí puede ser la extensión de la previsión del art. 13 LETT, que fue pensada para el sector de las ETT para una situación como la que estamos contemplando (dificultad para contar con instancias representativas en un sector cuya actividad se inicia en 1994, sin previsiones iniciales, en esta fecha, sobre fijos de plantilla, con unos trabajadores potencialmente vinculados con contratos temporales).

Para los casos de supuestos de negociación empresarial una planteamiento de acomodación del marco jurídico se contiene en el 2º Borrador de Anteproyecto de Ley de reforma del ET en materia de negociación colectiva (de 4 de octubre de 2001) que atribuía la legitimación negocial a las representaciones sindicales con implantación en la empresa que hubieran sido designadas mediante acuerdo expreso de los trabajadores. La promoción de la negociación de empresa (exista o no convenio general aplicable) vendría actualmente facilitada a partir de las nuevas previsiones sobre acuerdos de empresa en supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la aquella (nuevos arts. 40, 41, 82.3 LET).

Más significativa me parece la problemática de adaptación del marco legal sobre requisitos de legitimación a las nuevas realidades empresariales que no se adaptan al marco formal de unidades de negociación, como es el caso de la negociación en grupos de empresas.

Por lo que respecta a la legitimación del lado de los trabajadores, la doctrina jurisprudencial se construye desde la premisa de la consideración de la unidad negocial como de nivel supraempresarial, y se atribuye en consecuencia la legitimación negocial directamente a las organizaciones sindicales. Pero aquí matiza el TS que ésta es la interpretación cuando el ente empresarial es un "ente complejo", es decir, un complejo organizativo plural con una dirección

común, con personas jurídicas que ostentan posiciones empresariales independientes y un grado de complejidad significativo. De forma que esta solución lo es "al margen de lo que, por excepción, pudiera establecerse para grupos de empresas con una estructura organizativa relativamente simple" (SSTS 21-12-1999 -RJ 2000, 528-; 24-4-2001 –RJ 4879-; 6-5-2004 –RJ 4396-). Precisamente en pronunciamientos sobre grupos de empresa, se afirma también el carácter empresarial de este tipo de unidad negocial y se atribuye legitimidad negocial a las estructuras representativas del personal en la empresa (STS 27 junio l.994 (RJ 6313)). En la experiencia negocial las prácticas abarcan ambas posibilidades (convenios negociados por la representación unitaria o por los sindicatos directamente) [36].

La situación por tanto plantea problemas de seguridad jurídica y en ciertos casos puede también afectar al derecho de libertad sindical de los sindicatos que en virtud de la regla aplicable queden excluidos de la negociación (como fue el caso de la STS 6-5-2004 –RJ 4396-). Me parece que ha de tomarse en cuenta que en los últimos años se ha reforzado legalmente el papel de las estructuras representativas (unitarias y sindicales) dentro de los grupos societarios (a partir de la legislación comunitaria (Directiva 94/45) o española (Ley 10/l.997)) y ello puede agravar el problemas de los sujetos legitimados para la negociación (los sindicatos conforme a la jurisprudencia tradicional frente a los órganos de representación internos al grupo facultados por la legislación reciente). La solución puede ser aquí la atribución de la legitimación negocial a órganos de representación unitaria constituidos en el nivel de grupo societario o bien a aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros de las representaciones.

5.2.2. Legitimación patronal

Como regla general la legitimación de las organizaciones empresariales se resume en el requisito de la prueba de la representatividad para cada unidad de negociación y para cada convenio a negociar. De acuerdo con el art. 87.3 L.E.T. tiene reconocida legitimación simple toda patronal que agrupe el 10% de empresas (en el sentido del art. 1.2 LET) y de trabajadores de la unidad de negociación.

En el supuesto de la legitimación patronal el problema que venimos arrastrando desde los 90, con creciente intensidad, radica en la dificultad para veri-

[36] Cfr. Nogueira Gustavino, "*Las partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresas, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores*", en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, págs. 299 y sigs.

ficar la objetividad de los datos de representatividad patronal [37]. El problema se afronta en vía judicial mediante la presunción de representatividad de las patronales firmantes del convenio por reunir los requisitos de notoriedad y reconocimiento mutuo.

El TS parte de la premisa de que la exigencia inicial de acreditación caso por caso de la representatividad de quienes participan en la elaboración del convenio colectivo puede ser planteada en la mesa de negociación y que para poder reclamar la participación en dicha mesa (para obtener un reconocimiento) se ha de estar en condiciones de acreditar documentalmente el cumplimiento de los requisitos de legitimación simple (STS 21-11-2005 (RJ 2006, 684)), y si ello no ocurre así se establece la presunción de la representatividad de los negociadores. En primer lugar, mediante la notoriedad se afirma una presunción favorable a la representatividad que alegan disponer las organizaciones empresariales cuando estamos ante patronales que ya han participado en la firma de convenios colectivos anteriores (SSTS 21-3-2002 (RJ 2002, 3812) y 21-11-2005 (RJ 2006, 684)). En segundo lugar, juega la técnica del reconocimiento mutuo, que permite presumir la representatividad de la asociación patronal por reconocimiento de los interlocutores sindicales en la negociación (STS 21-3-2002 (RJ 2002, 3812)). En tercer lugar, a través de la presunción de veracidad de los datos de representatividad una vez ha superado el control de legalidad administrativo el convenio colectivo firmado. Esta construcción jurisprudencial se explica porque la "justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones" pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, "en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público -oficina certificante- capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial" (por todas, STS 20-6-2006, RJ 5358).

Desde mi punto de vista, estamos hablando de requisitos de legitimación negocial que son indisponibles para las partes, como claramente lo expone la jurisprudencia: "la regla del art. 83.1 ET que consagra la libertad de negociación no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan (…) con la propia representatividad de las organizaciones pactantes" (STS 20-6-2006, RJ 5358). Creo que a través de la técnica del reconocimiento mutuo lo que de hecho tiene lugar es la disposición por las partes de tales reglas. Pero la técnica del reconocimiento mutuo no puede configurarse como un

[37] Véase, ya tomando como referencia los años 90, Navarro Nieto, "*La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica*", en Rodriguez-Piñero Royo (Coor.) *El empleador en el Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. 1.998, págs. 234 y sigs.

requisito que supla las carencias de legitimación [38]. Por lo demás, la respuesta de la jurisprudencia a través de la presunción de la representatividad patronal y de legalidad del convenio no resuelve los problemas de seguridad jurídica y los riesgos en caso de impugnación del convenio [39], como lo acredita sin dificultad la litigiosidad creciente en los últimos años sobre el particular [40].

La problemática no radica sólo en que hablemos de la presunción de una representatividad que no se acredita en el proceso negociador, sino en la dificultad para quien tiene la carga de la prueba (la parte que impugna la legitimación negocial de una asociación empresarial [41]) de disponer de datos fiables sobre el particular. La carga de la prueba se complica por la opacidad de las organizaciones patronales en la publicidad de sus empresas afiliadas y por la inexistencia de censos de empresas y trabajadores empleados [42].

El problema de la regulación vigente, en definitiva, radica en la aportación de una prueba documental acreditativa de la representatividad. El legislador ya demostró tener conciencia de la importancia de este dato, de ahí la previsión de elaboración de un censo oficial de empresas adaptado a esta función (disp. final 3ª, pár. 2º LET). La solución más acorde con la relevancia de este requisito de legitimación y con un principio de seguridad jurídica es, como viene siendo reclamado por la doctrina, la del desarrollo normativo de tal previsión, al igual que en los 90 se procedió a la construcción de un sistema administrativo de certificación de la representatividad sindical. Otra posible solución estaría en

[38] Véase, Navarro Nieto, op. cit. pág. 235; Solans Latre, "*Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales*", en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, pág. 208; Esteve Segarra, "*El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales*", *Aranzadi Social*, 2006, t. V, (Bib 2006, 2828), pág. 1338.

[39] Goerlich Peset, "*La reforma de la negociación colectiva…",* cit, pág. 77.

[40] Con la declaración de nulidad estatutaria del convenio estatal: STS 20-6-2006 (RJ 5358); STS 20-3-2007 (RJ 2007, 3245).

[41] STS 3-12-2009 (RJ 8038): (STS 5-11-2008 –RJ 2008, 7042-). SAN 8-7-2008, 211/2007

[42] Dicha prueba documental suele apoyarse básicamente en los listados de empresas de la Tesorería General de la Seguridad Social, que, por no ser un instrumento del todo fiable a estos efectos, viene acompañado de otros medios alternativos o complementarios de prueba, como son las Hojas estadísticas de convenios colectivos o las estadísticas del INE (Directorio Central de Empresas). Se admiten también otros tipos de documentos probatorios de la representatividad patronal, normalmente relacionados con el sector de referencia. Por ejemplo, el registro de empresas de la Dirección General de la Policía, para el sector de empresas de seguridad (STS 24 de marzo de 1.995 –Ar. 2183-); el registro del Ministerio de Educación y Ciencia en relación con las empresas titulares de colegios privados de enseñanza, para el sector de la enseñanza privada (SS.TS 13 de febrero de 1.996 –Ar. 1016-; 14 de febrero de 1.996 –Ar. 1017-)); Registro General de Empresas prestadoras de Servicios Postales para el convenio de empresas de mensajería (STS 20-3-2007, RJ 3245); el número de vocales de la organización obtenidos en las elecciones a vocales de las Cámaras Agrarias en este sector (este criterio es considerado por la STS Cont. Adm. 4ª 19-1-2.000 (Ar. 268) para otorgar a la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos –COAG- la condición de organización empresarial representativa en el sector).

que se hiciese constar en anexo al convenio los datos en que las partes basan el cumplimiento de los requisitos de legitimación negocial [43].

5.3. La revisión del efecto legal de la ultraactividad.

Una vez producida la denuncia del convenio, en defecto de acuerdo de las partes se produce el efecto legal de la ultraactividad, es decir, "se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio" (art. 86.3 LET). La finalidad de esta regla es evitar que se produzcan vacíos normativos en la regulación de condiciones de trabajo en tanto se llega a la firma de un nuevo convenio. Estamos ante una regla considerada "consustancial a nuestro sistema de negociación colectiva" [44]. Además tiene como efecto relevante el reforzar la posición negociadora de los representantes de los trabajadores al permitirles negociar sin presiones en el desarrollo temporal de la negociación [45]. Pero precisamente este dato tiene su cara negativa en la medida en que acaba por incidir de manera relevante en la misma dinámica negocial, convirtiéndose en "un arma decisiva y condicionante de la negociación misma" [46].

Los efectos nocivos de la ultraactividad han sido sintentizados por Goerlich Peset [47]. Estos efectos negativos se despliegan sobre "la estructura contractual, los contenidos negociales y el propio proceso negociador. Si, en el primer terreno, puede ser considerada una de las principales inyecciones de inercia en nuestro sistema de negociación, en el segundo genera una clara tendencia a la conservación de los contenidos y en el tercero no sólo propicia una menor responsabilidad en el ejercicio de la denuncia sino que genera pocos incentivos a la renovación del convenio".

La opinión doctrinal mayoritaria es coincidente en la necesidad de corregir el tratamiento legal con el objetivo de facilitar la renovación de la negociación, fijándose un límite temporal a la ultraactividad, pero al mismo tiempo evitando los vacíos de regulación [48]. Las soluciones pasarían por mantener la vigencia prorrogada del convenio denunciado durante la fase de negociación, para la que deben establecerse reglas sobre inicio del proceso negocial y de solución de las situaciones de bloqueo. De darse una ruptura de la negociación

[43] Así lo plantea la *Propuesta Durán* en el art. 89.2 del documento, lo que conllevaría la presunción de la eficacia general del convenio.

[44] Cfr. Cruz Villalón, op. cit. pág 13.

[45] De nuevo, Cruz Villalón, págs. 13-14.

[46] Cfr. Gonzalez Ortega, "*Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos*", en *Temas Laborales*, nº 76, 2004, pág. 161.

[47] "*La reforma de la negociación colectiva…",* cit . pág. 95.

[48] Cfr. Gonzalez Ortega, op. cit. pág. 163; Goerlich Peset, *ibidem*; Pedrajas Moreno y Sala Franco, "*La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión*", en *Relaciones Laborales*, nº 8, 2010, pág. 31.

o pasado un tiempo predeterminado sin acuerdo (o sin acuerdo a través de los procedimientos de solución de conflictos) quedaría abierta la posibilidad de aplicación de nuevos regímenes convencionales fruto del cambio de unidad de negociación (inaplicación del principio de no afectación). De no existir la posibilidad de cobertura negocial deberían contemplarse vías de fijación de los contenidos cuya vigencia prorrogada se mantiene, estableciendo un régimen más permisivo en estos casos para los acuerdos empresariales de modificación o de descuelgue.

5.4. Un nuevo marco legal para la negociación

El enfoque normativo y de efectos generales de la negociación estatutaria, centrada en una regulación uniforme y estática de las condiciones de trabajo, no es adecuado para una nueva realidad que se ha ido abriendo paso en el mundo de las relaciones laborales (la exigencia de descentralización y de normas más flexibles y adaptables a los cambios) y también, como reflejo, en el propio marco estatutario: convenios o acuerdos colectivos con distintas morfologías y funciones; ampliación de los contenidos a desarrollar por los convenios, añadiendo a las funciones clásicas de regulación, funciones ordenadoras y de gestión.

El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y su alcance en la LET ha sido fruto de una reconstrucción que ha tomado como referencia el paradigma estatutario de convenio colectivo. Hoy son necesarias nuevas interpretaciones del marco estatutario que tomen como referencia la evolución del marco legal mismo y su adaptación a un nuevo contexto histórico [49].

El modelo jurídico debe ser reconstruido desde los postulados constitucionales (art. 37.1 CE): el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, cuyo contenido esencial está en la afirmación de la autonomía colectiva como poder regulador en el ámbito de las relaciones laborales, y el reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios, es decir, la eficacia automática de las normas convencionales sobre las relaciones individuales (STC 58/1985, fj 3º) y el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual (SSTC 58/1985, fj 6º; 105/2002, fj 6º) [50].

[49] Remito a los estudios críticos de Durán López, "*Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales*", en AA.VV., *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006; y Garcia Murcia, *"Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente*", en RMTAS, Nº 68, 2007.

[50] Con el importante matiz de que "la negociación colectiva no pueda anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación" (STC 58/85 fj 6º). En estos casos, corresponde a la Ley determinar la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva (STC 58/85 fj 7º), sin que pueda afectarse la función reguladora de la negociación colectiva "atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas" (STC 238/05, fj 4º).

A partir de estas premisas constitucionales se trata de avanzar en un marco jurídico que sistematice los tipos negociales y sus relaciones, que prevea reglas básicas comunes a los distintos tipos de acuerdos colectivos y que, respetando el convenio colectivo tipo del T. III LET, lo actualice en su regulación. Al margen del debate sobre el convenio colectivo como fuente del Derecho y de la fuerza normativa propia de la norma jurídica, el esquema que puede asumir el art. 3 LET sería el reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos como fuente de regulación de las relaciones laborales en sus diferentes manifestaciones y el reconocimiento de su eficacia vinculante en cuanto expresión de negociación colectiva, a la que se vincularían las prescripciones del art. 3.1 c) (que hace imperativo los convenios para la voluntad de las partes del contrato de trabajo) y del art. 3.5 LET (que impide a los trabajadores disponer de los contenidos de los convenios).

Sobre esta base de partida cada convenio o pacto debe disponer de la eficacia jurídica que en cada supuesto establezca la ley. En el caso del convenio del T. III LET una eficacia general. En el supuesto de los acuerdos de empresa habrá que estar a cada supuesto normativo para determinar la naturaleza del acuerdo empresarial (negocial o participativa), su concreto régimen jurídico y su articulación con los convenios colectivos (su función supletoria, derogatoria o complementaria). Debe evitarse un intento de reconstruir su régimen jurídico trasladando a estos instrumentos de negociación y gestión la lógica codificadora de los convenios del T. III LET. Quizá ciertas correcciones normativas en determinados aspectos de la regulación pueden ser útiles, pero hoy por hoy la analogía permite extender las soluciones previstas para determinados acuerdos de empresa o las previsiones del T. III LET [51].

Los convenios de eficacia limitada desprovistos de régimen legal deben desplegar los efectos vinculantes del art. 3.1 LET a través del vínculo representativo. Ello puede contribuir a introducir seguridad jurídica en un tipo contractual que, aunque sin régimen jurídico expreso, cuenta con reconocimiento legal. Como se sabe los problemas se plantean sobre todo en relación con su eficacia jurídica, calificada por el TS como meramente contractual, rigiéndose directamente por el art. 37.1 CE y las normas del Código Civil que regulan los contratos (STS 18-9-2007 –RJ 2007, 8445-). Pero no deja de ser esta doctrina una elaboración ambigua. La eficacia vinculante no es equivalente a la eficacia normativa que el TS predica de los convenios estatutarios, pero ello no puede traducirse simple y llanamente en su equiparación al contrato de trabajo. El postulado constitucional de la fuerza vinculante del convenio debe significar algo más que la mera producción de efectos típicos de un contrato de derecho

[51] Véase, García Murcia, "*Los acuerdos de empresa: marco general*", cit. pág 625 y sigs.; Goerlich Peset, "*Los acuerdos de empresa*", cit. pág. 329 y sigs.

común, que, como tal, tiene ya garantizada la fuerza vinculante para las partes contratantes. Por otra parte, se nos indica que los convenios extraestatutarios se sitúan al mismo nivel que el contrato de trabajo, pero se matiza que su ámbito subjetivo no es individual propiamente dicho (SSTS 8-6-1999 (RJ 1999, 5208); 18-2-2003 (RJ 2003, 3372); 24-6-2008 –RJ 2008, 4234-). Además el TS estima la intangibilidad del contenido del convenio extraestatutario frente a los pactos individuales (en contradicción con su eficacia contractual). Como se observa en la STS 30-4-94 (RJ 3475), la intangibilidad del pacto extraestatutario "le viene reconocida por la naturaleza de convenio colectivo que tiene y no se podría modificar a través de pactos individuales".

LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO COMO MECANISMO DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL FRENTE A LAS CRISIS DE EMPLEO

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras Clave:**

La reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como medida temporal de ajuste de empleo en empresas en reestructuración, es una de las medidas de flexibilidad interna fomentadas por la reforma laboral adoptada. Se ha introducido una regulación sustantiva de esta vicisitud en el artículo 47.2 ET, con el objeto de favorecer una mayor presencia de la misma en nuestro mercado de trabajo, y contribuir con ello a la conservación de empleos.

A pesar del propósito anunciado aún existen ciertas deficiencias en su régimen jurídico. En la regulación adoptada se ha delimitado de forma flexible el quantum de la reducción de jornada y el módulo de referencia en el que se debe desarrollar, lo que ha de ser valorado positivamente. Sin embargo, en lo que se refiere a la delimitación de su causa habilitante no existen unos criterios claros para distinguir las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de una situación coyuntural negativa de otras. Asimismo, el procedimiento de aplicación de esta vicisitud es el mismo en todos los supuestos, expediente de regulación que debe ser autorizado por la autoridad laboral, no distinguiendo el número de trabajadores afectados ni la intensidad de la reducción de la jornada, lo que puede desincentivar su uso.

ABSTRACT **Key Words: Reduction working hours**

The reduction of the working hours for economic causes, technical, organizational or productive is one of the internal flexibility measures seek by the labor law reform, and for those companies that undergo a restructuring process it has been taken as a temporal measure. A substantial change in the regulation has been introduced under the Art 47.2ET, with the object of fostering the reduction of working hours contributing to save jobs in our labor market.

There are some deficiencies contemplated under the judicial regime. Under the new adopted regulation it has been delimited the flexibility in terms of working hour's reduction reference model, which was positively valued. And also as regards the election of the reduction cause such as economic causes, technical organizational, or for productive reasons, there is no specification on how to choose one cause over another cause. The application of the procedure is always the same the Redundancy Procedure and shall be authorized by the labor authority in all cases, and it does not distinguish the number of affected workers, nor could their working hours and it turn out not using such measure.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 227-264

ÍNDICE

1. Crisis económica y reforma laboral
2. La reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
   2.1. Modificación sustancial vs reducción de la jornada de trabajo y suspensión del contrato de trabajo
   2.2. La apuesta de la reforma laboral por el impulso del modelo alemán o *kurzarbeit*
3. La reducción de la jornada de trabajo como medida de ajuste temporal de empleo en empresas en reestructuración
   3.1. Supuesto habilitante
      3.1.1. Delimitación: el elemento cuantitativo y el período de referencia
      3.1.2. Causa
   3.2. Procedimiento
   3.3. Efectos
4. Conclusiones

1. CRISIS ECONÓMICA Y REFORMA LABORAL

No hay duda de que actualmente estamos presenciando una grave crisis económica y de que ello está teniendo unos efectos muy importantes sobre el empleo, de forma aún más acentuada en España.

La crisis económica se inició en el año 2008 en el sector financiero y en los años siguientes se ha ido extendiendo a las empresas, que tienen graves problemas de financiación, pues el crédito no fluye de la forma que lo hacía antes, lo que unido a la disminución de pedidos y al descenso del consumo les está originando problemas financieros de envergadura, a modo de impagos y morosidad. Como correlato de esto el desempleo de los trabajadores está aumentado de una manera importante, ya que ante la disminución de la producción y las ventas se necesita menos personal.

En España, la crisis económica está adquiriendo unas dimensiones aún más amplias que en otros países de nuestro entorno, y, además, de los datos macroeconómicos se deduce que nuestra recuperación será más lenta, tal y como ha sido augurado por varios organismos internacionales y nacionales[1]. Así, en el segundo trimestre de 2010 el producto interior bruto (PIB) generado por la economía española ha registrado un decrecimiento interanual del 0.2%[2]. Asimismo, el incremento intertrimestral se sitúa en el 0.2%, siendo este creci-

[1] Por ejemplo en el informe semestral de perspectivas, emitido en mayo de 2010 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico se mantiene que el PIB de España volverá a caer este año (-0.2%). De los 30 miembros de la OCDE sólo se prevén retrocesos del PIB en Grecia (-3.7%), Islandia (-2.2%), Irlanda (-0.7%) y España. La previsión para 2011 es de una subida del PIB español del 0.9%, siendo la subida media pronosticada para los países miembros de un 2.8%, y la media de los países de la zona euro de un 1.8% de crecimiento.

[2] Datos extraídos de la Contabilidad Nacional Trimestral de España relativa al segundo trimestre de 2010, y publicados por el Instituto Nacional de Estadística.

miento positivo el segundo desde el primer trimestre de 2008. De este último dato y otros parece deducirse que el ritmo de contracción de la economía española empieza, al menos, a moderarse.

A consecuencia de la situación descrita el mercado laboral español está sufriendo unos efectos devastadores. Los datos más preocupantes son los referentes al número de desempleados, que aumenta desde hace dos años de forma importante, hasta alcanzar en el segundo trimestre de 2010 la cifra de 4.645.000 personas[3]. Este dato conlleva el aumento de 508.000 parados en el último año y que la tasa de paro se sitúe en el 20.09% de la población activa. El número de ocupados en el segundo trimestre de 2010 asciende a 18.476.900, habiendo bajado la ocupación en el último año en 468.000 personas, lo que supone una tasa interanual de variación de la ocupación de un -2.47% y que la tasa de actividad se sitúe en el 60.11%.

Entre los datos publicados hay otro resultado importante, en el último año el número de asalariados ha descendido en 373.400, de los que 149.400 tenían un contrato temporal. Esto evidencia que ante la coyuntura presente el mercado laboral español ha reaccionado, fundamentalmente, mediante vías de flexibilidad externa, es decir que para solucionar los episodios económicos negativos que han rodeado a las empresas éstas han procedido a realizar despidos de trabajadores, esencialmente no renovando los contratos de duración determinada existentes.

En esta misma línea, hay que resaltar el incremento del número de expedientes de regulación de empleo producidos en el último año[4]. En concreto, el número de EREs autorizados en 2009 ascendió a 19.400, con un crecimiento del 210.4% respecto al año anterior y el número de trabajadores afectados por un ERE fue de 548.875, frente a los 148.088 de 2008. El total de expedientes de regulación empleo autorizados por las autoridades laborales en 2009 para extinguir empleos fueron de 3982, significando el despido de 63.446 trabajadores, un 56.3% más que en 2008. Los EREs de suspensión temporal de empleo ascendieron a 13.827, siendo el número de afectados por los mismos de 464.843 trabajadores, lo que supone que el número de implicados por estos expedientes se multiplicó por más de cuatro. Los ERE de reducción de jornada, sin embargo, siguen sin ser muy utilizados, pues en la negativa coyuntura vigente del total de trabajadores afectados por un ERE en 2009, sólo 20.586 tenían un ERE de reducción de jornada. No obstante, comparando esta última

[3] Datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa (EPA) correspondiente al segundo trimestre del año 2010.

[4] Según datos proporcionados por el Ministerio de Trabajo, que señalan que el número de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo aprobados por las autoridades laborales se multiplicó por casi cuatro en 2009 respecto a 2008, y que los expedientes autorizados se triplicaron.

cifra con la de 2008, se aprecia un importante crecimiento de los afectados por EREs de esta naturaleza, ya que el número de trabajadores con recortes en su jornada laboral se ha multiplicado por casi ocho, al pasar de los 2.675 afectados de 2008 a los 20.586 de 2009 y del número de expedientes de reducción de jornada autorizados, 2.131, lo que supone que aunque de los 19.400 EREs presentados en ese período apenas uno de cada diez se correspondía con esta categoría, el número de ERE de reducción de jornada fue más de siete veces superior en 2009.

En este contexto se lleva negociando la reforma del mercado de trabajo desde hace un par de años, si bien la negociación ha sido intensificada desde principios de 2010. El Gobierno ha dado una prioridad absoluta a la concertación social entre los interlocutores sociales, aunque la misma no ha fructificado a causa de diversos motivos, entre otros, la poca disposición de la patronal a conseguir un acuerdo, dada su confianza en que una reforma aprobada por el Gobierno iba a satisfacer sus intereses, o la premura de tiempo, pues los interlocutores sociales han tenido un plazo límite para adoptar un acuerdo, mediados de junio, y tras la llegada del mismo el Gobierno ha tomado las riendas del proceso y ha legislado sin un acuerdo social previo. Aún no estando el Gobierno directamente negociando sí que en los primeros días de febrero ha proporcionado a los agentes sociales un documento que ha pretendido centrar el debate. En el mismo se han establecido cinco objetivos genéricos, aumentar el empleo, reducir la dualidad, la segmentación y la temporalidad, mejorar la empleabilidad y la intermediación laboral, aumentar la flexibilidad interna de las empresas y atender de forma preferente a los jóvenes con escasa formación, y todo ello con el objeto de conseguir "*un mercado de trabajo más moderno, funcional y coherente con el desarrollo de la economía sostenible*"[5]. Seguidamente, el 12 de abril el Gobierno ha presentado otro documento, en el que se indican nuevamente cinco objetivos del proceso de reforma, introducir actuaciones para reducir la dualidad de nuestro mercado de trabajo, para favorecer el empleo de los jóvenes, para reforzar los Servicios Públicos de Empleo, para revisar la actual política de bonificaciones a la contratación y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo[6].

[5] En esta línea la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, indica en su exposición de motivos lo siguiente, "*las modificaciones que aquí se abordan se inscriben en un marco de reformas más amplio impulsado por el Gobierno, integradas en la denominada Estrategia de Economía Sostenible".*

[6] No obstante, a pesar de la fijación de estos objetivos prioritarios de la negociación, parece que el régimen del despido se ha convertido en el asunto central de debate en torno a la reforma laboral.

De forma paralela al proceso de negociación de la reforma laboral se han adoptado varias medidas coyunturales de urgencia por el Gobierno español, que han pretendido producir efectos positivos tanto en el ámbito económico como en el laboral. Entre ellas están el denominado plan E, que proporciona ayudas a las entidades locales para realizar obras públicas, y con ello generar empleo en un sector como el de la construcción fuertemente golpeado por la crisis, o las ayudas a la compra de vehículos, para impulsar la actividad del sector automovilístico.

En el ámbito estrictamente laboral el 6 de marzo de 2009 fue adoptado el Real Decreto Ley 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, que ha sido homologado a través de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. Una de las líneas que se advierte en esta norma de urgencia es la de fomentar los EREs no extintivos, como instrumento de ajuste temporal del empleo, y este objetivo es secundado por los documentos que se han elaborado desde el Gobierno para guiar la negociación de la reforma laboral entre los interlocutores sociales. Con ello lo que se procura es impulsar el uso de mecanismos de flexibilidad interna en las empresas, en lugar de los externos, en las situaciones negativas a las que estamos asistiendo con tanta asiduidad en los dos últimos años.

En esta misma línea hay que resaltar lo indicado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2010,2011 y 2012), de 9 de febrero de 2010, que establece una serie de orientaciones para los procesos de reestructuración, según las cuales las situaciones de dificultad han de ser abordadas teniendo en cuenta la "*anticipación y valoración de las consecuencias sociales*"[7]. De ahí la necesidad de examinar, mediante procesos transparentes con la representación legal de los trabajadores, las causas que los motivan, dando prioridad a la flexibilidad interna sobre las otras medidas que afecten al empleo. En esta misma dirección de adoptar medidas que mantengan el empleo, relevante resulta la recomendación que se hace a la negociación colectiva de potenciar el uso de medidas legales distintas de las extintivas, aunque ya previstas para los ERE, como son la suspensión del contrato de trabajo y la reducción temporal de jornada[8].

Es por ello que en este estudio se va a analizar la figura jurídica de la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizati-

[7] Acuerdo concluido entre CC.OO. y UGT de un lado y las confederaciones empresariales CEOE Y CEPYME de otro, el 9 de febrero de 2010.

[8] En la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se resalta que la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores.

vas o de producción, como medida de flexibilidad interna que puede contribuir al mantenimiento de empleo en las empresas en reestructuración, procurando estudiar tanto las distintas formas que puede adoptar la reducción de la jornada de trabajo, como su procedimiento de aplicación y sus efectos, y prestando especial atención a las novedades que se han introducido por el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y su homóloga Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

2. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

El tiempo de trabajo, tanto desde su vertiente cuantitativa como desde la cualitativa, es una de las materias que está permanentemente presente en el desarrollo de las relaciones laborales. Esto es así, porque la gestión del tiempo de trabajo es una de las herramientas que favorece la flexibilidad interna de las empresas,[9] puesto que su adaptación, ya sea respecto a la duración de la jornada de trabajo como al horario, permite la respuesta a hechos sobrevenidos de muy diversa naturaleza sin tener que recurrir a mecanismos externos. Asimismo, uno de los objetivos que se consigue procurando intensificar el uso de instrumentos de flexibilidad interna como la modificación del tiempo de trabajo es el mantenimiento del empleo, aún cuando el desarrollo del trabajo se produzca en unas condiciones laborales distintas a las inicialmente pactadas.

En lo que se refiere a los cambios en la duración de la jornada de trabajo, su causalidad es variada, algunas causas responden al interés de la empresa y otras al de los trabajadores.

Desde la perspectiva de los trabajadores[10] se pueden señalar diversos supuestos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar que ocasionan la disminución de la jornada de trabajo, por ejemplo el previsto en el artículo 37.4.bis del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), o el establecido en el artículo 37.5 ET, sobre el derecho a reducir la jornada de trabajo por guarda legal de un menor de seis años o un minusválido, o la posibilidad de compatibilizar la prestación por maternidad con una actividad laboral a tiempo parcial (art. 48.4 *in fine* ET). Otras causas que habilitan una posible reduc-

[9] Cfr. En este sentido la exposición de motivos de la Ley 35/2010, que indica que la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo (sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de la jornada en sentido estricto) favorece la flexibilidad interna de la relación laboral.

[10] Cfr. Al respecto Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 98-102.

ción de la jornada de trabajo por interés del trabajador son, por ejemplo, las incluidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral con la violencia de género o las ligadas a la solicitud de períodos en los que un trabajador reduce su jornada de trabajo para recibir formación (art. 23 ET).

Desde la perspectiva empresarial, es indudable que a las empresas les interesa cada vez más poder adaptar el tiempo de trabajo. Por ello, cada vez se introducen más fórmulas flexibles[11], como distribuciones irregulares de la jornada de trabajo, bolsas de horas…

En esta compleja materia hay que intentar conseguir un equilibrio entre los dos intereses presentes, los empresariales y los de los trabajadores, para, en la medida de lo posible, procurar conjugarlos[12].

En las reducciones de la jornada de trabajo ligadas a un proceso de restructuración, como medida de ajuste de empleo, se podría pensar que sólo se satisfacen los intereses empresariales, dado que la empresa atraviesa por una situación de crisis que obliga a adoptar una medida de este tipo. Ahora bien, al mismo tiempo los intereses del trabajador son relativamente colmados, ya que al empleado le debe interesar tener una jornada de trabajo reducida antes que ser expulsado del mercado de trabajo. No obstante, esto no impide que exista un cierto conflicto de intereses entre las partes, porque una reducción muy intensa de la jornada de trabajo, y su retribución, acaba afectando de forma muy importante al empleo del trabajador, al extremo de que se puede convertir en marginal. Es por ello que el empresario al aplicar esta medida tendrá que valorar los efectos que recaen sobre los trabajadores y, en su caso, tratar de minimizar los perjuicios que origine.

El punto de partida consiste en la existencia de una situación empresarial negativa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que obliga a que la empresa reduzca la jornada de trabajo de alguno/s trabajadores/as para garantizar su futura viabilidad.

El primer aspecto controvertido en esta materia es la concurrencia de varios procedimientos para obtener este resultado. Fundamentalmente se deben mencionar tres, la modificación sustancial de las condiciones de traba-

[11] Vid Valdés Dal Ré, F., "La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate", RL, Tomo I, 1999, pág. 10 y Bodas Martín, R., "La flexibilidad de la jornada laboral en la jurisprudencia", Revista de Derecho Social, nº9, 2000, pág.95.

[12] La exposición de motivos de la Ley 35/2010 indica que las medidas de reducción del tiempo de trabajo en los procesos de restructuración permiten alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores, pues facilitan el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporcionan al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo.

jo[13], la reducción del tiempo de trabajo y la suspensión del contrato de trabajo. Esta distinción es importante puesto que los dos últimos son similares, con una regulación común en el artículo 47 ET, pero, sin embargo, tanto la causalidad, el procedimiento como los efectos de ambos y la modificación sustancial son distintos.

2.1. Modificación sustancial vs reducción de la jornada de trabajo y suspensión del contrato de trabajo

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo responde a una situación fisiológica de la empresa, es decir, el ejercicio del poder empresarial tiene por objeto contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, favoreciendo su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (art. 41.1 ET). Es factible la reducción de la jornada por esta vía tanto de forma individual como colectiva, si bien en este último caso sólo cuando no se pretenda modificar lo pactado en un convenio colectivo estatutario[14], a menos que la propia fuente colectiva introduzca elementos de dispositivización, que dejen en manos del empresario instrumentos que permitan ajustar la jornada y el horario pactados en función de las necesidades organizativas de la empresa [15]. La decisión de reducir la jornada de trabajo cuando existan probadas razones que lo justifiquen será adoptada por el empresario, de manera temporal o definitiva, consistiendo el procedimiento, si la modificación es individual, en la notificación del empresario al trabajador con treinta días de antelación, y, si es colectiva, sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse por la negociación colectiva, en el desarrollo de un período de consultas, en el plazo máximo de quince días, con los representantes legales de los trabajadores para

[13] Estudios profundos y amplios sobre esta materia, entre otros, Cruz Villalón, J., "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994", RL, 17-18, 1994. San Martín Mazzuconi, C., *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de condiciones de trabajo,* Aranzadi, Pamplona, 1999.

[14] Pues el artículo 41.2 ET establece que una modificación tiene carácter colectivo cuando lo que se pretende es modificar aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Y precisa que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos estatutarios sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b, c, d y e del apartado anterior, lo que implica la exclusión de la duración de la jornada de trabajo (párrafo a del apartado anterior).

[15] Cfr. En este sentido Cruz Villalón, J., "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores…", op.cit., pág.126.

llegar a un acuerdo[16]. No obstante, haya acuerdo o no la decisión del empresario será inmediatamente ejecutiva, pudiendo, en su caso, ser impugnada a través del procedimiento establecido en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral o del procedimiento de conflicto colectivo.

En cambio, la reducción de la jornada de trabajo y la suspensión del contrato de trabajo son unos mecanismos de reorganización empresarial que se pueden activar en los supuestos de crisis empresariales. El ET, en su artículo 47, señala que la autorización de estas medidas, a través de un expediente de regulación de empleo, procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tales medidas temporales son necesarias para la superación de una situación negativa de la empresa. El estado desfavorable de la empresa debe tener un carácter coyuntural, no pudiendo ser permanente o estructural, pues en ese caso la vía a utilizar sería otra.

Por medio de la reducción de la jornada de trabajo o de la suspensión del contrato de trabajo se permite al empresario ajustar la jornada de trabajo de uno, varios o todos los trabajadores[17] a las necesidades de la empresa, mediante la interrupción de una parte o la totalidad de su prestación de servicios. Y correlativamente se exonera al empresario del pago de los salarios correspondientes a las jornadas de trabajo no realizadas. Consecuentemente, el empresario a través de estas medidas ajusta el volumen de trabajo inicialmente contratado, con el objeto de dar respuesta a una situación empresarial negativa, sobrevenida y de carácter coyuntural.

Por lo tanto, estas medidas presentan notables diferencias a la señalada anteriormente, tanto causal como procedimentalmente[18]. Mientras la aplicación del artículo 41 ET únicamente requiere la decisión unilateral del empresario, aún cuando en los procedimientos colectivos de modificación sí que se debe seguir un determinado procedimiento, la del artículo 47 ET exige el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 51 ET, con pequeñas especialidades, y, por lo tanto, está sujeto a un fuerte control administrativo.

[16] En las empresas en las que no existan representantes legales de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Asimismo, tras la reforma laboral aprobada en el artículo 41.4 ET se permite que los empresarios y los representantes acuerden la sustitución del período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, a desarrollar en el mismo plazo máximo e improrrogable de quince días.

[17] El artículo 47.1.d) ET precisa que el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

[18] Vid Solá Monells, X., *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 68 y ss.

Esto es así, porque la autoridad laboral siempre debe autorizar el expediente de regulación de empleo, que debe ser previamente negociado entre empresa y representantes de los trabajadores. Asimismo, la reducción de jornada articulada a través del artículo 47 ET siempre tiene un carácter temporal, mientras que la del artículo 41 ET puede ser temporal o definitiva. Finalmente, otra diferencia sustancial es, respecto a los efectos, lo relativo al derecho a la prestación de desempleo tras la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Cuando la misma se produzca tras una modificación sustancial de las condiciones de trabajo no se accederá a este derecho[19], mientras que en el otro supuesto sí que se tendrá este derecho cuando se cumplan el resto de condiciones exigidas por la legislación de Seguridad Social.

Esto último es así, porque desde la introducción del artículo 40 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, se produce una modificación del artículo 203.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS). A consecuencia de ello el precepto legal exige imperativamente que el disfrute de la prestación de desempleo parcial esté rodeado cumulativamente por las siguientes circunstancias: una reducción de la jornada de trabajo autorizada en un expediente de regulación de empleo y de carácter temporal, quedando excluidas de su ámbito de protección las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo. El legislador, cuando implementó este cambio corrigió la doctrina judicial, que de forma flexible y con la intención de proteger a los trabajadores afectados por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo[20], permitía el acceso a la prestación de desempleo en virtud de reducciones de jornada definitivas y no autorizadas en expedientes de regulación de empleo[21].

[19] Cfr. A estos efectos la amplia polémica surgida sobre esta cuestión desde años atrás en Cabeza Pereiro, J., "Reducción de Jornada y situación legal de desempleo", Aranzadi Social, tomo II, 1996, pág. 2685 y lo indicado por la STC 213/2005, de 21 de julio, que afirma que esta regulación es poco coherente porque deja sin protección a situaciones de paro forzoso, pero considera que es una opción legislativa legitima y no aprecia vulneración del artículo 14 CE.

[20] La jurisprudencia de los TSJ, con posterioridad a la reforma legal acaecida se posicionó, en función del momento del hecho causante, a favor del criterio judicial flexibilizador o bien del criterio legal. Así, si el hecho causante era anterior al uno de enero de 1998, aparecieron sentencias favorables a que se concediera la prestación sin expediente de regulación de empleo y aún cuando la reducción de jornada resultase definitiva, por ejemplo STSJ de Galicia, de 17 de enero de 2001, Ar. 377. A sensu contrario, en base al artículo 203.3 LGSS, por ser el hecho causante posterior al uno de enero de 1998, entre otras, STSJ País Vasco, de 19 de noviembre de 1999, Ar. 6998, STSJ Cataluña, de 2 de junio de 2000, AR. 3043; STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2001, Ar.1752; STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2001, Ar.1752 ; STSJ de Asturias, de 6 de abril de 2001, Ar.1076; STSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de diciembre de 2001, Ar. 688.

[21] Cfr., entre otras, STS de 24 de febrero de 1997, Ar. 1579; STS de 13 de mayo de 1997, AR. 4091; STS de 14 de julio de 1997, Ar.6262; STS de 7 de noviembre de 1997, Ar. 8090 y STS de 11 de mayo de 1998, Ar. 4327.

En adición, hay otra cuestión de gran importancia que rodea a la distinción entre estas figuras jurídicas. La modificación de la duración de la jornada de trabajo y correlativamente de la retribución que corresponde, a la baja, implica bien un cambio de modalidad contractual, de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial, o bien una variación de la jornada a tiempo parcial[22] y el margen de actuación que la modificación sustancial y las figuras reguladas en el artículo 47 ET tienen para conseguir este resultado es distinto.

El artículo 12 ET define al contrato a tiempo parcial como aquél que suponga la realización de un número de horas de trabajo al día, la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable[23]. De este modo, cualquier reducción de la jornada de trabajo dará lugar a un cambio de modalidad contractual, pues al no fijarse un tope máximo la disminución de una sola hora de trabajo o de menos de una hora ocasionará la alteración del tipo contractual. Según el artículo 12.4 e) ET "*la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41*".

Por lo tanto, en estos supuestos es obligatorio que la novación contractual sea pactada entre el empresario y el trabajador, primando el principio de voluntariedad. No es posible la aplicación del artículo 41 ET, es decir que en base a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que habilitan su uso, el empresario decida unilateralmente disminuir la jornada de trabajo de un trabajador y cambiar su modalidad contractual.

Alrededor de esta materia, la licitud o no de aplicar el artículo 41 ET para cambiar la modalidad contractual, ha existido una amplia litigiosidad judicial y una amplia discusión doctrinal[24]. Íntimamente ligada a esta cuestión se hallaba la delimitación de si en estos casos nos encontrábamos ante una novación modificativa o extintiva. Así, si en sede judicial se calificaba a esta

[22] Cfr. De forma amplia, Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*…, op.cit., pág.182 y ss.

[23] De forma igualmente flexible la cláusula 3ª del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE, que señala que trabajador a tiempo parcial será aquél cuya "*jornada normal de trabajo…sea inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable*" y, en el mismo sentido, el convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) precisa que será aquél cuya jornada de trabajo tenga una duración normal inferior a la de un trabajador a tiempo completo en situación comparable.

[24] Cfr. Entre otros, Merino Senovilla, H., *El trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág.365, Marín Correa, J.M., "La igualdad de naturaleza entre el contrato a jornada completa y el contrato a jornada parcial", al, Nº48, 1995, pág. 3895 y Alfonso Mellado, C., Pedrajas Moreno, A y Sala Franco, T., "Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial", Relaciones Laborales, Tomo I, 1995, pág. 1384

novación como modificativa, se consideraba que era factible que la alteración del tipo contractual fuera articulada a partir del procedimiento establecido en el artículo 41 ET, mientras que si se la calificaba como extintiva, se estimaba que su operatividad sólo podía sobrevenir tras un convenio novatorio[25]. En el fondo de estas resoluciones judiciales se encontraba la discusión acerca de la configuración del contrato a tiempo parcial como una verdadera modalidad contractual o no. Los pronunciamientos judiciales que abogaban por la operatividad del artículo 41 ET argumentaban que el contrato a tiempo parcial era un mero contrato a tiempo completo con una jornada reducida, mientras que los que se posicionaban a favor de la novación extintiva entendían que existían dos modalidades contractuales diferenciadas, con una naturaleza propia. Ahora bien, la doctrina no se mostraba contradictoria como la jurisprudencia y se posicionaba mayoritariamente a favor de calificar la novación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial como modificativa[26], pero discrepando en cuanto al procedimiento aplicable a la conversión según si identificaban al contrato a tiempo parcial como modalidad *ad hoc*[27] –lo que obligaba a la conclusión de un pacto novatorio-, o no –lo que permitía la operatividad del artículo 41 ET-[28].

Como ya se ha mencionado esta controversia fue zanjada por el contenido del artículo 12.4.e) ET, que obliga de forma imperativa a que toda novación sea acompañada del consenso de los contratantes, no siendo operativo el procedimiento habilitado por el artículo 41 ET. Con ello se deduce que el cambio de una modalidad contractual a otra no es un mero reajuste cuantitativo, sino que tiene unas repercusiones cualitativas importantes, tales como la realización de horas complementarias o horas extraordinarias o las ligadas a la protección social que dimana de uno u otro contrato[29].

Consecuentemente, mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo no se podrá transformar una modalidad contractual, y hay que

[25] Vid, entre otras, a favor de considerar la existencia de una novación extintiva STSJ Baleares, de 22 de marzo de 1995, Ar. 1170 y, a favor de la existencia de una novación modificativa, STSJ de Castilla León, (Valladolid), de 10 de enero de 1995, Ar. 83.

[26] Vid. Merino Senovilla, H., *Trabajo a tiempo*…, op.cit., pág. 363, Alfonso Mellado, C., Pedrajas Moreno, A., y Sala Franco, T., "Sobre la posibilidad de conversión…", op.cit., pág. 1385, González del Rey Rodríguez, I., *El contrato de trabajo a tiempo parcial,* Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 137.

[27] Vid. Merino Senovilla, H., *Trabajo a tiempo*…, op.cit., pág. 366, Alfonso Mellado, Pedrajas Moreno y Sala Franco, "Sobre la posibilidad de conversión..", op.cit., pág. 1389, González del Rey Rodríguez, *El contrato de trabajo*…, op.cit. , pág.140.

[28] Vid. Marín Correa, J.M., "La igualdad de naturaleza…", op.cit., pág. 3894 y Cruz Villalón, J., "La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en AA.VV., *La modificación del contrato de trabajo*, Ibidem, Madrid, 1997, pág. 154.

[29] Vid. Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial…op.cit.,* pág. 182 y ss.

aclarar si esto es posible a través de las vicisitudes reguladas en el artículo 47 ET. De la normativa vigente se desprende la obligatoriedad del consenso entre empresario y trabajador para producir este resultado, si bien hay que tener presente lo establecido por el artículo 12.4.e) ET *in fine,* que señala que "*el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"*[30].

Por lo tanto, en el contexto de una situación de crisis empresarial, el empresario, a modo de denuncia modificativa, propondrá al trabajador dos alternativas, la modificación de su jornada de trabajo y de su tipo contractual o su despido, siendo lo más beneficioso aceptar, temporalmente, la conservación del vínculo laboral modificado[31]. En el marco del artículo 47 ET, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 51 ET, el plan de viabilidad empresarial procurará la mejora de su situación económica y/o garantizar el mantenimiento de su equilibrio y del empleo en la misma a través de una mejor organización de sus recursos. Consecuentemente, en el contexto de una determinada situación patológica de una empresa, al hilo de las consultas dimanantes de un expediente de regulación de empleo, se podrá acordar entre los representantes de los trabajadores y el empresario la reducción de la jornada de algún/os trabajadores de la empresa, y correlativamente el cambio de tipo contractual[32], siempre que concurran las circunstanciales coyunturales y episódicas que habilitan esta vicisitud y que se procure una reestructuración empresarial.

En adición a las modificaciones de la jornada de trabajo que implican una alteración de modalidad contractual hay que tener presente la amplitud de los posibles cambios internos de jornada dentro de un contrato de trabajo a tiempo parcial, dada la amplia definición del mismo, y la viabilidad de que a estos efectos sea operativo tanto el artículo 41 ET como el 47 ET. De conformidad con la normativa vigente, la modificación de la jornada parcial no está condi-

[30] El precepto legal secunda lo establecido por la cláusula 5 del acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE, que establece que el rechazo del trabajador a la transformación puede ocasionar su despido, siempre que se pruebe la existencia de necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado.

[31] Según Cruz Villalón, J., "Modificación del tiempo…", op.cit., pág. 13, con esto se mantiene la formalidad de la voluntaria aceptación por parte del trabajador de la transformación contractual, si bien la transformación se ha verificado por decisión unilateral de la propia empresa. Por ello, "*cabe romper los formalismos y, por la vía directa, admitir que a través de un expediente de regulación de empleo, y, por tanto, vía autorización administrativa se puede proceder a efectuar la transformación contractual*"

[32] Cfr. González del Rey Rodríguez, I., *El contrato de trabajo…,* op.cit., pág. 96, que en estos supuestos no existe un cambio de tipo contractual, sino una reducción de jornada distinta al contrato de trabajo a tiempo parcial.

cionada por el consenso de empresario y trabajador, pudiendo seguirse para conseguir este resultado tanto la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como la de la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Las diferencias entre las mismas, como se ha resaltado, son importantes en la causa[33], el procedimiento y sus efectos. Indudablemente al empleador le resultará más sencillo y rápido aplicar el artículo 41 ET, pues de este modo podrá eludir la autorización administrativa, que exige la previa tramitación de un expediente de regulación de empleo. Sin embargo, al trabajador esta dinámica le perjudica en la medida en la que tras este proceder no podrá tener acceso a la prestación por desempleo, a la que sólo tendrá derecho tras la acreditación de que la reducción de la jornada de trabajo ha sido autorizada por la autoridad laboral, de forma temporal, tras la pertinente tramitación de un expediente de regulación de empleo, y cumpliendo el resto de requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social[34].

Para evitar situaciones arbitrarias, al igual que en el artículo 41 ET se menciona que determinados supuestos especiales, como los traslados, se regirán por un procedimiento específico, se debería enfatizar que los supuestos de reducción temporal de la jornada de trabajo en empresas en reestructuración se rigen por su procedimiento específico, el regulado en el artículo 47 ET, o incluso remitir todos los supuestos de reducción temporal de la jornada de trabajo a este procedimiento. Otra solución sería la extensión del derecho a acceder a la prestación de desempleo a todos los supuestos de reducción temporal de la jornada de trabajo, sean o no autorizados por la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo.

2.2. La apuesta de la reforma laboral por el modelo alemán o *kurzarbeit*

En la negociación de la reforma laboral entre los interlocutores sociales el Gobierno ha presentado dos documentos de trabajo, en febrero y abril, y en ambos una de las medidas incluidas es la intención de impulsar la reducción de la jornada de trabajo como medida temporal de ajuste de empleo en situaciones empresariales negativas, de forma similar al denominado modelo alemán de reducción de jornada o *kurzarbeit*[35]. Esto es así, porque ante la crisis se reclaman medidas de flexibilidad interna negociada, en particular sobre la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo y uno de los canales adecuados

[33] Si bien, como veremos en el apartado tercero de este estudio, las diferencias en la entidad de la causa habilitante del artículo 51, y por derivación del artículo 47 y del 41 ET, han sido relativizadas por el contenido del RDL 10/2010 y la Ley 35/2010.

[34] Vid. Cavas Martínez, F., "La reordenación del tiempo de trabajo como estrategia empresarial frente a la crisis", Aranzadi Social, nº13, 2009, pág. 26.

[35] Vid. Sempere Navarro, A., "Planes de "Reforma Laboral" (febrero de 2010)", Aranzadi Social, nº20, 2010, págs.27 y 28.

para conseguir este objetivo es el fomento del uso de la reducción temporal de la jornada de trabajo en empresas en restructuración.

Se ha hecho mención al modelo alemán por los buenos datos de empleo que ha mantenido su mercado laboral durante el transcurso de la crisis económica. Así, en mayo de 2010 el número de parados ascendía a 3.242.000, correspondiendo a una tasa de paro del 7.7%, lo que significa que respecto al mismo período del año anterior, mayo de 2009, la tasa de paro ha descendido, pues en esa fecha fue del 8.2%. Una de las causas que ha contribuido a estos buenos datos de empleo en Alemania ha sido el uso del *kurzarbeit* o reducción de la jornada de trabajo para ajustar el empleo en empresas en crisis[36].

El denominado *kurzarbeit* es una reducción temporal de la jornada de trabajo normal, motivada por la disminución del volumen de trabajo[37], por ejemplo a causa de una recesión o de la falta de capital. La reducción de la jornada puede ser parcial o completa y se corresponde con una reducción proporcional del salario. Su función es estabilizar el empleo en situaciones empresariales de crisis, permitiendo al empresario conservar su personal cualificado, y, dadas sus características, afecta a las obligaciones recíprocas de las partes del contrato. Al empresario, pues deja de abonar el salario correspondiente a la minoración de jornada y al trabajador que deja de trabajar, parcial o totalmente. A su vez, los trabajadores pueden tener derecho a un subsidio estatal, que les compensa la pérdida retributiva sufrida.

La facultad empresarial de reducir la jornada de trabajo debe venir otorgada por una disposición legal, por el convenio colectivo, por un acuerdo de empresa o por el propio contrato de trabajo, es decir, no es una facultad incluida en el poder de dirección ordinario del empresario. Asimismo, el empresario debe respetar el derecho a la cogestión del comité de empresa. Esta cogestión no se limita a una negociación de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, sino que exige un acuerdo efectivo[38], con la única excepción de que un convenio colectivo regule esta cuestión de manera exhaustiva[39].

Para que los trabajadores afectados por el kurzarbeit puedan acceder al subsidio estatal de trabajadores con jornada reducida debe existir una pérdida significativa de horas de trabajo y de salario y se debe cumplir el requisito for-

[36] Según datos de la Agencia Federal de Empleo Alemana la máxima utilización de esta figura se produjo en mayo de 2009, cuando fue aplicada a un millón y medio de trabajadores, siendo aplicada actualmente a 690.00 trabajadores.

[37] Cfr. Fröhlich, M., "La reducción de la jornada (kurzarbeit) y otras medidas del Derecho del Trabajo frene a la crisis en Alemania", Temas Laborales, nº105, 2010, (en prensa).

[38] El acuerdo debe contener los siguientes extremos, la opción de que el empresario pueda reducir la jornada de trabajo y en qué medida hacerlo, así como los trabajadores concretos que se verán afectados por la reducción.

[39] Vid. Brecht-Heitzmann, H., "Medidas jurídicas laborales y de seguridad social para la lucha contra la crisis económica en Alemania", Tribuna Social, nº230, 2010, pág. 15.

mal de comunicar esta situación a la Agencia Federal de Empleo, que deberá autorizar su abono. Por pérdida importante de horas de trabajo se entiende la producida a causa de motivos económicos de carácter temporal e inevitable, que afecta en un mes natural al menos a un tercio de la plantilla (si bien para los años 2009-2010 se ha suavizado este requisito y se admite también para los supuestos en los que no se afecte ni a un tercio de la plantilla), con una pérdida de salario bruto de más de un 10%. La cuantía del subsidio asciende al 67% del salario neto de las horas no trabajadas, para los trabajadores con hijos, y al 60% para los demás y su duración máxima a seis meses, si bien con ocasión de la crisis económica una de las medidas aprobadas de forma excepcional por el Gobierno alemán consiste en el aumento de la misma a 24 meses si la situación originadora del subsidio ocurre en el año 2009 y a 18 meses si acaece a lo largo de 2010. Asimismo, durante la percepción del subsidio subsiste la obligación de cotizar a todas las contingencias de la Seguridad Social, en proporción a la reducción de salario existente, aunque actualmente la Agencia Federal de Trabajo abona el 50% de las cuotas empresariales y, si los trabajadores participan en medidas de formación profesional, su aportación llega hasta el 100%[40].

El *kurzarbeit* presenta amplias similitudes con las vicisitudes reguladas en el artículo 47 ET, la disminución de la jornada de trabajo y la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El impulso de este modelo por el Gobierno español se ha iniciado con la adopción del Real Decreto Ley 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, que ha sido homologado a través de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre[41] y ha continuado con el RDL 10/2010, de 16 de junio y su homóloga Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Esta normativa pretende, en el marco de las políticas de empleo, por un lado favorecer el mantenimiento del empleo mediante, por ejemplo, el establecimiento de bonificaciones a las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por la conservación del empleo de personas incluidas en un ERE no extintivo, y por otro introducir una serie de medidas que benefician la situación de los trabajadores afectos a este tipo de EREs, tal y como la reposición del derecho a la prestación de desempleo.

[40] Vid. de forma extensa, Brecht-Heitzmann, H., "Medidas jurídicas laborales y de seguridad social…", op.cit., pág. 16.

[41] Sobre su contenido Mella Mendez, L., "Comentarios de urgencia a una norma de urgencia: el Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas", Relaciones Laborales, nº13, 2009, pág 30 y ss.

3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO COMO MEDIDA DE AJUSTE TEMPORAL DE EMPLEO EN EMPRESAS EN REESTRUCTURACIÓN

El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, introduce de forma expresa y autónoma en el artículo 47 ET la vicisitud consistente en la disminución de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Anteriormente esta posibilidad era englobada en los supuestos de suspensiones contractuales por estas mismas causas. Según la exposición de motivos de la norma adoptada, con esta mención y determinadas notas de su régimen jurídico se pretende flexibilizar el tratamiento de esta figura, tanto en el ámbito laboral como en el de protección social, y para favorecer su uso se amplían los incentivos para trabajadores y empresarios vinculados a la utilización de esta medida. A continuación se va a analizar tanto el supuesto habilitante de esta vicisitud como algunas de las características de su procedimiento de aplicación y sus efectos, con objeto de verificar si la reforma laboral adoptada ha procurado mejorar determinados aspectos de su régimen jurídico, facilitando su uso efectivo como medida de ajuste de empleo en épocas de crisis y minimizando, en la medida de lo posible, la utilización de medidas de flexibilidad externa, fundamentalmente despidos.

3.1. Supuesto habilitante

La delimitación del supuesto habilitante de una reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en casos de reestructuración empresarial debe tener en cuenta varias cuestiones.

Por una parte, las características de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten la aplicación del artículo 47 ET, que como en el resto de figuras jurídicas que hacen referencia a esta causalidad, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los despidos, están sujetas a una amplia indeterminación y vinculadas a la interpretación que se dé al caso concreto, ya sea por la autoridad laboral, por los representantes y el empresario o por un juez[42]. Y por otra, la multiformidad que puede caracterizar a esta vicisitud contractual, pues la reducción de la jornada de trabajo por estas causas puede ser tanto continua, por ejemplo dos meses menos de trabajo del año, como discontinua, es decir, dos horas menos de trabajo al día, dos días menos de trabajo a la semana, una semana de no trabajo al mes…

[42] Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por lo general son un concepto jurídico indeterminado, sujeto a la aplicación e interpretación que se dé al caso concreto.

3.1.1. Delimitación: el elemento cuantitativo y el período de referencia

El artículo 47 ET se ocupa en su primer apartado de la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en el segundo de la reducción temporal de la jornada de trabajo por estas mismas causas[43]. Esta última figura, de forma novedosa, ha sido delimitada conceptualmente, precisándose que "*por reducción de jornada se entiende la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual" (art. 47.2 ET). En el* borrador previo a la adopción del RDL 10/2010 también se establecía que "*la suspensión de los contratos de trabajo y la reducción de la jornada no podrán tener una duración superior a un año"*, de modo correlativo al módulo anual fijado en la definición, si bien esta precisión no ha sido finalmente incluida en la normativa adoptada. Lo habitual será que esta vicisitud no se extienda más allá de un año, dado su carácter coyuntural, aunque es posible que las circunstancias que la originan se extiendan más de lo inicialmente previsto[44].

La definición introducida pretende proporcionar flexibilidad al empresario, que deberá fijar el porcentaje de reducción de jornada que mejor convenga a la situación de su empresa, en el amplio margen que proporciona el módulo anual. Se exige un tope mínimo de reducción de jornada, al menos el 10%, para verificar que existe una pérdida de horas de trabajo, y de salario, de una cierta entidad. Y también se fija un tope máximo, con el objeto de evitar que reducciones muy amplias de jornada sigan esta vía, pues es más conveniente acudir en ese tipo de supuestos a la vicisitud suspensiva, y, en su caso, procurar el acceso de los trabajadores a una prestación de desempleo total. Teniendo en cuenta que el artículo 34 ET establece que la duración máxima de la jornada será de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, y que respetando este límite la duración será la pactada en los convenios colectivos o contratos

[43] En la práctica administrativa previa ya se distinguía en los expedientes de regulación de empleo temporales entre los de reducción de jornada, consistentes en la reducción de horas o días de trabajo y los de suspensión del contrato de trabajo. Asimismo, en el RDL 2/2009 y su homóloga Ley 30/2009, también existía una referencia expresa a las suspensiones de los contratos de trabajo, continuadas o no, y a las reducciones de la jornada de trabajo, de días u horas de trabajo.

[44] En este sentido, Cavas Martínez, F., "La reordenación del tiempo de trabajo como estrategia empresarial…", op.cit., pág. 19. Estos supuestos se pueden manifestar de dos formas. La primera consiste en que el acuerdo concluido entre empresario y representantes de los trabajadores, plasmado en el expediente de regulación de empleo y su homóloga resolución administrativa, previera la posibilidad de que, aún siendo fijada una determinada duración temporal para la vicisitud, en un plazo prefijado se pudiera valorar la evolución de las circunstancias, y, en su caso, prorrogar su duración. Y la segunda en que no existiendo esta previsión, si se mantienen las circunstancias habilitantes de esta vicisitud, las partes tengan que volver a realizar el procedimiento inherente a su ejecución.

de trabajo, en base al tope máximo legal, 1826 horas al año, 40 horas a la semana y 8 horas diarias, en un módulo diario la reducción de la jornada estaría comprendida entre la realización de 2.4 y 7.2 horas, en un módulo semanal entre 12 y 36 horas, y en un módulo anual entre 547.8 y 1643.4 horas[45].

Por lo tanto, a modo de ejemplo, si en el expediente de regulación de empleo autorizado por la autoridad laboral se pacta una reducción de la jornada anual de 1400 horas, lo que conlleva la disminución de más del 70% de la misma, nos encontraríamos ante una vicisitud suspensiva *stricto sensu*; mientras que si se acuerda la disminución de 1000 horas de trabajo, podría existir una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de la jornada de trabajo, al estar la reducción comprendida en el intervalo prescrito en la normativa, es decir entre un 10 y un 70% de la jornada anual. En estos casos serán las partes, si existe acuerdo en el expediente de regulación de empleo que a posteriori debe ser homologado por la autoridad laboral, o, a sensu contrario, la autoridad laboral según la solicitud empresarial, las que decidan la forma de articular la disminución del quantum de la jornada de trabajo, si bien lo más lógico es que propuestas de reducción de la jornada de trabajo tan amplias como la indicada sean aplicadas a través del mecanismo de la suspensión del contrato de trabajo.

La introducción de esta definición y de los porcentajes hace plantear la posibilidad de que, entendiendo que la misma tiene una naturaleza de derecho necesario relativo, la negociación colectiva introduzca una distinta, fijando unos porcentajes diferentes dentro de los intervalos prescritos u obligando a seguir un determinado módulo temporal para calcular la disminución de jornada. Por ejemplo, señalando un convenio colectivo que la reducción de la jornada de trabajo será aquella comprendida entre un 15 y un 65% de la jornada de trabajo diaria, semanal, mensual o anual. A nuestro juicio, no cabe una interpretación de esta índole, la definición de la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es una materia de derecho necesario absoluto, no siendo lícitas posibles cláusulas convencionales con un tenor similar al descrito. A mayor abundamiento, no es lícito admitir el cambio del concepto heterónomo, dado que como a continuación se indica esta definición produce efectos tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social.

La definición incluida en el artículo 47.2 ET debe ser puesta en conexión con lo previsto en la Ley General de Seguridad Social. Esto es así, porque uno de los efectos de esta vicisitud es el acceso a la prestación por desempleo. Al efecto se han introducido varias modificaciones por la reforma laboral de 2010. Por una parte se define el desempleo total como aquél en el que el trabajador

[45] La negociación colectiva estatal mayoritariamente opta por el cómputo anual de la jornada de trabajo, si bien un gran número de convenios también fijan la jornada máxima de trabajo en cómputo semanal.

cesa en la actividad que venía desarrollando, siendo privado, de forma correlativa, de su retribución (artículo 202.2 LGSS). Este mismo precepto precisa que *"se entenderá por desempleo total la suspensión temporal de la relación laboral que implique el cese total del trabajador en la actividad, por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autorizada competente"*. Y por otra parte se conceptúa al desempleo parcial como aquél en el que "*el trabajador ve reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo"*.

Consecuentemente, por un lado el artículo 47.2 ET, de forma amplia, se refiere a una reducción de la jornada de trabajo, entre un 10 y un 70%, computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Y por otro la normativa reguladora de la prestación por desempleo precisa que el acceso al desempleo total se producirá tras el cese total en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo y al desempleo parcial tras la reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo en el mismo intervalo anterior, es decir para acceder a esta prestación la jornada del trabajador será diariamente más reducida de forma temporal.

La variedad de formas que pueden adoptar las vicisitudes reguladas en el artículo 47 ET también tiene reflejo en el acceso a un tipo u otro de desempleo, esencialmente en atención al quantum de la minoración de jornada y a que la reducción de la jornada de trabajo tenga carácter continuo o discontinuo. Así, habrá que analizar el modo en el que las partes han acordado que se va a desarrollar la disminución de la duración de la jornada de trabajo o el que decida la autoridad laboral en su resolución. Se podría pactar la minoración de la jornada de trabajo durante dos horas al día un año (lo que supondría una disminución de entre un 10 y un 70% de la jornada anual, mensual, semanal y diaria, y de la retribución), pudiendo dar acceso a una prestación de desempleo parcial o bien una reducción de la jornada consistente en la exoneración del trabajo durante cuatro meses del año, lo que también supondría una reducción de la jornada de trabajo anual entre un 10 y un 70%, que daría acceso, si se cumplen el resto de requisitos exigidos, a la prestación de desempleo total durante ese período. En este último ejemplo al utilizar el módulo anual se podría aplicar cualquiera de las dos vicisitudes reguladas en el artículo 47 ET, reducción de la jornada de trabajo o suspensión del contrato de trabajo, pero al

utilizar el módulo mensual sólo se podría entender que concurre una suspensión del contrato de trabajo, ya que al existir una exoneración total de trabajo y retribución durante cuatro meses no se cumpliría el requisito de la minoración de la jornada de trabajo entre un 10 y un 70%.

Podrían surgir casos, que no serán muy usuales, en los que en el período de consultas previo a la finalización del expediente de regulación de empleo, el empresario pacte con los representantes el abono de alguna cantidad extra durante el período en el cual se desarrolle la disminución de la duración de la jornada de trabajo. Si la reducción de jornada es de un 10% y la retributiva no alcanza a este límite cabría plantearse si no se cumplen los márgenes prescritos por la Ley. Esta interpretación en principio no es válida, dado que lo que se exige de forma imperativa en la normativa laboral es la disminución de la jornada de trabajo en una determinada cuantía y período de referencia, no precisándose lo mismo sobre el quantum retributivo. Sin embargo, en la legislación de la Seguridad Social sí que se exige que a la minoración de la jornada de trabajo le corresponda una retributiva para tener derecho a la prestación de desempleo total o parcial. Por ello, lo más lógico es que en el período de consultas entre empresa y representantes de los trabajadores se pondere esta circunstancia, para garantizar que la disminución de jornada y retribución alcance, al menos, el 10%.

Es importante resaltar la flexibilidad[46] que proporciona la ejecución de esta vicisitud, pues la misma permite al empresario adaptar la duración de la jornada de trabajo a sus necesidades concretas bajo diversas formas. Y el hecho de que al hilo del desarrollo de una disminución de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se conserve la relación laboral, lo que debe favorecer una interpretación no restrictiva de sus causas.

3.1.2. Causa

En el ámbito causal el artículo 47.1 c) ET establece que de la documentación presentada para el expediente de regulación de empleo a negociar entre representantes y empresa debe desprenderse de forma razonable que tal medida temporal es necesaria para superar una situación coyuntural de la empresa[47] y volver a la normalidad. A estos efectos, en el borrador previo al RDL 10/2010, en el artículo 51.1 ET se había añadido una precisión que, entre otros aspectos,

[46] Vid Solá Monells, X., *La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas*…, op.cit., pág. 95.

[47] El carácter coyuntural de la situación originadora de la suspensión también es resaltado por el artículo 20.b) RD 43/1996, de 19 de enero, por el se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos.

procuraba hacer hincapié en la diferencia entre la causalidad que origina la aplicación del artículo 47 ET y la del 51 ET. Concretamente se establecía que "*se entiende que concurren causas económicas cuando los resultados de la empresa arrojen pérdidas económicas no meramente coyunturales",* si bien esta disposición no ha sido finalmente incluida en la reforma adoptada.

En esta vicisitud resulta fundamental acreditar la causa que origina la situación empresarial negativa, ya sea de carácter económico, técnico, organizativo o de producción, su carácter coyuntural, a corto o medio plazo, y su carácter sobrevenido. Asimismo, resulta relevante verificar la conexión entre la situación de la empresa, la medida proyectada, y su contribución, de la forma más adecuada, directa y proporcionada posible, a la superación de la coyuntura empresarial negativa. Es importante determinar la existencia de estas circunstancias, para otorgarle sustantividad propia a la vicisitud reductora de la jornada de trabajo, ya que la misma no es un mal menor ante una situación que presenta notas de estabilidad o permanencia, ni un paso previo a la extinción de los contratos. Es posible que a posteriori se tengan que producir despidos, a causa de un empeoramiento de la situación de la empresa, de una evolución negativa del mercado, o de un error de cálculo del propio empresario, pero *ab initio* deben concurrir las notas definitorias señaladas. Igualmente, la conexión de funcionalidad exigida también requerirá verificar que el empresario no dispone de mecanismos alternativos menos gravosos, e igualmente eficaces para superar la situación negativa, tales como la no realización de horas extraordinarias[48], pues en este caso se entenderá que la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no es una medida necesaria.

Respecto a las causas *stricto sensu*, hay que prestar atención a los importantes cambios introducidos por la reforma laboral. Cuando se adopta el RDL 10/2010 se establece en el artículo 51 ET, que tiene una repercusión inmediata sobre la entidad de la causa del artículo 47 ET, que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, debiendo la empresa acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor

[48] Tras la Ley 35/2010, el artículo 47.2 *in fine* ET precisa que durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias, salvo fuerza mayor.

respuesta a las exigencias de la demanda[49]. Respecto a las causas técnicas, organizativas o de producción, el artículo 51 ET indica que el empresario deberá acreditar alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma.

Tras la tramitación parlamentaria del RDL 10/2010 se ha procurado precisar que se entiende por causas económicas habilitantes del despido del artículo 51 ET, y por remisión del artículo 52.c) ET, siendo señaladas como tales la existencia de pérdidas actuales o previstas o de una disminución persistente del nivel de ingresos que pueda afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo, debiendo la empresa acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Esta delimitación tan amplia y flexible, a falta de una previsión más específica en el artículo 47 ET, tendrá una repercusión directa sobre la causalidad de las vicisitudes reguladas en el mismo.

Es más, con las modificaciones realizadas existe un cierto acercamiento entre la causalidad que da lugar a la operatividad del artículo 41 ET, en el contexto de una situación fisiológica de la empresa, y la del 51 ET, en un contexto patológico. Esto es así, porque el tenor del artículo 41 establece que "*se entenderá que concurren las causas… cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"*.

Una de las consecuencias que puede emerger tras estos cambios es que el empresario tendrá más discrecionalidad para decidir qué vicisitud, modificación sustancial, siempre que la misma no conlleve un cambio de modalidad contractual, o reducción temporal de la jornada en casos de reestructuración[50], quiere utilizar para conseguir la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técni-

[49] Hasta la entrada en vigor del RDL 10/2010 el artículo 51.1 ET establecía lo siguiente, "*se entenderá que concurren la causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos*". Asimismo, en el artículo 52.c), que también podría servir como criterio interpretativo a la hora de delimitar la causa habilitante del artículo 47 ET, se establecía que el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, mientras en la normativa que entra en vigor el 17 de junio de 2010 existe una remisión a las causas previstas en el artículo 51.1 ET.

[50] Vid. apartado 2.1.

cas, organizativas o de producción; y otra que estas modificaciones en la entidad de la causa del artículo 51 ET y del 52.c) ET pueden facilitar una mayor utilización de mecanismos de flexibilidad externa, fundamentalmente despidos objetivos individuales, en lugar de los de flexibilidad interna regulados en el artículo 47 ET.

En conclusión, el supuesto habilitante para la aplicación del artículo 47.2 ET, que permite la reducción de la jornada de trabajo para ajustar el quantum de trabajo a las circunstancias temporalmente adversas de una empresa, debe ser analizado de forma casuística. Para ello, se deberá verificar la concurrencia de los elementos definitorios de esta vicisitud, la cuantía de la disminución de la jornada, y correlativamente de la retribución, que debe estar comprendida entre un 10 y un 70% de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, la situación negativa, su carácter sobrevenido, temporal y la conexión entre la situación de la empresa, la medida propuesta y la contribución de la misma a la superación de la coyuntura negativa. Se debe hacer hincapié en la coyunturalidad y temporalidad que caracteriza a la vicisitud regulada en el artículo 47 ET, para dotarla de una autonomía y sustantividad propia.

3.2. Procedimiento

La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto para la suspensión del contrato de trabajo (art. 47.2 ET). A su vez, el procedimiento para suspender el contrato de trabajo por estas causas es remitido al desarrollado para los despidos colectivos en el artículo 51 ET. Por lo tanto, es necesario seguir el procedimiento administrativo especial establecido en el artículo 51 ET y su normativa de desarrollo, el RD 43/1996, de 19 de enero, relativo a los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, así como las pequeñas especialidades dispuestas para el procedimiento suspensivo.

Consecuentemente, para disminuir la jornada de trabajo en un proceso de reestructuración empresarial, se debe abrir un período de consultas entre empresa y representantes de los trabajadores, con el objeto de concluir un expediente de regulación de empleo, que deberá ser autorizado por resolución de la autoridad laboral y, en caso de que no se concluya ese acuerdo, deberá ser la autoridad laboral la que emita la resolución estimatoria o desestimatoria.

El procedimiento sólo puede ser iniciado a instancia del empresario, no estando legitimados para ello los representantes de los trabajadores[51]. La jus-

[51] El artículo 51.9 ET permite que los representantes de los trabajadores inicien este procedimiento, cuando la pasividad del empresario pueda lesionar los derechos de los trabajadores, peligrando, por ejemplo, sus indemnizaciones. Esta posibilidad no es extrapolable a la vicisitud regulada en el artículo 47.2 ET, dado que su carácter temporal, coyuntural, no originará una situación extrema de este tipo.

tificación de este procedimiento se encuentra en la necesidad de controlar de forma pública esta medida coyuntural, teniendo en cuenta el coste público que comporta, esencialmente el derivado de las prestaciones de desempleo. Se ha discutido la conveniencia de restringir este procedimiento sólo a algunos supuestos de suspensión y ahora también reducción, abogándose por la introducción de procedimientos más rápidos para EREs de este tipo terminados con acuerdo[52] o distinguiendo entre EREs con una dimensión colectiva y que afecten de forma significativa a los trabajadores seleccionados, que sí que requerirían el procedimiento administrativo citado, y los restantes. Sin embargo, la reforma introducida no ha optado por esto y precisa que el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión [art. 47.1.a) ET], persistiendo, por ende, su carácter general y no introduciéndose la agilidad requerida en algunos supuestos más simples. Por ejemplo ante la necesidad de reducir la jornada de trabajo de tres trabajadores de una empresa con veinte, y siempre que la misma no conlleve el cambio de modalidad contractual, el empresario procurará articular una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que no exige período de consultas ni la intervención de la autoridad laboral; o bien descartará la reducción de jornada y optará por utilizar una medida de flexibilidad externa, ejecutando despidos basados en las causas del artículo 52.c) ET, que exigen la acreditación de la misma causa, sin un carácter coyuntural, y no requieren el seguimiento del procedimiento administrativo indicado, pudiendo incluso el empresario a continuación proceder a una nueva contratación a tiempo parcial.

En lo que se refiere al período de consultas ligado al expediente de regulación de empleo hay que resaltar las especialidades vinculadas al mismo.

Por un lado las partes, los representantes de los trabajadores y el empresario. Dado que el procedimiento aplicable se remite al establecido en el artículo 51 ET, con una dimensión colectiva, se parte de la base de que siempre van a existir representantes legales de los trabajadores, tanto unitarios como sindicales. Sin embargo, los supuestos de reducción de la jornada de trabajo son operativos en todas las empresas o centros de trabajo, sea cual sea su dimensión, lo que permite que en una empresa con cinco trabajadores, en la cual no ha sido elegido representante unitario alguno, no exista interlocutor frente al empresa-

[52] En este sentido Sempere Navarro, A., "Planes de reforma laboral…", op.cit., pág. 28. Para delimitar la dimensión colectiva de esta vicisitud se podrían utilizar los criterios cuantitativos temporales aplicables a los traslados, modificaciones sustanciales y despidos de carácter colectivo. La suspensión tendría dimensión colectiva cuando en un período de noventa días afectase, como mínimo, a diez trabajadores en las empresas que ocupen a menos de cien, al diez por ciento del número de trabajadores en las empresas que ocupen entre cien y trescientos o a treinta trabajadores en las empresas que ocupen a trescientos o más.

rio. En estos casos, se deberá aplicar, en una interpretación analógica, la previsión establecida para los artículos 40 y 41 ET. El artículo 41.4 ET[53] señala que, sin perjuicio de los procedimientos específicos que pudieran establecerse en la negociación colectiva, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, los trabajadores podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma[54].

Por otro su duración, que se reducirá a la mitad [art. 47.1.b) ET]. Sin embargo, aunque legalmente se indique la disminución de su duración a la mitad, lo que significaría 15 días en empresas de 50 o más trabajadores y 8 días en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores, reglamentariamente se ha eliminado la diferencia en función del tamaño de la empresa, estableciéndose una duración del período de consultas, en todo caso, de quince días naturales [art. 20.a) RD 43/1996][55].

Finalmente su contenido, que deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente, la coyunturalidad de las circunstancias sobrevenidas que originan la situación, su afectación a la esfera económica, técnica, organizativa o productiva de la empresa, y sobre 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.

En el contenido de las consultas debe ser precisado tanto la forma de la reducción de jornada que se quiere aplicar, es decir su alcance cuantitativo y su ubicación temporal, como la selección de los trabajadores afectados. Sobre este último aspecto el empresario tiene una relativa discrecionalidad, ya que no debe especificar una lista nominativa de los mismos, sino que basta con indicar su número, categoría profesional, y, en su caso, delimitar los criterios de se-

[53] El artículo 51.3 ET remite al artículo 41.4 ET en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, a los efectos de que los trabajadores puedan atribuir su representación para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo.

[54] En los estos casos, sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. En los casos en los que los miembros de la comisión sean designados por los sindicatos el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviere integrado.

[55] Tras la adopción del RDL 10/2010 y su homóloga Ley 35/2010, este plazo es similar al fijado, de forma improrrogable, para los procedimientos de dimensión colectiva regulados en los artículos 40 y 41 ET.

lección utilizados, para dejar a salvo la preferencia de permanencia establecida para los representantes de los trabajadores, legales y sindicales, y otras posibles reglas de preferencia establecidas por convenio colectivo, y para eludir toda conducta discriminatoria.

Las precisiones anteriores son importantes, en la medida en la que lo proyectado por la empresa, en la fase de negociación, deberá superar un juicio de razonabilidad, que permita contrastar que su aplicación contribuye a superar la dificultad coyuntural que afronta la empresa y que no existen medidas alternativas menos gravosas. Asimismo, la forma de la disminución de la jornada propuesta y su ubicación temporal, es decir dos horas menos de trabajo al día durante dos meses, dos días menos de trabajo a la semana por un período de tres meses, dos meses de no trabajo…, tiene gran relevancia en la negociación entre empresa y representantes, pues además de verificar su funcionalidad, las partes procurarán contrastar los efectos para los trabajadores afectados, fundamentalmente si tienen acceso a la prestación de desempleo, total o parcial, o no.

Para llevar a cabo el período de consultas de la forma más eficiente posible es exigido que el empresario facilite las informaciones necesarias, y su correlativa documentación acreditativa, tanto a los representantes de los trabajadores como a la Administración. El artículo 47.1.b) ET establece que la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen, precisando su apartado c) que la autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. De ello se deducen varias consecuencias. La primera, la simplificación de la documentación requerida, en términos legales la estrictamente necesaria, y la obligatoriedad de que de la misma se desprenda tanto la concurrencia de la causa alegada como la acreditación de que se trata de una situación coyuntural de la empresa [art. 20.b) RD 43/1996]. La segunda, que no existe precisión específica alguna alrededor de la documentación concreta que debe ser aportada en estos supuestos[56]. Hay una remisión expresa a la normativa reglamentaria y, no existiendo previsión específica para las vicisitudes reguladas en el artículo 47 ET, sólo se puede mencionar lo establecido por el artículo 6.1.a) RD 43/1996, que exige al empresario la entrega de una memoria explicativa de las causas, acompañada de toda la documentación que a su derecho convenga. A estos efectos, se indica que si la causa alegada es económica, se deberá entregar la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los últimos tres años, y si es técnica, organizativa o de

[56] Blasco Pellicer, A., *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 464.

producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa(s) alegadas, las medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa. Por lo tanto, del precepto reglamentario se deduce la necesidad de realizar una auditoría en la empresa, si bien esta exigencia parece excesiva para acreditar la solicitud temporal de la reducción de la jornada de trabajo regulada en el artículo 47.2 ET. A no ser que sea imperativa la realización de la auditoría en la empresa, a causa de la normativa mercantil, debería bastar con la información contable de la empresa para reflejar de forma fiel la situación económica y financiera que origina la solicitud de esta vicisitud. En cualquier caso, la determinación de los documentos a entregar a la Administración y a los representantes está abierta a cierta discrecionalidad, al no existir una mayor precisión en la normativa.

Otra materia importante en el período de consultas será el estudio del plan de acompañamiento social que, en su caso, presente la empresa. La elaboración de este plan no es obligatorio en todas las empresas, sólo en las de cincuenta o más trabajadores, si bien a causa de las bonificaciones resultantes de la aplicación de medidas que pueden integrar su contenido, lo más lógico es que las empresas inmersas en estas circunstancias procuren introducir medidas de este tipo en el marco del proceso de negociación del expediente de regulación de empleo[57]. En efecto, está en vigor la bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes[58], durante el tiempo de duración de la reducción autorizada de forma temporal por la autoridad laboral, sin superar los 240 días por trabajador y siempre y cuando el empresario se comprometa a mantener en el empleo a los trabajadores afectados durante al menos un año[59] con posterioridad a la reducción autorizada. Esta bonificación puede ser ampliada hasta el 80% cuando la empresa, en los procedimientos de regulación

[57] En el artículo 51.4 ET, tras la Ley 35/2010, se precisa que el período de consultas deberá versar, entre otras materias, sobre la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

[58] Medida introducida en el artículo 1.2 bis Ley 27/2009, de 30 de diciembre. Sobre su régimen jurídico, Mella Méndez, L., "Comentarios de urgencia a una norma de urgencia…", op.cit., págs.. 29 a 34; Panizo Robles, J.A., "Medidas laborales contenidas en el Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas", Tribuna Social, nº220, 2009, pág. 13. Esta medida es aplicable a las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el uno de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010.

[59] En la Ley 35/2010 se indica que el compromiso de mantenimiento del empleo de los trabajadores a que se refiere el apartado 2 será de seis meses cuando se trate de acuerdos concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

de empleo que hayan concluido con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como acciones formativas durante el período de suspensión de contratos o de reducción de jornada cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa[60]. A mayor abundamiento, tras la adopción de la Ley 35/2010 se ha precisado que "*durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad"* (art.47.4 ET).

De este modo, siguiendo la línea del artículo 47.4 ET y del artículo 6.1.c) RD 43/1996, para atenuar las consecuencias y, en su caso, disminuir los efectos del expediente de reducción para los trabajadores se podrían introducir medidas dirigidas a la readaptación o a la conservación de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupos de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza.

Una de las medidas que tienen un fácil encaje en el plan de acompañamiento social sería la citada de forma expresa por la normativa, la oferta de acciones formativas a los trabajadores afectados con un doble objetivo, reciclar al trabajador para que, por ejemplo, a su reingreso pueda asumir posibles modificaciones realizadas y eluda la posible aplicación de la causa de despido prevista en el artículo 52.b) ET, la falta de adaptación a modificaciones técnicas del puesto de trabajo; o facilitar su mejora profesional, proporcionándole una formación polivalente que aumente su empleabilidad, y una mejor capacidad de reacción ante posibles cambios técnicos, organizativos o de producción futuros[61]. Una de las bases de las relaciones laborales de los próximos años es

[60] En la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 35/2010 se precisa que las empresas que hayan instado expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación a 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, podrán beneficiarse de la ampliación del derecho a la bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes a que se refiere el artículo 1.2.bis) Ley 27/2009, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en esta Ley. En todo caso, el incremento de porcentaje de bonificación únicamente podrá aplicarse respecto de las cotizaciones devengadas con posterioridad a 18 de junio de 2010. .

[61] Vid. Toscani Giménez, "Algunas propuestas de reforma del Derecho del Trabajo como punto de partida para el diálogo social", AS, nº5, 2009, pág. 155, que aboga por las medidas de acompañamiento social de los despidos colectivos hicieran posible la empleabilidad de los trabajadores afectados por estas causas, el lugar de centrarse en el plan estrictamente económico.

la formación continua, dado que la cualificación de los trabajadores necesita ser actualizada y adaptada de forma permanente a los cambios tecnológicos y de otro tipo que surgen continuamente, y con una orientación de este tipo se consigue conectar la gestión de la reestructuración con las políticas activas de empleo[62]. A estos efectos, resultara muy importante la capacidad de financiación empresarial y la implicación de la Administración en esta tarea. Actualmente son escasas las empresas que utilizan los fondos de formación de sus empleados mediante la deducción de las cuotas de la Seguridad Social, y a medio plazo debería cambiar esta cultura empresarial[63].

Tras el desarrollo del período de consultas puede existir un acuerdo, que introducirá una regulación ajustada al caso concreto, y que deberá ser autorizado por la autoridad laboral en los siete días naturales siguientes, a menos que ésta advierta fraude, dolo, coacción o abuso de derecho y remita el expediente de regulación de empleo a la vía judicial, que será la que resuelva el particular a través del procedimiento de oficio. Ante el acaecimiento de discrepancias durante el período de consultas, es posible que las partes sometan las mismas a mecanismos de solución privada, con fórmulas de conciliación, mediación o arbitraje, bien por previsión expresa de su obligatoriedad a través de cláusulas en convenio colectivo (art. 85.1 ET), o bien porque las partes se sometan a las mismas en el supuesto concreto (disposición adicional 13ª ET). En caso de que se produzca una solución por vía arbitral, el laudo tendrá eficacia vinculante para las partes, debiendo ser homologado por la autoridad laboral[64].

Si existe desacuerdo tras el período de consultas, la autoridad laboral deberá dictar resolución estimatoria o desestimatoria, en todo o en parte de la solicitud empresarial. En estos casos, se traslada a la autoridad laboral la actividad de analizar si de la documentación se desprende razonablemente que la medida temporal solicitada por la empresa es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. De forma

[62] Vid. en este sentido el IV Acuerdo Nacional de Formación, de 1 de febrero de 2006, el RD 359/2007, de 23 de marzo, que regula el subsistema de formación profesional para el empleo y la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, que lo desarrolla y regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y establecimiento de las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

[63] El informe *Mejor empleo para crear más empleo*, presentado en 2010 por un grupo de expertos al Consejo Económico y Social, resalta la falta de efectividad de las políticas de formación en España. Sólo se forman un 32% de los ocupados en España, mientras que en la Unión Europea reciben cursos profesionales más de la mitad de los asalariados. A mayor abundamiento, el porcentaje de desempleados que realizan un recorrido formativo para mejorar su empleabilidad se reduce en España al 13.8%.

[64] En la regulación introducida en la Ley 35/2010 se potencia en los procedimientos articulados en los artículos 40 y 41 la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos por la negociación colectiva, por lo que parece una vía en período expansivo en nuestro mercado laboral.

coetánea al desarrollo de las consultas se ha iniciado la tramitación administrativa, fundamentalmente a través del informe requerido a la Inspección de Trabajo y a la entidad gestora de la prestación de desempleo, los cuales deben ser evacuados en el plazo de diez días desde el inicio del período de consultas, por lo que al final del mismo ya deben estar en poder de la autoridad competente para resolver. La resolución administrativa debe ser dictada en los quince naturales siguientes a la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas (art. 12 RD 43/1996), entendiéndose en caso contrario la operatividad del silencio administrativo positivo.

Una última cuestión ha de ser dilucidada en relación a la finalización del procedimiento. La resolución de la autoridad laboral deberá ser motivada y congruente con la solicitud presentada. Y en base al principio de congruencia cabe plantear si es posible que la autoridad laboral autorice medidas distintas a las solicitadas por el empresario, por ejemplo una suspensión del contrato de trabajo cuando se pide una reducción de la jornada de trabajo o a la inversa. Estas dos vicisitudes tienen la misma causalidad, siguen el mismo procedimiento y producen los mismos efectos[65]. Su diferencia se centra en su definición, pues la reducción de la jornada de trabajo está delimitada por los porcentajes fijados en la Ley, entre un 10 y un 70% de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Como ya se advirtió en el apartado anterior, estas dos figuras jurídicas en ocasiones aparecerán mezcladas, pudiendo ser aplicables cualquiera de las dos en algunas situaciones concretas. Por ello, podría ser factible que el empresario solicitara una reducción de la jornada de trabajo, para diez trabajadores, durante dos horas al día dos meses y la autoridad laboral autorizara la suspensión de su contrato, y la exoneración total de su jornada de trabajo, durante dos semanas. En principio estos casos serían admisibles siempre que no supusieran una *reformatio in peius* para los afectados y que se salvaguardara el principio de contradicción, a través del cual los interesados en el plazo establecido pudieran, en su caso, formular las alegaciones o pruebas que estimaran convenientes[66]. La Administración, en su caso, podría autorizar una medida distinta a la requerida por el empresario, siempre y cuando la documentación obrante en el expediente de forma razonable lo permitiera. No obstante, a nues-

[65] Más discutible aún es la posibilidad de autorizar al empresario a suspender o reducir cuando haya solicitado una extinción contractual, ya que estos casos suponen la adopción de una medida distinta y no una estimación o desestimación parcial de la solicitud empresarial. En este sentido Del Rey Guanter, S., "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52.c) ET", en AA.VV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 206 y Prado de Reyes, F., "Despidos Colectivos", en AA.VV., La reforma laboral de 1994, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 243.

[66] Cfr. En este sentido Cruz Villalón, J., "Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, y productivas", en AA.VV., *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995, pág. 316.

tro juicio este proceder debería estar muy fundado, la empresa elige la forma de distribuir la reducción de la jornada de trabajo de sus trabajadores según sus intereses, y a no ser que en el control de razonabilidad la Administración detectara una situación atentatoria a la misma o a los intereses públicos, no debería admitirse la intervención modificatoria de la Administración. Lo más habitual será que ésta se limite a homologar el acuerdo alcanzado por las partes en el período de consultas o a estimar o desestimar razonablemente que la medida temporal solicitada por la empresa es necesaria o no para la superación de una situación coyuntural de la misma.

3.3. Efectos

Los efectos de la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción tienen una dimensión tanto laboral como de protección social. Tanto en un ámbito como en otro hay que distinguir el hecho de que la autoridad laboral autorice la ejecución de esta medida, que no produce ningún efecto automático, y la posterior comunicación de la empresa a los trabajadores afectados, que sí que activa unos determinados efectos.

Desde una perspectiva laboral el principal efecto que se produce es la interrupción de la prestación laboral, lo que conlleva para el trabajador la exoneración, total o parcial, de trabajar durante un determinado plazo de tiempo, y para el empresario la exención del abono de la retribución que corresponda a ese período de no trabajo. El trabajador verá reducida su jornada laboral entre un 10 y un 70% en un módulo diario, semanal, mensual o anual, y correlativamente recibirá la retribución que corresponda al porcentaje de jornada realizado. La estructura del salario del trabajador afectado dependerá de la forma de desarrollo de la reducción de jornada. Por ejemplo, si se le reduce su jornada diaria en dos horas tendrá derecho al cobro de su salario ordinario, salario base y complementos, reducido de forma proporcional, si bien algunos pluses extrasalariales no deben ser aminorados proporcionalmente, como un plus de transporte. Sin embargo, cuando la reducción de la jornada consista en la exoneración de dos meses de trabajo de un año, lo que está incluido entre el 10 y el 70% de la jornada anual, no se cobrará retribución alguna en ese período, ni un plus como el de transporte dado que no hay ningún desplazamiento en el mismo.

El disfrute de los períodos de descanso también vendrá determinado por la forma de desarrollar la jornada reducida, la cual por definición tendrá más espacios de no trabajo. En principio se mantiene el derecho de los trabajadores afectados a disfrutar del descanso diario, semanal, mensual y anual, sin perjuicio de su retribución proporcional, si bien habrá que analizar el engarce de cada periodo de descanso con el trabajo reducido, para verificar el derecho a su disfrute o no.

El disfrute del descanso diario será por igual para todos los trabajadores, ahora bien si se trabajan menos de seis horas en la jornada diaria no se tendrá derecho al denominado *"descanso para el bocadillo*", a menos que se hubiera establecido alguna disposición más favorable en el propio acuerdo de reducción de jornada, en el convenio colectivo aplicable o en el contrato de trabajo. El trabajador que trabaje todos los días menos horas disfrutará del mismo descanso semanal, mientras que el que trabaja sólo algunos días completos puede que absorba los períodos de descanso en los de inactividad. El disfrute del descanso anual deberá garantizarse en los casos en los que se realice una jornada diaria reducida, no pudiendo afirmarse lo mismo en el resto de supuestos, en los cuales o bien la distribución irregular de los días de trabajo o bien la no prestación de trabajo en un período prolongado de tiempo darán lugar a que se origine una situación en la que durante un mes no se trabaje, pudiendo solaparse con el de vacaciones. Por último, respecto a los permisos retribuidos, es claro el acceso por igual de los trabajadores incluidos en un expediente de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El artículo 37.3 ET no condiciona los permisos a una determinada duración de la jornada del trabajador, y, en su caso, su proporcionalidad sólo será lícita tras verificar la adecuación funcional de la modulación al permiso en cuestión y cuando así lo prevea el convenio colectivo aplicable. No obstante, al existir una jornada reducida será más habitual que se solapen el momento del acaecimiento del permiso y el período de inactividad, por lo que será más usual que el desarrollo de las actividades inherentes a la causa del permiso puedan realizarse sin su solicitud.

Durante la disminución de la jornada de trabajo es posible que el trabajador desarrolle otro trabajo por cuenta ajena o propia. De ello no se deduce que renuncie a su trabajo reducido, ni la existencia de una causa de despido[67]. Únicamente mencionar en estos supuestos la sujeción del trabajador al deber de buena fe, lo que le obligará a no concurrir con la actividad de la empresa y al cumplimiento, en su caso, del pacto de no concurrencia desleal (art. 21 ET). Con ello, lo que se proscribe es que la vinculación del trabajador a dos empresarios o la simultaneidad de un trabajo por cuenta ajena y propia en funciones análogas puedan causar un perjuicio a la empresa, a causa de que el objeto social de los dos trabajos se dirija a la producción de bienes y servicios para una misma clientela.

Durante el desarrollo de la reducción de jornada temporal también se mantiene el derecho a la formación y promoción profesional [art. 4.2.b) ET]. Es

[67] Blasco Pellicer, A., *Los expedientes de regulación*…, op.cit., pág. 481, entiende que este derecho del trabajador deriva directamente del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, art. 35 CE, y es respaldado por la exigencia de suscripción del compromiso de actividad tras el acceso a la prestación de desempleo.

más el mismo es incentivado, a través de la implementación de una mayor bonificación de las cuotas empresariales por contingencias comunes en los casos en los que el trabajador reciba formación durante la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Eso sí, a raíz de este derecho y de poder realizar otro empleo durante el período de aminoración de jornada pueden darse situaciones tales como que el empresario organice para los trabajadores afectados acciones formativas u otras medidas que favorezcan el mantenimiento del empleo en la empresa, y que algún trabajador no pueda acudir a las mismas a causa de resultar incompatible su horario con el desempeño de otro trabajo por cuenta ajena.

Desde la perspectiva de la Seguridad Social el efecto más importante que se genera es el acceso a la prestación de desempleo, es decir, cuando se cumplen los requisitos para ello[68]se garantiza una cobertura económica suficiente para los trabajadores involuntariamente inactivos.

Según el artículo 208.2 LGSS se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se suspenda la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal. Y en el artículo 203.2 se precisa que se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente. El segundo artículo ha sido modificado por el RDL 10/2010, y, correlativamente, en el artículo 208.2 se debería haber incluido una mención expresa a que la situación legal de desempleo surgirá cuando se suspenda la relación laboral o se reduzca la jornada laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en un procedimiento concursal.

Como desempleo parcial se entiende la reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo en los términos del artículo 203.3 LGSS, que precisa que el desempleo será parcial "*cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción"*[69]. Entendiéndose por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria sólo aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

[68] Vid. artículo 207 LGSS.

[69] Correlativamente, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 211.4 LGSS, la prestación será proporcional a la disminución de jornada. Y del mismo modo, la base de cotización que se debe abonar en esta situación también será disminuida en proporción a la reducción de jornada producida.

El RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la protección por desempleo, establece que la situación legal de desempleo se acredita cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte, en virtud de autorización conferida al empresario para reducir la jornada de trabajo de sus trabajadores en expediente de regulación de empleo (art. 1.4). Por lo tanto, el precepto reglamentario debe ser modificado para ser ajustado a la normativa legal. Asimismo, el artículo 1.3 del reglamento indica que la situación legal de desempleo se acredita cuando se suspenda el contrato de trabajo en virtud de autorización conferida al empresario por expediente de regulación de empleo, debiendo incluirse en este artículo una mención expresa a la reducción de la jornada de trabajo. En estos casos debe ser aclarado que la situación legal de desempleo[70] no nace cuando se autorice el expediente de regulación de empleo por la autoridad laboral, pues la reducción de jornada será efectiva, y por ende sus efectos, cuando el empresario comunique a los trabajadores su aplicación.

Hasta ahora la prestación de desempleo parcial[71] ha estado concebida para los casos de reducción temporal de la jornada de trabajo, de horas o días de trabajo, autorizados por la autoridad laboral en expediente de regulación temporal. Sin embargo, actualmente, dada la amplia definición dada a la reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el artículo 47.2 ET, cabe tanto que la misma proporcione acceso a una prestación de desempleo parcial como total, dependiendo de la forma en la que se articule la reducción de la jornada de trabajo.

Asimismo, se mantiene la situación anterior, según la cual sólo acceden al desempleo parcial los trabajadores afectados por una reducción temporal de jornada aprobada por la autoridad laboral en expediente de regulación de empleo, sin incluir a las disminuciones de jornada temporales no autorizadas tras un expediente de regulación de empleo, a las reducciones de jornada definitivas, ni a los supuestos en los que la reducción de la jornada de trabajo se extienda al período que resta de vigencia del contrato de trabajo, no existiendo una justificación razonable para estas exclusiones[72].

A través del RDL 2/2009, posteriormente homologado por la Ley 30/2009, de 30 de diciembre, se han introducido dos medidas de Seguridad Social que

[70] A efectos procedimentales, los trabajadores deberán solicitar la prestación de desempleo en la Oficina de Empleo correspondiente, en el plazo de quince días contados a partir del siguiente a aquel en el que se haya producido la situación de desempleo (art. 21.1 RD 625/85).

[71] En la Ley 35/2010 se ha introducido un apartado 5 al artículo 210 LGSS, según el cual "*en el caso de desempleo parcial, la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días. A tal fin, el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada"*.

[72] Cfr. STC 213/2005, de 21 de julio, que aún apreciando la poca coherencia de esta regulación, que deja sin protección a situaciones de paro forzoso, no aprecia vulneración del artículo 14 CE.

incentivan el uso de expedientes de regulación de empleo no extintivos, es decir, de reducción de la jornada de trabajo o suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por un lado, la bonificación en un 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes, dado que durante este período deben cotizar a la Seguridad Social tanto el empresario como el trabajador. Y, por otro, la reposición de la prestación de desempleo, total o parcial, de nivel contributivo disfrutada por los trabajadores que, tras la reducción de su jornada de trabajo a través de un expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal[73], en un segunda resolución administrativa de ERE o judicial en procedimiento concursal son despedidos o bien ven cómo se extinguen sus contratos al amparo del artículo 52.c) ET; y la de la prestación de desempleo disfrutada por los trabajadores afectados por una primera suspensión de contrato o reducción de jornada que, habiendo agotado la prestación y no habiendo generado derecho a nueva prestación contributiva, son destinatarios de un segundo expediente de regulación de empleo en el que se acuerda una nueva suspensión contractual o reducción de jornada[74].

En el RDL 10/2010 se reafirman estos incentivos, ampliándolos. La bonificación de la cuota empresarial, cuando la reducción de jornada ha sido acordada entre representantes y empresario en el período de consultas, puede alcanzar el 80% si la empresa incluye en el procedimiento medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como la organización de actividades formativas u otras de análoga naturaleza. Y se han aumentado el número de días de reposición de la prestación por desempleo, pasando su tope máximo de 120 a 180, en los casos en los cuales tras una primera suspensión o reducción de jornada se autorice la extinción de los contratos en nuevo expediente de regulación de empleo, en resolución judicial en procedimiento concursal, o bien tras la aplicación del artículo 52.c) ET. Y siempre y cuando las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el uno de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011 y que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.

[73] El artículo 64 de la Ley Concursal establece, tras la reforma realizada por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, que los procedimientos de suspensión, modificación o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso mediante auto, se tramitarán ante el Juez del Concurso según las reglas establecidas. Anteriormente estos procedimientos debían ser instados antes el Juez del Concurso desde la solicitud del concurso. De esta forma dado que entre la solicitud del concurso y el auto declaratorio transcurre un período de tiempo, es posible la tramitación más rápida del ERE por vía laboral.

[74] Vid. de forma amplia Cavas Martínez, F., y Fernández Orrico, F., "Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas", AS, Volumen 2, nº2, 2009, pág. 26 y ss.

Estas medidas son positivas, pues de modo efectivo procuran fomentar vías de flexibilidad interna frente a las externas. No obstante, el carácter de las mismas es meramente temporal[75], y, por lo tanto, el legislador, a pesar de sus costes, si realmente quiere llevar a cabo el propósito planteado debería apostar por su continuidad.

4. CONCLUSIONES

En los dos últimos años se ha producido una amplia destrucción de empleo en nuestro mercado de trabajo. Es decir, ante la coyuntura económica existente las empresas han optado por utilizar mecanismos de flexibilidad externa, fundamentalmente despidos y no renovaciones de contratos, en lugar de los de flexibilidad interna. La reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción en supuestos de reestructuración empresarial es un ejemplo de flexibilidad interna. Por medio de la misma se conserva el empleo de los trabajadores afectados, manteniendo la empresa su personal cualificado. En las difíciles circunstancias económicas que atravesamos este modelo contribuye a estabilizar las plantillas, si bien parece que su utilización es más acorde a un tejido productivo en el que abunde el sector industrial, como el alemán, y no el servicios, como el español.

La regulación sustantiva de esta vicisitud ha de ser acogida positivamente, fundamentalmente la flexibilidad de su delimitación y el contenido de las diversas medidas que fomentan su uso. No obstante, hay que resaltar que estas últimas, que esencialmente son las bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social y el derecho a la reposición de la prestación por desempleo, tienen una duración temporal, lo que no parece muy acorde al propósito de impulsar y hacer atractiva esta medida de flexibilidad interna en nuestro mercado de trabajo.

A su vez, los cambios realizados sobre la causa del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, permitiendo que pueda estar fundada en la mejora de la situación de la empresa o incluso en la prevención de situaciones futuras de la misma, tienen importantes repercusiones. Esencialmente en supuestos en los que el número de trabajadores afectados es reducido al empresario le resultará más sencillo utilizar una medida de flexibilidad externa, el despido regulado en el artículo 52.c) ET, que una medida de flexibilidad interna como la reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

[75] La duración de la bonificación será coincidente con la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador y serán aplicables a las solicitudes e regulación de empleo presentadas desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010.

La reducción temporal de la jornada de trabajo, como medida de ajuste del empleo en situaciones de crisis, es una herramienta positiva, pues se conserva el empleo de los afectados y, en adición, se fomenta su formación durante ese período. No obstante, queda pendiente la agilización de su procedimiento en supuestos en los que sean afectados pocos trabajadores y una mayor precisión de su causa habilitante, pues de lo contrario seguirá siendo una medida de flexibilidad interna poco utilizada en nuestro mercado laboral.

LA REFORMA DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

José María Goerlich Peset

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Reforma laboral, extinción del contrato**

Un elemento esencial en la reforma laboral de 2010 es la modificación de la disciplina de la extinción del contrato de trabajo. Es muy importante la reforma de la causalidad de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que aspira a superar los problemas de funcionamiento que presenta esta institución. En el diseño legal, esta medida, junto con la puesta en marcha de un fondo que asuma parcialmente las indemnizaciones, permite equilibrar los costes del ajuste de plantilla entre fijos y temporales y, con ello, contribuye a la superación de los factores jurídicos que alimentan la dualidad del mercado de trabajo.

La idea parece buena, aunque también insuficiente. Aparte la posible introducción de ulteriores correcciones en la ordenación de despidos objetivos y colectivos en el terreno procedimental y social, debería repensarse la tendencia de favorecer las reestructuraciones de plantilla mediante el recurso a los despidos improcedentes. Medidas como la universalización del contrato de fomento de la contratación indefinida o las previsiones de subvencionar los despidos improcedentes, olvidando que el empresario protagoniza en ellos una conducta antijurídica, resultan en este sentido perturbadoras.

ABSTRACT **Key Words: Labour reform, extintion of contract**

A key element of the 2010 labour reform is the modification of the employment contract extinction.

It is quite important the changes introduced in the reform as regard the causes of dismissal, dismissal by economic, technical, organisational and production reasons aiming to overcome problems that the institution has.

This measure, considering its legal design, along with the reserved funds to cover dismissal's compensation, will allow an equilibrium as regards the costs of adjustments in temp and fixed jobs, and with that, contributes to the lower judicial barriers that foster the duality of the employment market.

The idea seems good but insufficient. Besides the introduction of the objective dismissals and collective dismissals in the procedure in a social field, it shall be rethought those trends to seek restructuring process through a recourse of unfair dismissal. The measures such as universal agreement (with 33 days per year worked) (universalizacion del contrato de trabajo) and try to foster that companies offer stable jobs while hiring new employees or to allocate funds to compensate unfair dismissals, and forget that the companies are breaking the judicial regime is quite annoying.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 265-302

ÍNDICE:

1. Una nueva reforma de la extinción del contrato de trabajo
2. Modificaciones del despido objetivo por absentismo
3. La nueva regulación del despido económico
  3.1. Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
    3.1.1. La reunificación del régimen causal del despido económico
    3.1.2. La nueva definición de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción
  3.2. El control externo de la causalidad de las decisiones empresariales
    3.2.1. *La carga probatoria del empresario*
    3.2.2. *De la «mínima razonabilidad» a la «razonabilidad»*
    3.2.3. *La nueva regulación de las finalidades de las decisiones extintivas*
  3.3. La desaparición de la exigencia de "amortización" y su relevancia
  3.4. Los procedimientos extintivos
    3.4.1. El despido objetivo: aspectos procedimentales y procesales
    3.4.2. Las reformas del expediente de regulación de empleo
4. Una nueva actuación sobre los costes del despido improcedente: la reforma del contrato de fomento de la contratación indefinida
  4.1. Aspectos generales
  4.2. Los límites a la utilización del contrato
  4.3. El reconocimiento empresarial de la improcedencia y su tratamiento
  4.4. El ámbito subjetivo del contrato
    4.4.1. Nuevos colectivos de desempleados: ¿qué desempleado no puede hacer un contrato de fomento?
    4.4.2. La transformación de contratos temporales
5. La socialización del coste del despido
  5.1. Aspectos generales: el futuro establecimiento del Fondo de capitalización
  5.2. La intervención transitoria del Fondo de Garantía Salarial en los despidos: puntos críticos
6. Balance y perspectivas
Bibliografía citada

1. UNA NUEVA REFORMA DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Durante mucho tiempo, nuestro sistema se ha basado en la llamada flexibilidad «en el margen»: las demandas empresariales de adaptabilidad desde finales de los 70 fueron atendidas fundamentalmente en el terreno de la contratación: mientras se extendían las posibilidades de recurrir a contratos de duración determinada, la disciplina del despido de los contratos indefinidos permanecía anclada en la tradición. Se generó con ello una situación que nos acompaña todavía de extensa dualidad del mercado de trabajo, en el que la tasa de temporalidad alcanza cotas muy superiores a las normales en el entorno comunitario.

A partir de la reforma del mercado de trabajo de 1993/1994, es fácilmente detectable un cambio de rumbo: el redimensionamiento del modelo de flexi-

bilidad basado en la «entrada» va acompañado de la apertura de procesos de flexibilización «interna» y en la «salida». No entraré ahora en las sucesivas reformas que desde entonces se han movido en esta última línea: me he ocupado de sintetizarlas y organizarlas en tendencias en otro lugar (cfr. Goerlich, 2008). Lo que interesa en este momento es recordar que, a pesar de ellas, la dualidad de nuestro mercado de trabajo no ha mejorado sustancialmente: aunque ha disminuido respecto de la existente a principios de los 90, no lo ha hecho hasta alcanzar el nivel medio europeo que continúa prácticamente duplicando; y eso que la crisis se ha cebado particularmente en los trabajadores temporales...

La convicción difusa respecto al carácter excesivamente rígido de la normativa sobre despido, cuyo precio se identifica con los cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, así como la «cultura de la precariedad» que se ha instalado en nuestro sistema, impulsa a las empresas hacia la contratación temporal. Es verdad que en rigor tal coste para sólo está previsto para los despidos ilegítimos puesto que para los intimados en interés de la empresa el coste es de 20 días por año, cifra que se aproxima mucho más a los estándares europeos. Sin embargo, el despido en interés de la empresa es una institución anquilosada (Desdentado, 2010.a], pp. 1269 ss.). Aparte los costes procedimentales que los caracterizan, a más de quince años de la reforma de 1994, las empresas continúan percibiendo como un riesgo el recurso a esta vía de ajuste de plantilla. Su funcionamiento real tiene, sin duda, parte de la responsabilidad. De entrada, existen especiales reglas procedimentales, tanto para el despido objetivo (preaviso) como, sobre todo, para el colectivo (expediente de regulación de empleo), que empujan los costos hacia arriba, reduciendo la aparentemente elevada diferencia entre los 20 y los 45 días. Pero, sobre todo, la aplicación judicial del despido económico es incierta, puesto que coexisten en el ámbito de jueces y magistrados distintas concepciones en cuanto al alcance que debe ser asignado al control causal que permite el Estatuto de los Trabajadores –y, aunque poco sabemos sobre la aplicación administrativa, hay que sospechar que se mueve en terreno similar–. Es cierto que la Sala de lo social del TS se ha decantado por una lectura flexible de sus causas (Moliner, 2010). Pero no lo es menos que, durante los primeros años, y aún hoy, han coexistido en jurisprudencia y, sobre todo, en doctrina judicial dos visiones sobre el sentido del despido en interés de la empresa, una más «fisiológica» y otra más «patológica».

Esto hace que los empresarios consideren como vía principal de ajuste, aparte la extinción de los contratos temporales, el despido acausal indemnizado o despido exprés. Así lo muestran las estadísticas (Desdentado, 2010.b]). El despido disciplinario permite, una vez eliminados los costes de tramitación, extinguir cualquier contrato sin tener que pasar ningún control judicial, aunque al elevado coste de 45 días –ó 33 en el caso del contrato de fomento de la contratación indefinida–. El legislador –que ha coadyuvado estos años con un

incesante proceso de la reducción de costes del despido ilegítimo a través de la eliminación de los sustanciación y de la generación del contrato de fomento– así como los tribunales –que dan facilidades para el uso de esta vía– han sido desde luego cómplices en la consolidación de la primacía de esta vía extintiva, cuyo resultado final es un coste relativamente elevado del ajuste (Rodríguez-Piñero, 2009).

Estas cuestiones han estado presentes a lo largo del extenso proceso de diálogo social que, tras su ruptura, ha desembocado en la aprobación del RDL 10/2010, de 16 de junio. Primero, en el debate académico; después, directamente sobre la mesa de negociación. Por lo que se refiere a aquél, basta recordar el diagnóstico común presente en la *Propuesta para la reactivación laboral en España* de abril de 2009 y en la declaración sobre *El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible* de junio siguiente, sin perjuicio claro está de las propuestas discrepantes. Por su parte, los documentos gubernamentales de la última fase del diálogo social se han movido en la misma línea. Las *Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social* de 5 de febrero de 2010 –en consideraciones que se reiteran en el posterior *Documento de trabajo* de 12 de abril– apuntan, en efecto, a la dualidad como principal problema de nuestro mercado de trabajo y aspiran a situar la "contratación estable como elemento central del nuevo sistema de crecimiento económico y de nuestro sistema de relaciones laborales". Por ello, tras reconocer "que las medidas de todo orden adoptadas desde hace años para corregir esta deficiencia de nuestro mercado de trabajo… han resultado ineficaces", se plantea la necesidad de actuar "simultáneamente y con similares niveles de intensidad" en la doble línea de racionalizar la contratación temporal y desincentivar su uso injustificado y de propiciar la de carácter indefinido: puesto que una y otra "son dos caras de la misma moneda…, resulta obvio que las (medidas) dirigidas a combatir la contratación temporal injustificada deben acompañarse, necesariamente, de medidas que hagan más atractiva para las empresas la contratación indefinida". Y entre éstas adquieren un papel importante, aunque no exclusivo, las relacionadas con la disciplina de la extinción del contrato de trabajo.

Ni que decir tiene que estos planteamientos han acabado incorporándose, a pesar del fracaso del diálogo social, a la reforma laboral articulada provisionalmente por el RDL 10/2010 y, de forma definitiva tras su tramitación parlamentaria, por la Ley 35/2010, de 19 de septiembre. Objetivo principal de esta norma es, según su Exposición de Motivos (ap. II), "reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad". A estos efectos, se establecen una serie de medidas, agrupadas en el Capítulo I, en la doble línea de actuar sobre la contratación temporal, art. 1, y sobre la extinción del contrato, arts. 2 y 3. La reflexión que sigue se centrará

en estos dos últimos preceptos así como en otras disposiciones adicionales, transitorias o finales que se encuentren vinculadas con ellas o, más en general, con el tema de la extinción del contrato de trabajo.

2. MODIFICACIONES DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO

Comenzaré precisamente por una rápida glosa de la disp. adic. 20ª Ley 35/2010. dedicada a las "faltas de asistencia al trabajo" y que supone dar nueva redacción a la causa extintiva del art. 52.d) ET que regula el despido por absentismo. La historia de esta innovación ilustra el espíritu de cierta superficialidad con la que se ha abordado esta reforma laboral.

En efecto, el tema del absentismo, de crucial importancia para la productividad, había sido uno de los seleccionados por las ya citadas *Líneas de actuación* para reflexionar en la última fase del diálogo social. Debió aparecer como fuente de conflictos en la mesa de negociación y, por ello, como otros más, se cayó del orden del día. El *Documento de trabajo de abril* lo reenviaba a otro foro, el del Pacto de Toledo, por sus conexiones con la Seguridad Social.

En este contexto, la disp. final 3ª.2 RDL 10/2010, introdujo una limitadísima reforma del art. 52.d) ET que, además, no se relacionaba con el tratamiento del absentismo como problema sino más bien con su valoración en los supuestos de ejercicio de los permisos parentales. El título de la indicada disposición era, en efecto, "Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo" y su virtualidad se agotaba en poner al día el listado de ausencias no computables, añadiendo al ya largo catálogo de ausencias que no resultan computables las situaciones de riesgo durante la lactancia y permiso de paternidad.

La mayor parte de los comentarios del RDL 10/2010 han obviado toda referencia a esta reforma o se han limitado a señalarla, encontrando su justificación en la omisión en las normas que habían introducido estas situaciones de toda referencia a su tratamiento desde el punto de vista del absentismo (Kahale, 2010, pp. 531 y 532) o destacando su superficialidad dada que la protección de estas situaciones vendría igualmente garantizada por normas generales y superiores (Molina, 2010, pp. 59 y 60). En algún caso, con acierto, se realizó una fuerte crítica respecto al contenido en este punto del RDL 10/2010, en atención a la importancia que, como se indicó más arriba, tiene el problema del absentismo y a las claras disfunciones que presenta el art. 52.d) ET. Aparte otras críticas, es claro que su rigidez estructural, en cuanto a las exigencias de las ausencias y a la necesidad de un mínimo volumen de absentismo de conjunto, conduce a dejarlo en una vía muerta y a hacer que para el problema que debería resolver se arbitren otras soluciones (Blasco, 2010, pp. 73 ss.).

Desde esta perspectiva, que comparto, creo que hay que valorar positivamente que durante la tramitación parlamentaria se haya retomado el tema del absentismo: aparte otras modificaciones que afectan a la gestión de la incapacidad temporal, se ha introducido una ulterior modificación en el art. 52.d) ET en la línea de facilitar su uso por las empresas. Y si bien el precepto continúa manteniendo la rigidez estructural que lo ha caracterizado tradicionalmente no puede negarse que se ha suavizado un tanto, al reducirse a la mitad la exigencia de concurrencia de absentismo del conjunto de la plantilla: del 5 % ha pasado al 2,5 %. De todos modos, no estoy en absoluto seguro que esta modificación permita sacar el precepto del limbo aplicativo en el que se encuentra, por lo que valdría la pena considerar con mayor atención su configuración. Hay que tener presente, en este sentido, que las soluciones alternativas a su falta de funcionamiento –el recurso al despido exprés de los trabajadores que entran en IT– puede ser acaso más lucrativo en ciertos casos pero, a mi juicio, también más injusto en muchos de ellos.

3. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESPIDO ECONÓMICO

Uno de los dos núcleos sobre los que pivota la reforma de 2010 en materia de extinción es la importantísima reforma que el art. 2 Ley 35/2010 introduce en el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Cabe notar, sin embargo, que, a pesar de su importancia, tanto el RDL 10/2010 como la Ley 35/2010 hayan querido ocultar su propia existencia. Tan es así que, a propósito de aquél, se ha hablado de "reforma encubierta" del despido económico (Rodríguez-Piñero, 2010), en juicio que podría seguir siendo predicado de la Ley que lo ha sustituido.

La Exposición de Motivos del RDL 10/2010, en efecto, destacaba "que queda incólume la regulación sustantiva del contrato indefinido de carácter ordinario" y que "todas las reformas se centran en la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida". Y estas expresiones se han mantenido en la de la Ley 35/2010. Luego veremos las razones que pueden impulsar al legislador a insistir en esta última idea. Con independencia de ello, es claro que la regulación sustantiva del contrato indefinido ordinario no permanece invariable y la nueva disciplina del despido económico no se limita, como también se afirma en el preámbulo del RDL, a la finalidad técnica de integrar "en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo". Aunque, como se analizará de inmediato, algunas de las reformas de la causalidad se mueven en esta línea, es obvio, de un lado, que no todas ellas se explican en esta clave y también, de otro, que las que sí lo hacen no son por ello neutrales. Por el contrario, tienen una específica

finalidad, aludida también en las Exposiciones de Motivos cuando se habla de "reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación". En palabras llanas, desbloquear la vía de los despidos económicos, sacándola de las dificultades de funcionamiento a las que se han aludido más arriba.

Esta finalidad, por lo demás, se persigue de modo inmediato. A diferencia de lo que ocurre con la contratación temporal, no existe ninguna norma transitoria que limite la aplicación de los preceptos a los que se da nueva redacción a los contratos que se suscriban a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto-Ley. Y ello sin perjuicio de la aplicación a los expedientes en tramitación de la normativa vigente en el momento de su inicio (DT 4ª.1 Ley 35/2010); y, probablemente, de que los despidos objetivos consumados hasta el 18 de junio se les apliquen las reglas anteriores, con independencia del momento en el que se produzca la verificación judicial de la correcta actuación empresarial –puesto que, dado el carácter autosuficiente del despido, debe entenderse perfeccionado antes de su entrada en vigor por lo que, conforme a las reglas generales (arg. *ex* DDTT 1ª y 2ª C.c.), las derogadas continúan siendo de aplicación–.

3.1. Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

3.1.1. La reunificación del régimen causal del despido económico

Sin lugar a dudas, la aportación más importante en esta línea se encuentra en la nueva redacción que la reforma da al art. 51.1 ET, que regula las causas del despido colectivo. Y ello en la medida en que los restantes preceptos que se ocupan de la causalidad del despido económico reenvían a él. Esto es claro para el nuevo art. 51.6 ET, cuya única virtualidad es remitir el control de razonabilidad a desarrollar por la autoridad laboral a los nuevos criterios de definición de aquélla establecidos en el primero. Del mismo modo, y esta es una reforma significativa, la nueva redacción del art. 52.c) ET abandona la que se había introducido en 1997 y que formalmente diferenciaba la noción de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción aplicable al despido objetivo respecto de la prevista para el despido colectivo.

Ni que decir tiene que esta diferenciación, que en su momento se introdujo para corregir algunas desviaciones hacia la rigidez que parecían existir en la aplicación judicial de la reforma de 1994, tenía una virtualidad práctica muy limitada en la medida en que, en la realidad, el control de estas causas a desarrollar en sede administrativa o judicial venía siendo el mismo como demuestra la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el particular (Blasco, 2009, pp. 49 ss.). A la postre pues parece razonable que el art. 52.c) ET haya vuelto a ser una simple remisión al art. 51.1 ET, como ocurría en la redacción que le

dio la Ley 11/1994 –sin perjuicio de la desaparición de la exigencia de "amortización" del puesto a la que luego me referiré (*infra,* 2.3)–.

3.1.2. La nueva definición de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

La reforma de 1994 había sustituido la expresión tradicional desde 1972, "causas económicas o tecnológicas", por un enunciado más rico, "causas económicas, técnicas, organizativas o de producción". Las primeras giraban en torno a la existencia de una "situación económica negativa de la empresa" que, desde los primeros comentarios, había sido equiparada a las pérdidas. En cuanto a las demás, no existía una noción específica habiendo sido la doctrina y la jurisprudencia quienes habían reflexionado sobre ellas a efectos de proceder a definirlas. La reforma de 2010 introduce una doble modificación: de un lado, se amplía la noción de causa económica (a); de otro, se procede a incorporar la reflexión conceptual sobre las restantes causas al texto de la ley (b).

Antes de examinar estas dos modificaciones cabe llamar la atención sobre un aspecto común: la clara intención legislativa de evitar cualquier interpretación reductiva de las causas del despido económico. A pesar de que la formulación jurisprudencial y, ahora, legal, es lo suficientemente amplia como para dar cabida en una u otra a cualquier vicisitud empresarial que razonablemente pueda dar lugar a la reducción de plantilla, el nuevo art. 51.1 ET tiene particular interés en dejar esta idea clara. Respecto de las causas económicas los supuestos que se incluyen son claramente ejemplos que quedan abiertas –como demuestra el uso de la locución "en casos tales como" antes de introducir el listado–. Por su parte, para las demás casos, el párrafo tercero del precepto repite en tres ocasiones, una a propósito de cada uno de los motivos distintos al estrictamente económico, la expresión "entre otros". Es evidente que en una enumeración de elevada abstracción como la que contiene el precepto esta reiteración no tenga otro sentido que remarcar el carácter abierto de las causas que nos ocupan, con el propósito de evitar que una interpretación literal de los términos legales pudiera poner en peligro la finalidad de la reforma.

a) Por lo que se refiere a las causas económicas, como se acaba de anticipar, la interpretación consolidada después de 1994 las concretaba en la existencia de pérdidas, pues a ellas parecían referirse la situación económica negativa a la que se refería el art. 51.1 ET. Por ejemplo, la STS de 21 de julio de 2003 (rec. 4454/2002) indicaba en esta línea que "las causas económicas se refieren a la rentabilidad de la empresa, manifestándose como situaciones de pérdidas o desequilibrios financieros globales". Esta configuración parecía mantenerse en el RDL 10/2010 puesto que, si bien variaba la redacción del párrafo dedicado a las causas económicas, podía advertirse en él que éstas continuaban girando en torno a la noción de "situación económica negativa".

Después de la Ley 35/2010 las causas económicas se amplían: el nuevo art. 51.1.II ET añade a las "pérdidas actuales", única concreción tradicional de la situación económica negativa como hemos visto, las "pérdidas previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos". Las "pérdidas previstas" pueden derivar bien de un hecho cierto que las provocará –por ejemplo, el vencimiento de un crédito– dada la evolución previa de la cuenta de resultados bien de una previsión derivada de evolución del nivel de beneficios que permite augurar su próxima aparición de aquellas. En este último sentido, la previsión podría confundirse con la "disminución persistente de su nivel de ingresos"; el hecho de que esta última situación haya sido recogida por separado hace pensar que la voluntad legislativa incluye la posibilidad de recurrir al despido por causa económica en casos de mera evolución negativa de los resultados empresariales, aun cuando no quepa prever, al menos en el corto plazo, la entrada en pérdidas. Eso sí, la disminución de beneficios ha de ser "persistente" –concepto indeterminado que deberá ser integrado por autoridad o juez encargado de valorar la decisión empresarial–. Y, sobre todo, debe tener entidad suficiente para afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.

Es importante resaltar que este último requisito, que culmina el primer inciso, es predicable de todos los supuestos de situación económica negativa. La curiosa historia de la redacción final –que incluye la desaparición de un punto y coma introducido en el Senado– lo deja bien claro. De este modo, las pérdidas, sean actuales o previstas, o la disminución del volumen de ingresos deben alcanzar un mínimo de gravedad para poder tener relevancia extintiva.

b) En relación con las causas técnicas, organizativas y de producción, las novedades son más limitadas. Su nueva formulación se limita, ahora sí, a la incorporación de la reflexión interpretativa que se ha producido durante la vigencia del texto de 1994. Existe, en este sentido, un paralelismo evidente entre su nueva redacción y la noción de las distintas causas que estableció una de las primeras sentencias del TS en relación con la redacción del art. 52.c) ET tras la reforma de 1994. Me refiero a la STS de 14 de junio de 1996 (rec. 3099/1995) en la que la Sala de lo Social, a pesar de no cumplirse el requisito procesal de la contradicción, procedió a dar una noción de ellas. De acuerdo con el pronunciamiento, "el legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación

(«causas económicas», en sentido restringido)". La clara relación literal entre el pasaje trascrito permite obviar todo comentario al respecto.

3.2. El control externo de la causalidad de las decisiones empresariales

Aparte de la conceptuación de las causas, encontramos también novedades en los criterios legales para el desarrollo del control externo, sea en vía administrativa sea en sede judicial en función del número de trabajadores afectados. Los párrafos 2º y 3º del art. 51.1 ET miran, de forma directa, a clarificar su alcance. Se incorporan, de entrada, algunas aportaciones interpretativas de la jurisprudencia del TS respecto del tipo de control que cabe desarrollar respecto de las decisiones económicas de la empresa. Esto afecta, de un lado, a las exigencias probatorias que debe enfrentar el empresario que despide por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (2.2.1) y, de otro, a los criterios para la valoración causal del propio despido (2.2.2). Pero, además, se introduce una significativa variación respecto de las finalidades que se asignan a las decisiones de reestructuración de plantilla con repercusión extintiva (2.2.3). El resultado final es una probable reducción de la intensidad del control sobre las decisiones económicas de las empresas en el terreno extintivo.

3.2.1. La carga probatoria del empresario

En la redacción anterior del precepto –así como en el paralelo art. 52.c) ET–, existía una cierta confusión entre aspectos fácticos y teleológicos en el momento de la valoración de la decisión empresarial de despedir. Se formulaban conjuntamente las causas, como elemento de hecho necesario para legitimarla, y las finalidades que el empresario debía perseguir para poder recurrir al despido. Unas y otros aparecían como un *totum revolutum* cuando se afirmaba que se entenderían concurrentes las causas –aspecto de hecho– cuando las medidas propuestas "contribuyeran a superar una situación económica negativa… o a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos" –aspecto finalista–. Este fenómeno venía alentado por otras normas legales: si el art. 51.6 ET indicaba que las medidas propuestas habían de ser "necesarias" para alcanzar las finalidades legales, el art. 52.c) ET, desde 1980 venía refiriéndose a la "necesidad objetivamente acreditada" de amortizar puestos de trabajo. Con ello, se daba pie a la posibilidad de exigir acreditación del efectivo cumplimiento de las finalidades.

Esta confusión de planos, junto con la proyección sobre el enjuiciamiento de los despidos económicos de la metodología propia de los despidos personales (Rodríguez-Piñero, 1998, p. 85), conducía en muchos casos a una exigencia probatoria desproporcionada para el empresario: no sólo debía acreditar

las causas –pérdidas, cambio tecnológico, cambio organizativo o situación del mercado– sino que debía afrontar la de la efectividad de las medidas propuestas para alcanzar las finalidades legales; y es claro que esta última es directamente imposible, por cuanto que éstas no son hechos y, si lo son, son futuros.

Tanto la doctrina (por ejemplo, García Fernández, 1995, pp. 83 ss., o Rivero y de Val, 1997, pp. 609 ss.) como la jurisprudencia habían rechazado esta interpretación. Si la primera sentencia unificada advirtió ya que las razones aducidas por la empresa no tenían que "demostrarse de forma plena e indubitada" (STS de 24 de abril de 1996, rec. 3543/1995), en la segunda –la ya citada STS de 16 de junio de 1996 (rec. 3099/1995)– se dejaba muy claro que las causas económicas "no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad". Con ser una obviedad, pronunciamientos más recientes del TS demuestran que, más de diez años después de haberse unificado doctrina, la cuestión distaba de estar clara en niveles inferiores. Por ejemplo, la STS de 29 de septiembre de 2008, rec. 1569/2007, con cita de otras varias en el mismo sentido, tiene que revocar una sentencia de suplicación, recordando que no cabe exigir prueba de las finalidades sino únicamente puede pedirse a la empresa "indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido".

La nueva redacción del art. 51.1 ET acaba, a mi juicio, con este problema al diferenciar con toda rotundidad los dos planos hasta ahora confundidos (cfr. Desdentado, 2010.c], p. 94 ss.). La empresa tiene que "acreditar los resultados alegados", en el supuesto de aducir pérdidas, o la "concurrencia de alguna de las causas" técnicas, organizativas o de producción aludidas en el párrafo siguiente, mientras que sólo tiene que "justificar" la conexión existente entre los hechos en que consisten las causas y las finalidades utilizadas por la ley. Esta misma separación entre los aspectos sujetos a prueba –las causas/hechos– y los únicamente sujetos a argumentación –las causas/finalidades– se reitera, por lo demás, en el art. 51.6 ET.

3.2.2. De la «mínima razonabilidad» a la «razonabilidad»

En otro orden de consideraciones, el RDL 10/2010 incidió sobre la relación argumentativa que debe establecerse entre los hechos que fundamentan el despido y las finalidades que éste persigue. El art. 51.1 ET, después del 18 de junio de 2010, insistía por dos veces en que la justificación debía permitir deducir "mínimamente" la razonabilidad de la decisión extintiva. Frente a la razonabilidad, sin más, a la que hacía referencia la anterior redacción del art. 51.6 ET, se establecía un principio de valoración que podríamos denominar de «mínima razonabilidad».

La introducción de este nuevo criterio miraba probablemente a aligerar la intensidad del control externo sobre las decisiones empresariales, evitando que la autoridad o el juez encargados de desarrollarlo pudieran sustituir en modo alguno al empresario: bastaría detectar la existencia de una «mínima» conexión entre la causa aducida y la finalidad legítima de la extinción para conceder la autorización, en caso de despido colectivo, o declararlo procedente, en caso de revisión judicial del individual. La posible existencia de otras alternativas de actuación empresarial, dentro o fuera de la empresa serían en consecuencia irrelevantes (por ejemplo, Molina, 2010, pp. 27 ss.).

A lo largo de la tramitación, el criterio de «mínima razonabilidad» ha desaparecido del art. 51.1 y 51.6 ET. Tras la Ley 35/2010, ambos preceptos aluden a la «razonabilidad», utilizando de nuevo el término que usaba el Estatuto desde 1994. A la pregunta de cuál sea la relevancia de esta modificación, cabe darle desde luego una respuesta basada en la literalidad: la desaparición del superlativo «mínima» referido a la razonabilidad que define el control no puede sino tener como efecto incrementar su incisividad, abriendo a la autoridad o al juez la posibilidad de inmiscuirse en las decisiones empresariales. Probablemente, sin embargo, las cosas no son tan sencillas, puesto que cabe introducir en la argumentación razones históricas y sistemáticas que necesariamente conducen a minusvalorar la evolución de la literalidad.

a) Por lo que se refiere a las primeras, el criterio de razonabilidad que se introdujo en 1994 intentaba superar la situación previa en la que el control de las causas se configuraba como discrecional para la autoridad laboral. Frente a la posibilidad de que, en ejercicio de potestades discrecionales, ésta sustituyera el criterio empresarial, amparado por la libertad de empresa, en la selección de las medidas laborales aplicables ante una cierta coyuntura empresarial, la reforma de 1994 intentó introducir una "discrecionalidad de nuevo cuño" a ejercer por el propio empresario: éste tendría la posibilidad de "optar entre las diversas soluciones eventualmente posibles para alcanzar los fines previstos en el art. 51.1 ET", laborales o extralaborales, sin que fuera posible sustituir su criterio salvo "ante manifiestos errores de apreciación" (Goerlich, 1994, p. 84). En buena medida, la jurisprudencia del TS se ha mantenido fiel a esta idea. La interpretación que ha hecho del verbo "contribuir" en relación con las causas económicas desde la ya citada STS de 24 de abril de 1996 (rec. 3543/1995) es un claro de ejemplo de ello. En el caso entonces enjuiciado, se había excluido la procedencia del despido objetivo sobre la base de que el volumen de pérdidas de la empresa era de tal magnitud que la medida era insuficiente para "superar", en los términos del entonces vigente art. 51.1 ET, la "situación económica negativa". Sin embargo, el TS revocó la sentencia en atención al término "contribuir" puesto que éste no impone que "el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis,

pues basta a tal fin que esa rescisión contractual «contribuya» a la mejoría de la empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría".

En este contexto, parece claro que resulta difícil establecer diferencias entre «mínima razonabilidad» y «razonabilidad» a secas. En una como en otra, existe un margen de apreciación empresarial que no puede ser corregido por el que desarrolla el control.

b) Es verdad que la práctica judicial desde 1994 no siempre ha discurrido por este camino. A pesar de la claridad de la doctrina sentada por el TS en 1996, los TTSSJJ no siempre se han movido en este terreno. Vuelvo a traer a colación la STS de 29 de septiembre de 2008, rec. 1569/2007, así como las en ella citadas, como demostración de la persistencia en suplicación de interpretaciones diferentes a las auspiciadas por el TS desde 1996. El propio TS ha sucumbido ocasionalmente a titubeos y contradicciones en la apreciación de la razonabilidad. Aunque la doctrina respecto a la valoración de las pérdidas está firmemente establecida, es extremadamente cauta. La STS de 29 de septiembre de 2008, rec. 1569/2007, indica en efecto que, aunque "con carácter general es cierto que la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa…, esta conexión no es automática; no establece una relación directa entre el nivel de las pérdidas y el número de los despidos y tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir". En relación con otros temas observamos planteamientos similares. Diferentes episodios interpretativos relacionados con el juego de la causa organizativa o productiva en distintos aspectos de las relaciones entre despido económico y descentralización son una buena muestra de ello. En los últimos diez años, el despido relacionado con la sustitución de los trabajadores por una contrata ha sido objeto de varios pronunciamientos declarando su procedencia (SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000, recs. 651/2000 y 4098/1999, 21 de julio de 2003, rec. 4454/2002, 10 y 31 de mayo de 2006, recs. 725/2005 y 49/2005, y 2 de marzo de 2009, rec. 1605/2008) pero también su improcedencia (STS de 11 de octubre de 2006, rec. 3148/2004), sin que a mi modesto entender puedan advertirse las diferencias entre unos y otros casos. Los titubeos del TS a la hora de enjuiciar el supuesto inverso –si la pérdida de una contrata es causa suficiente para que la empresa contratista despida a los trabajadores excedentes– son igualmente ilustrativos –y particularmente criticables porque el propio TS ha venido admitiendo en estos casos el uso del contrato de obra de manera prácticamente libre– (Goerlich, 2008).

En este contexto, la desaparición de la «mínima razonabilidad» podría ser sumamente relevante. Sin embargo, entran en juego aquí otros datos sistemáticos que permiten entender que la doctrina correcta es la primeramente citada

y que estas desviaciones deben ser corregidas después de la reforma de 2010, incluso con la desaparición del superlativo "mínima". De entrada, el término "razonablemente" no era el único que se utilizaba en el Estatuto antes de 18 de junio de 2010 para delimitar la carga argumentativa del empresario. Como hemos visto más arriba, razonabilidad y necesidad coexistían en los diferentes preceptos que regulaban el control causal. Y es claro que este último concepto tienen un sentido diferente, que entra en conflicto con el reconocimiento de una horquilla de posibles soluciones frente a un problema entre las que sólo el empresario puede elegir con libertad: apuntaría más bien en el sentido de que, ante un conflicto de este tipo, el despido sólo sería admisible cuando se excluya la posibilidad de otras medidas alternativas y menos gravosas para el derecho al trabajo.

La supresión de todas las referencias a la necesidad, a la que hemos hecho referencia más arriba, nos indica bien a las claras que la conexión argumental exigible entre la causa/hecho y la causa/finalidad queda a criterio del empresario, sin que corresponda al control externo suplantarlo si puede advertirse una conexión entre ambas, con independencia de la intensidad que la misma tenga (cfr., para una valoración de esta supresión, Desdentado, 2010.c], pp. 90 ss.). El resto de las novedades que se establecen en relación con las finalidades demuestra, desde mi punto de vista, esta idea.

3.2.3. La nueva regulación de las finalidades de las decisiones extintivas

Entramos con ello en el tema que, a mi juicio, resulta clave: el de la nueva regulación de las finalidades que legalmente se establecen para valorar la decisión empresarial de despedir. Son varias las novedades que encontramos en este terreno.

De entrada, debe destacarse la incorporación expresa de la dimensión preventiva de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Para las primeras, como hemos visto el analizar su nueva formulación, no sólo se consideran las pérdidas sino también, en ciertas condiciones, su previsión o la disminución de ingresos que no conduce a aquéllas. Por lo que se refiere a las restantes, el empresario que se acoge a ellas no sólo puede buscar la mejora de la situación de la empresa sino que también pueden "prevenir una evolución negativa de la misma". Es verdad que la doctrina había descartado, desde la reforma del despido económico de 1994, que el requisito tradicional de la "actualidad" de la causa continuara siendo exigible admitiendo que las causas técnicas, organizativas o de producción pudieran ser aducidas con carácter preventivo (Goerlich, 1994, p. 79). En rigor, pues, nada nuevo. Otra cosa es que su incorporación expresa sea interesante en la medida en que algunos términos utilizados en la regulación anterior señaladamente las "dificultades" de funcionamiento, podían entorpecer su real aceptación.

En todo caso, la novedad más importante se encuentra, sin duda, en la regulación de las finalidades a las que debe tender la decisión empresarial. Desaparece del art. 51.1 ET la referencia a que las medidas extintivas debían dirigirse a "garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos"; y también la previsión del art. 52.c) ET respecto a que los despidos objetivos de carácter económico miren a "superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos". En su lugar, el nuevo art. 51.1.II ET, aplicable tanto a los despidos colectivos como a los individuales o plurales, establece, para las causas económicas, que deben tender a "preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado". Y, por su parte, el art. 51.1.III ET hace referencia, en relación con las técnicas, organizativas o de producción, a "contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda".

Obsérvese, de un lado, que desaparecen los elementos negativos que reducían la operatividad de las causas –las "dificultades"– lo que abre camino a una concepción menos «catastrofista» y más fisiológica del despido económico. Y, de otro y sobre todo, que, los nuevos preceptos guardan clara relación con la formulación finalista de las causas referidas a otras vicisitudes contractuales. De hecho, el art. 51.1.III ET, con la salvedad de la referencia a la prevención de una evolución negativa, es un trasunto prácticamente literal de las finalidades legalmente asignadas para la movilidad geográfica (art. 40.1 ET) y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41.1 ET), tanto en la regulación anterior como en la posterior a la reforma de 2010. La igualación de los criterios de valoración teleológicos de extinciones y modificaciones contractuales en interés de la empresa supone, desde luego, una ampliación del reconocimiento legal de las facultades derivadas de la libre empresa. No en vano, la jurisprudencia del TS, en su sentencia de 17 de mayo de 2005 (rec. 2363/2004), había conectado la interpretación de los requisitos causales del art. 41.1 ET al derecho reconocido por el art. 38 CE. Pero, sobre todo, supone la desaparición de la gradación de las medidas vinculadas a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: si antes de la reforma, como se advertía en la indicada sentencia, éstas tenían un perfil causal más «suave» cuando se relacionaban con modificaciones sustanciales o traslados, y más «fuerte» respecto de las extintivas, ahora esta diferenciación desaparece. Y ello no puede dejar de tener virtualidades interpretativas: como complemento inseparable de lo que hemos llamado criterio de la mínima razonabilidad, la igualación de las causalidades nos está indicando que queda dentro del margen

de libre decisión empresarial la opción entre las distintas posibilidades a su alcance a la hora de afrontar la reestructuración organizativa de la empresa. O, si se prefiere, que ningún agente externo del control puede declarar la ilegitimidad de la decisión empresarial de despedir por el solo hecho de que, a su juicio, sean posibles otras decisiones menos agresivas sobre el empleo…

3.3. La desaparición de la exigencia de "amortización" y su relevancia

La recuperación de la identidad causal entre despido colectivo y despido objetivo por razones económicas ha arrastrado la tradicional exigencia de la amortización del puesto de trabajo. En cuanto a la trascendencia que pueda tener este cambio, creo que es limitada. Y no porque la flexibilidad con que se había interpretado este requisito por la jurisprudencia lo había hecho inútil sino más bien porque la necesidad de reducción de puestos de trabajo está naturalmente incluida en el despido en interés de la empresa.

Por más que la necesidad de amortización haya desaparecido, primero, de los despidos colectivos –cuando en 1994 dejó de hacerse referencia a la "cesación de la industria, comercio o servicio de forma definitiva" (art. 49.9 ET-1980)– y ahora de los individuales y plurales, es claro que el despido económico presupone la efectiva reducción de puestos de trabajo. Esta idea, que se ha sostenido tradicionalmente a nivel teórico (cfr. Durán, 1987, p. 59), se advierte con nitidez desde una perspectiva práctica: despedir a un trabajador para contratar a otro en su mismo puesto impide considerar que exista una causa de carácter económico y obliga a pensar en la existencia de una causa de carácter personal, para la que no está pensado el mecanismo extintivo que se analiza.

Creo en consecuencia que la carga probatoria de la empresa incluye, junto a las causas, la efectiva desaparición del puesto de trabajo (conforme, Desdentado, 2010.c], p. 90). Otra cosa es que este requisito haya de ser valorado de forma flexible, a las vista de las circunstancias de cada caso. Ello obliga, según creo, a considerar que la doctrina elaborada por el TS continúa siendo de aplicación. En este sentido, el hecho de que las funciones desarrolladas por el trabajador despedido continúen existiendo en la empresa no necesariamente convierte en ilegítimo el despido. La desaparición del puesto no requiere desaparición efectiva de las funciones encomendadas con anterioridad a su ocupante que pueden ser asumidas por el empresario (STS de 29 de mayo de 2001, rec. 2022/2000) o alguien de su entorno (STS de 30 de septiembre de 2002, rec. 3828/2001), otro trabajador (STS de 15 de octubre de 2003, rec. 1205/2003) o una empresa que pase a desarrollarlas descentralizadamente. Por otro lado, el puesto puede subsistir después del despido siempre que las funciones que desarrollara tuvieran naturaleza diferente a las anteriores (arg. *ex* STS de 13 de noviembre de 2007, rec. 4275/2006).

3.4. Los procedimientos extintivos

Si algo llamaba poderosamente la atención en la reforma de los despidos económicos introducida por el RDL 10/2010, era la poca atención que se dedicaba a los procedimientos extintivos. Nada se decía del expediente de regulación de empleo, cuya ordenación permanecía incólume, a salvo el retoque del art. 51.6 ET en relación con el contenido del control a desarrollar por la autoridad laboral. En cuanto a la extinción por causas objetivas, se detectaba alguna cosa más.

La tramitación parlamentaria ha variado esta situación. La Ley 35/2010 no ha insistido en las modificaciones procedimentales, dejando las que anticipó el RDL. Sin embargo, ha introducido algunas reformas de interés en la tramitación del expediente de regulación de empleo. Se solventan con ello una parte de las críticas que los comentaristas del RDL 10/2010 (por ejemplo, Blasco, 2010, p. 77) le habían dirigido precisamente por esta falta de atención a los aspectos procedimentales.

3.4.1. El despido objetivo: aspectos procedimentales y procesales

Por lo que se refiere al despido objetivo, se reduce, de entrada, el período de preaviso, de treinta a quince días (art. 53.1.c] ET). La modificación se refiere en exclusiva a la duración, sin afectar al régimen del contrato durante el preaviso (art. 53.2 ET) ni tampoco a los efectos del incumplimiento de este requisito, que no afecta a la validez del despido "sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes" (cfr. art. 53.4 ET). Tampoco existe modificación de la obligación de entregar copia del escrito a la representación legal de los trabajadores, si bien es lógico pensar que la variación del tratamiento de las exigencias de forma ha de conducir a corregir la interpretación actualmente consolidada en cuya virtud su defecto implica la nulidad del despido (cfr. STS de 18 de abril de 2007, rec. 4781/2005) y pasar a entender que, desde el RDL 10/2010, procede declarar su improcedencia.

Y es que la principal novedad respecto al procedimiento de despido objetivo se encuentra en la desaparición de la nulidad por razones formales. Para el despido objetivo ésta se había conservado en 1994, a pesar de su desaparición en el terreno del despido disciplinario, como instrumento de garantía de la efectividad de las reglas sobre despido colectivo. Su adecuado funcionamiento con esta finalidad requería, sin embargo, un cierto esfuerzo aplicativo que permitiera reconducir los despidos aformales al terreno del despido económico (cfr. Goerlich, 1994, pp. 55 ss.). Lo cierto es, sin embargo, que los tribunales no han realizado este esfuerzo (STS de 22 de enero de 2008, rec. 4042/2006, seguida por otras). En consecuencia, la nulidad formal del despido objetivo ha terminado por aparecer como una anomalía que, junto con las dificultades que

parecía presentar la determinación de los requisitos de contenido de la carta de despido –que pueden verse en STS de 16 de enero de 2009, rec. 4165/2007–, ha aconsejado su desaparición. Los nuevos arts. 53.4.IV ET y 122.3 LPL proceden a igualar el régimen formal de despidos disciplinarios y objetivos, reconduciendo el incumplimiento de los requisitos de forma a la improcedencia.

3.4.2. Las reformas del expediente de regulación de empleo

En cuanto al procedimiento de regulación de empleo, aunque su configuración esencial no se pone en cuestión, se avanza, aunque con intensidades variables, en tres líneas interesantes.

La primera mira a facilitar la solución autónoma del expediente. Para ello, se «importan» novedades que el RDL 10/2010 había introducido en la sustanciación de la consultas de otras vicisitudes contractuales –por supuesto, en la redacción definitiva que les ha dado la Ley 35/2010–. En este sentido, el nuevo párrafo final del art. 51.2 ET solventa el desarrollo de las consultas en las empresas que no cuenten con representación de los trabajadores, reenviándola a las soluciones establecidas en el art. 41.4 ET –designación por la asamblea de una comisión de tres trabajadores de la empresa por la asamblea o reenvío de la misma a los sindicatos más representativos o representativos en el sector–. Esta asimilación entre las consultas del expediente y las de otras vicisitudes contractuales se advierte también en el último párrafo del art. 51.3 ET que ilustra a las partes que las desarrollan respecto de la posibilidad de utilizar los procedimientos de mediación y arbitraje aplicables en el sector. Poco hay que decir: se trata de una norma que reproduce las prevenidas para traslados colectivos (art. 40.2, últ. párrafo, ET) y modificaciones sustanciales de carácter colectivo (art. 41.3, penúlt. párrafo, ET).

Esta misma conexión se encuentra en las novedades que se relacionan con la segunda línea de tendencia: la agilización del procedimiento. En este segundo terreno, debemos reseñar, de un lado, la conversión del plazo legal asignado a las consultas en máximo (art. 51.4 ET) que guarda relación con este mismo criterio aplicado a despidos y modificaciones colectivos. Autónoma es, sin embargo, la reducción de algún plazo en la tramitación administrativa: en caso de acuerdo, la autoridad únicamente dispondrá de siete días para autorizar la extinción o impugnar (art. 51.5 ET). Esta medida parece razonable toda vez que no tenía mucho sentido que se asignara el mismo plazo para decidir en los expedientes, con independencia de que existiera o no acuerdo. Se añade, por lo demás, una obligación de dar traslado de la decisión administrativa a la Inspección y a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

La tercera línea de tendencia, cuya necesidad no puede ponerse en cuestión dada la «relajación» del control causal, es la nueva atención a los aspectos sociales. La reforma no es por ahora tan intensa como cabría esperar: el art.

51.4 ET se ha limitado a ampliar los posibles contenidos sociales que han de ser objeto de consulta. A título orientativo se añade, en efecto, que las medidas para reducir el impacto del expediente sobre los trabajadores afectados pueden incluir, entre otras, "medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad". No es mucho. Pero debe tenerse en cuenta que la disp. final. 3ª.4 Ley 35/2010 obliga al Gobierno a modificar la regulación reglamentaria del expediente antes de fin de año, debiendo dedicar "particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad". Por supuesto, esta particular atención no podrá evitar que la reforma del reglamento de expedientes de regulación de empleo haya de ser mucho más intensa.

Finalmente, dentro del capítulo de previsiones, la disp.adic. 15ª Ley 35/2010 concede al Gobierno seis meses para presentar un proyecto de reforma de la LPL que otorgará competencia al orden social, aparte sobre otras cuestiones que no se concretan, respecto de la revisión de las resoluciones administrativas recaídas en expedientes extintivos o suspensivos. La anunciada desde 1998 y no concretada aún reforma en este sentido se ha de producir, como por lo demás se ha anunciado ya en los medios de comunicación, de manera inminente.

4. UNA NUEVA ACTUACIÓN SOBRE LOS COSTES DEL DESPIDO IMPROCEDENTE: LA REFORMA DEL CONTRATO DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

4.1. Aspectos generales

Durante el largo período de diálogo social previo a la aprobación del RDL 10/2010, el contrato de fomento de la contratación indefinida ha sido una verdadera obsesión para el Gobierno. Una parte de la explicación se encuentra, según creo, en el hecho de que este contrato naciera en 1997 del consenso entre los agentes sociales –que pudo alcanzarse también, para una nueva ampliación, en 2006– podía convertirlo en eje vertebrador de un nuevo acuerdo. Es del mismo modo probable que la reductiva explicación de la reforma de la extinción que se encuentra en la Exposición de Motivos, a la que ya se ha hecho referencia, se relacione con esta idea: al centrar la reforma en este contrato, ganaría legitimidad por operar sobre una institución fruto del consenso, aunque sea pasado.

Por otro lado, ha existido la convicción de que el contrato de fomento había caído en desuso a raíz de la crisis. Las *Líneas de actuación* de febrero

se refieren, en este sentido, a la necesidad de reflexionar "sobre las razones que podrían explicar el escaso uso que se ha venido realizando en los últimos años" de este modalidad contractual. Sin embargo, esta idea no parece particularmente acertada: aunque es verdad que, conforme a los datos de movimiento laboral registrado, se detecta una caída de los contratos de fomento ligeramente superior al 40 % entre los datos de 2007 y los de 2009, no lo es menos que la caída de los indefinidos ordinarios para ese mismo período se encuentra en torno del 40 %.

Sea como sea, el art. 3 de la Ley 35/2010 da nueva redacción a la DA 1ª Ley 12/2001. Al margen ajustes literales –sustitución del término "minusválidos" por la expresión "personas con discapacidad"– y la fijación de un plazo para la evaluación de la efectividad de la medida (apartado 6º), las novedades de la nueva redacción se mueven en el terreno de la facilitación del uso de esta modalidad contractual. Las facilidades, transitorias o definitiva, discurren, eso sí, en diferentes sentidos.

4.2. Los límites a la utilización del contrato

De entrada, se ha modificado el apartado 5º de la disp. adic. 1ª Ley 12/2001. Como es sabido, este precepto dispone la existencia de un período de restricción de la posibilidad de recurrir a la modalidad contractual, en los casos en los que la empresa ha extinguido contratos con anterioridad. Período que, como es igualmente sabido, tiene la finalidad de evitar su uso desviado a través de la sustitución de trabajadores indefinidos ordinarios por contratados de fomento (Pedrajas *et al.,*2006, p. 62).

No se ha modificado este período, que continúa siendo de seis meses. La reforma tampoco ha afectado al tipo de extinciones que lo activan. En este punto se detecta un extraño camino de ida y vuelta. En la redacción anterior al RDL 10/2010 se incluían despidos objetivos declarados improcedentes por sentencia judicial o despidos colectivos. El RDL incluyó, además de los despidos colectivos, los despidos reconocidos o declarados como improcedentes. Se producía con ello una doble ampliación de las extinciones que abren el período de seis meses puesto que se incluían todos los despidos –y no sólo los formalmente objetivos, como ocurría hasta ahora– y todas las improcedencias, sean judicialmente declaradas o simplemente reconocidas por el empresario. La Ley 35/2010 ha corregido esta solución –aunque, desde mi punto de vista, era sumamente razonable equiparar el tratamiento de todos los despidos improcedentes, con independencia de la causa aducida–, volviendo a considerar únicamente despidos objetivos o colectivos, eso sí los primeros tanto en caso de declaración judicial como en el supuesto de reconocimiento empresarial. Con ello, el precepto deja abiertas las contradicciones que presenta desde su

génesis (Pedrajas, 1998, p. 138; Escudero, 2002, p. 142). Además de lo ya indicado cabe preguntarse qué sentido tiene que los despidos objetivos procedentes permitan recurrir al contrato de fomento mientras que los colectivos, que por hipótesis también lo son, sólo lo permitan en caso de acuerdo.

Una segunda novedad que se introduce en este punto hace referencia a que el período de imposibilidad de contratar sólo aparece en los casos en los que tales extinciones afectan a "contratos indefinidos ordinarios", sin incluir al propio contrato de fomento. Esta nueva solución conecta probablemente con la idea de que lo que se ha de evitar es el efecto de sustitución, pudiendo sostenerse que no es razonable extenderlo a los casos en los que el contrato extinguido era ya de fomento. Al hacerlo, eso sí se abandona toda pretensión de generar empleo neto…

Por lo demás, en la medida en que se la inclusión de los despidos objetivos exprés en el ámbito de aplicación del precepto podría tener un impacto amplio dada la generalización de esta figura, se amortigua su impacto de manera transitoria: aparte de que, como ya se establecía, no es aplicable a los despidos colectivos cuando así se haya pactado en el acuerdo de regulación de empleo, el límite no será de aplicación "cuando las extinciones de contratos se hayan producido con anterioridad al 18 de junio". Se «amnistían» con ello las extinciones exprés producidas hasta la reforma, compensándose con ello la mayor rigidez que deriva de ella para el futuro.

4.3. El reconocimiento empresarial de la improcedencia y su tratamiento

Una segunda facilidad para el uso del contrato se encuentra en la nueva redacción del primer párrafo, apartado 4º, de la disposición adicional 1ª Ley 12/2001 que vuelve a insistir en la aplicación al contrato de fomento de la contratación indefinida de la institución de la enervación de los salarios de tramitación del art. 56.2 ET.

El hecho de que la indemnización reducida propia del contrato de fomento de la contratación indefinida se aplique únicamente a los despidos objetivos ha planteado desde su origen problemas de articulación con el juego de la indemnización ordinaria por despido improcedente. Los primeros comentaristas de la reforma de 1997 (Albiol, 1997, p. 62; Pedrajas, 1998, p. 141; Escudero, 2002, pp. 144 y 145) ya habían apuntado hacia la aplicación de la figura del fraude de ley en los casos en los que se recurriera al despido objetivo encubriendo uno de naturaleza disciplinaria, con la consiguiente aplicación de la indemnización de 45 días, en lugar de la de 33 prevista para aquél. Una parte de la doctrina judicial se ha venido haciendo eco de esta interpretación en los casos en los que el empresario no suministrara indicios suficientes de haber actuado la extinción al amparo del art. 52 ET (cfr. Goerlich, 2010, pp. 140 ss.). Inter-

pretación éste que podría tener efectos demoledores sobre el juego del despido exprés en los contratos de fomento de la contratación. Por eso, ya la reforma de 2006 había intentado solucionar el problema añadiendo un segundo párrafo, que ahora permanece inalterado, al apartado 4º de la disp. adic. 1ª Ley 12/2001, que clarificaba que el despido exprés era posible y que en él se mantenía la aplicación de la indemnización reducida (Pérez de los Cobos, 2006, p. 28). La nueva redacción del primer párrafo, introducida en el RDL 10/2010 y mantenida por la Ley 35/2010, insiste en ello puesto que se reitera que la extinción por causas objetivas "declarada judicialmente improcedente o reconocida como tal por el empresario" ha de dar como efecto la aplicación de la indemnización de 33 días.

Con eso y con todo, no había de quedar clara la solución del problema: si bien tendencialmente apuntaba a la erradicación de la aplicación del fraude en la extinción del contrato de fomento, tampoco era claro que esta técnica general fuera excluida por ministerio legal (Desdentado, 2010, c], pp. 101 y 102). Por ello, en la tramitación parlamentaria se ha afrontado directamente el problema. El penúltimo párrafo del precepto que se comenta deja claro que no queda completamente cerrada la aplicación del fraude de ley por el solo hecho de que el empresario dé forma de despido objetivo a la extinción. Presupone, al contrario, la posibilidad de que el trabajador impugne el despido alegando "que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria". Sin embargo, el precepto hace recaer sobre el trabajador la carga de la prueba de esta cuestión. De este modo, no podrá fundarse la existencia de fraude únicamente en la falta de prueba de la causa objetiva de despido por parte del empresario, sino que será preciso que el trabajador acredite la causa real de naturaleza disciplinaria. Por supuesto, en la medida en que una aplicación estricta de esta carga probatoria puede situar al trabajador ante una exigencia probatoria de imposible cumplimiento, el principio de facilidad probatoria puede llevar a pensar que lo que debe hacer el trabajador es suministrar indicios suficientes de existencia de una decisión de carácter disciplinario.

4.4. El ámbito subjetivo del contrato

En todo caso, las novedades más notables, en fin, son las que apuntan hacia la «universalización» del contrato de fomento, en línea que, por lo demás, se había abierto en anteriores reformas de esta figura y que ahora se produce de manera prácticamente total.

4.4.1. Nuevos colectivos de desempleados: ¿qué desempleado no puede hacer un contrato de fomento?

De entrada, y sobre todo, se amplían los colectivos de desempleados con los que puede celebrarse el contrato de fomento del empleo. En la disciplina

anterior éstos se delimitaban a partir de la idea de colectivos con particulares dificultades de acceso al empleo. Con alguna salvedad, existía una correlación entre los "colectivos prioritarios" para las políticas de empleo (art. 26.1 LE) y los desempleados con los que se podía celebrar un contrato de fomento de la contratación indefinida (DA 1ª.1.a] Ley 12/2001). Esta correlación se rompe ahora de forma definitiva.

No puede objetarse la ampliación de las mujeres a las que puede hacerse este contrato: tradicionalmente, su inclusión se relacionaba con el acceso a profesiones con menor índice de empleo femenino. Después de la Ley 35/2010 se recogen mujeres que se encuentran en otras situaciones: "mujeres en los dos años siguientes a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos". Este listado es coextenso con los supuestos en los que se bonifica la contratación de mujeres (Ley 43/2006) lo que parece razonable desde la perspectiva de la finalidad con la que se estableció el contrato de fomento.

Esta misma idea, sin embargo, no puede predicarse del resto de las novedades. Ello es muy claro para la reforma de la noción de parado de larga duración. Objeto de reducción paulatina en las sucesivas reformas del contrato después de 1997, incluyó después del RDL 10/2010 a quienes llevaran, "al menos, tres meses inscritos ininterrupidamente como demandantes de empleo" y, tras la Ley 35/2010, a quienes llevan un mes en esta situación. La simplificación del acceso al contrato es radical. Hasta el punto de que, desde mi punto de vista, debería haberse reconsiderado la inclusión de los nuevos supuestos, que plantean problemas interpretativos que, a la vista del fácil acceso por esta vía, resultan innecesarios.

Estos nuevos supuestos son los «atrapados en la temporalidad», esto es, los "desempleados que, durante, los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos" así como "quienes durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente".Como he advertido, estos dos nuevos supuestos no están exentos de problemas interpretativos.

a) De entrada, no queda muy clara cuál es la situación en la que deben haberse encontrado en el período de dos años previo a la contratación. Parece claro que los trabajadores que han perdido un empleo indefinido pueden haber permanecido un tiempo en desempleo, hasta dos años menos un día.

Sin embargo, la noción literal de los «atrapados en la temporalidad» podría llevar a pensar en la permanencia en la situación de temporalidad durante la

totalidad del período previo al desempleo ya que la nueva disp. adic. 1ª Ley 12/2001 (Luján, 2010). Creo, sin embargo, que la literalidad de la Ley, y sobre todo su finalidad, permiten llegar a una conclusión diferente en la que no es exigible a estos trabajadores que hayan permanecido durante dos años permanentemente contratados como temporales sino que, durante ese período, como indica la Exposición de Motivos, "solo hayan suscrito contratos de duración determinada", con independencia de que entre ellos hayan podido existir períodos de desempleo.

b) Obsérvese, en segundo lugar, que son trabajadores desempleados, aunque no se les exige un período previo de inscripción. Ello abre el problema de si pueden abandonar un puesto de trabajo anterior a efectos de suscribir un contrato de fomento. La lógica indica que admitirlo es razonable en los casos de trabajadores «atrapados en la temporalidad», puesto que la finalidad de la reforma es redirigir las tendencias sobre precariedad de nuestro mercado de trabajo. Más discutible es en el segundo caso: el hecho de que el precepto utilice la expresión "se les hubiera extinguido" un contrato indefinido parece, en efecto, pensar en extinción acordada, directa o indirectamente, por el empresario y no en una opción personal del trabajador (cfr. De la Puebla/Gómez Abelleira, 2010, p. 35).

c) En cuanto a las empresas con las que se hayan suscrito los contratos previos, los dos supuestos son diferentes. Nada se nos dice respecto a quienes hayan tenido únicamente contratos temporales en el período de dos años, lo que habría de llevar a la conclusión de que es posible que alguno/s de ellos se haya podido desarrollar con la empresa que realiza el contrato de fomento. Por el contrario, es seguro que, de tratarse de un desempleado al que se le hubiera extinguido uno indefinido, la empresa ha de ser "diferente".

Esta diferencia no deja de ser chocante, sobre todo si tenemos en cuenta las restricciones que las letras b) y c) de la DA 1ª.1 Ley 12/2001, en su nueva redacción, imponen a la transformación de contratos temporales en contratos indefinidos. Su integridad, en especial la del último, impone considerar que la regla que ahora nos ocupa se sólo podrá ser utilizada por empresa con la que anteriormente se haya sostenido un contrato temporal cuando ello no suponga un fraude de ley. Ello requerirá, como mínimo, que la contratación no sea inmediata a una contratación temporal en la misma empresa, sino que haya existido una interrupción significativa, bien por un tiempo consistente en el desempleo –en cuyo caso nos encontraremos ante el supuesto de los parados de «larga» duración– bien por una contratación igualmente temporal ajena a la empresa que usará el contrato de fomento.

En cuanto al requisito de la empresa diferente para los trabajadores que perdieron un contrato indefinido, parece claro que se relaciona con la finalidad de evitar la degradación de condiciones de los ordinarios, evitando que puedan

ser repescados por la vía del fomento de la contratación indefinida. Desde este punto de vista, puede establecerse una conexión con el apartado 5º disp. adic. 1ª Ley 12/2001 que acaso permitiera entender que la posibilidad de exonerar del límite de 6 meses al uso de contratos de fomento cuando se pacte en acuerdo de regulación de empleo es también aplicable al supuesto que nos ocupa.

d) En relación, en fin, con los desempleados «atrapados en la temporalidad», la redacción en plural parece imponer la existencia de más de un contrato temporal con lo que quedarían excluidos quienes solo hayan celebrado uno. En cuanto a los desempleados que perdieron un contrato indefinido, no se aclara si, en el período de dos años, han podido tener alguna vinculación temporal. Un argumento finalista apuntaría a hacer una lectura amplia, en aras a la finalidad perseguida por el legislador de generar empleo estable (Luján, 2010). Desde esta perspectiva, tan «atrapado en la temporalidad» está quien ha tenido dos contratos eventuales de tres meses como el que ha tenido un contrato de obra de seis. En cuanto a los desempleados que perdieron un empleo indefinido en los dos años anteriores, si lo que se pretende es facilitar su recolocación, sin que pierdan por inactividad el bagaje de profesionalidad que tienen acumulado, parece lógico pensar que la finalidad se cumple igualmente aunque hayan podido tener un vínculo temporal en el indicado período (Luján, 2010).

4.4.2. La transformación de contratos temporales

Como en reformas anteriores de la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida (2001, 2006), el RDL 10/2010 volvió a abrir la posibilidad transitoria de convertir contratos temporales existentes en la empresa por contratos indefinidos sujetos a la nueva modalidad. Era una decisión inevitable: los datos históricos muestran que la conversión de temporales es la más importante fuente de generación de contratos indefinidos de esta particular modalidad; y, por ello, que su potencial de crecimiento del empleo estable se agota a medida en que desaparece, por el juego de la transitoriedad, la posibilidad de convertir contratos. En este contexto, la preocupación a la que ya se ha aludido no podía sino conducir a la reapertura transitoria de convertir temporales en indefinidos de fomento.

Llama la atención que la nueva norma, que se ha mantenido tras la Ley 35/2010, presenta una estructura distinta a las previsiones de conversión que se establecieron en 1997, 2001 y 2006. En todas ellas, se abría un período transitorio que permitía la conversión en indefinidos de los temporales celebrados hasta la finalización del año siguiente a aquél en que se aprobaba la reforma. En su nueva redacción, la disp. adic. 1ª Ley 12/2001 divide este período en dos: de un lado, para los contratos celebrados hasta su entrada en vigor, se establece la posibilidad de convertirlos en indefinidos de fomento hasta 31 de diciembre de 2010 (disp. adic. 1ª.2.b]); de otro, para los posteriores hasta esa

fecha, se abre la posibilidad de conversión hasta 31 de diciembre de 2011, aunque sólo si la vinculación temporal ha durado menos de seis meses –salvedad hecha de los contratos formativos– (disp. adic. 1ª.2.c]).

Aunque existen otras explicaciones que vinculan este esquema (Luján, 2010), mi impresión es que se intenta «forzar» la conversión de contratos temporales, concentrándola en el tiempo sobre la base de acortar el período en el que cabe la de los actualmente existentes y de restringir el de los que se celebren desde ahora hasta la finalización del año que viene mediante el expediente de no aceptarla si la vinculación temporal se ha prolongado demasiado. Aunque la idea no es mala, no es seguro que haya de tener los efectos que persigue: la extraordinaria ampliación de los supuestos de contratación directa permitirá con facilidad a las empresas compensar por otras vías estos límites temporales.

Por otro lado, durante la tramitación se ha añadido una garantía para la posición empresarial en los casos en que proceda a transformar los contratos en los términos que hemos visto: una vez transcurrido el plazo de caducidad de la acción de despido del art. 59.3 ET, a contar desde la fecha de la transformación, ésta se considera "válida". El legislador «importa» una conocida línea jurisprudencial, consolidada desde 1997 (STS de 21 de febrero de 1997, rec. 1400/1996, seguida por otras muchas), en cuya virtud el transcurso de un período equivalente a la caducidad de despido permite «sanar» las irregularidades anteriores a efectos de valorar el carácter fraudulento o no de una sucesión de contratos temporales. De este modo, lo que se pretende es evitar que el recurso a la transformación pueda ser eludido por el empresario en atención a las irregularidades eventualmente existentes en los contratos temporales precedentes.

5. LA SOCIALIZACIÓN DEL COSTE DEL DESPIDO

5.1. Aspectos generales: el futuro establecimiento del Fondo de capitalización

El análisis de la reforma en materia de extinción no queda completo sin hacer referencia a la previsión de implantación del Fondo de capitalización al que se refiere la disposición adicional 10ª Ley 35/2010 y las medidas transitoriamente implantadas para cumplir parcialmente las funciones que se asignan al FGS en su disp. trans. 3ª.

Su eventual introducción ha estado presente a lo largo del proceso de diálogo social, en atención a la existencia de experiencias en esta línea en otros países comunitarios, en concreto en Austria, cuyas estadísticas en materia de empleo son ejemplares en relación con las comunitarias y, por supuesto, sen-

siblemente mejores a las nuestras (cfr. la comunicación de la Comisión *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad,* anexo II). En efecto, si detrás de la afirmación de las *Líneas de actuación* de febrero sobre la posibilidad de debatir sobre "las condiciones y los posibles resultados que podrían derivarse de la adaptación a nuestro país de fórmulas que en los últimos años se han adoptado con éxito en algunos países europeos" se escondía el modelo austriaco de despido, en el posterior *Documento de trabajo* de abril el Gobierno proponía abiertamente trabajar sobre él, buscando "incrementar la estabilidad en el empleo y fomentar una movilidad laboral más sana, así como la formación para el empleo a lo largo de toda la vida laboral". A estas ideas, que también se recogen en la Exposición de Motivos, responden las previsiones de la disp. adic. 10ª Ley 35/2010.

No es fácil reflexionar sobre el nuevo Fondo de capitalización. La reforma de 2010 se limita a prever su futura constitución. A estos efectos, el Gobierno ha de enviar un proyecto de ley a las Cortes, previa consulta con los interlocutores sociales. Se ha de hacer en el plazo de un año desde la entrada en vigor del RDL 10/2010, con la finalidad de que el Fondo esté operativo a partir de 1 de enero de 2012. Dado que la disp. adic. 10ª Ley 35/2010 abre un proceso legislativo pleno, con intervención de agentes sociales, es difícil pronosticar cuál será la fisonomía final del Fondo. Es verdad que el precepto presenta algunas orientaciones claras al legislador; pero no lo es menos que aquellas no le vincularán –podrá establecerlo o no; y, en el primer caso, hacerlo de acuerdo con sus previsiones o con otras distintas–.

En todo caso, los criterios sustantivos que se establecen son los siguientes:

a) El objetivo final, como hemos visto, es reducir las indemnizaciones por despido satisfechas por la empresa, sin que ello implique reducción de los derechos de los trabajadores. A estos efectos, la capitalización que se articula a través del Fondo se refiere a una parte de la indemnización por despido del trabajador: una "cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar". Y, en paralelo, indica el último párrafo de la disp. adic. 10ª Ley 35/2010, la indemnización por despido a abonar por el empresario se reduce "en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo". No se trata, pues, como en el modelo austriaco, de sustituir indemnización por despido por la cantidad resultante de la capitalización sino hacer que ésta contribuya a disminuir los costos directos e inmediatos soportados por las empresas en el momento de la reestructuración empresarial. Ello permite adicionalmente no tener que disminuir las cuantías indemnizatorias como se hizo en Austria al introducir el nuevo sistema (Hofer, 2010, p. 118).

b) Nada se dice expresamente del origen de los recursos necesarios para capitalizar los indicados días de salario anuales. Tan solo se nos dice que la constitución se ha de producir "sin incremento de las cotizaciones empresa-

riales". Ello permite pensar bien en financiación estrictamente fiscal bien en la compensación de las aportaciones empresariales necesarias por disminución de otros apartados de las cotizaciones sociales. Lo primero parece descartado en el contexto actual, lo que parece conducir a la segunda hipótesis. De hecho, los estudios que se van publicando sobre el particular apuntan ya a la compensación de las cantidades necesarias para el sostenimiento del fondo con la paralela reducción de la cotización por desempleo de los contratos indefinidos (Gómez, 2010, p. 140).

Tampoco se nos dice nada sobre la organización del Fondo. Parece que será único y de carácter público, en un esquema similar al del FGS. El hecho de que esta asuma transitoriamente las funciones correspondientes nos indica, en efecto, que nos encontramos ante un mecanismo de socialización del coste del despido, mediante la constitución de un mecanismo asegurativo por las empresas con el fin de desplazar sobre él la responsabilidad económica derivada del despido, aunque sea parcial y limitadamente.

c) La capitalización de la indemnización que se prevea se ha de extender al conjunto de la vida laboral del trabajador. Ello condiciona la aplicabilidad del sistema que habrá de limitarse a los contratos que se celebren a partir de su constitución. Es posible, sin embargo, que se prevean mecanismos de adaptación para los anteriores, al igual que ha ocurrido en el referente modelo austriaco (Hofer, 2010, p. 121).

El Fondo habrá de actuar a instancia del trabajador en los casos que se contemplan: despido, movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. No se prevé una actuación automática sino que ha de ser el trabajador quien la solicite, sin perjuicio de que, lo haga o no, la indemnización a cargo del empresario se habrá de reducir. De este modo, el trabajador ha de valorar si prefiere guardar su antigüedad para momentos en los que pueda necesitarla más o prefiere cobrarla. Con ello, se intenta conseguir la principal ventaja de este modelo: facilitar la movilidad, evitando que la pérdida de la eventual indemnización por antigüedad la desincentive. La capitalización existente en el momento del cambio de empleo se mantiene, continuando la cotización en el futuro, hasta cuando el trabajador tenga necesidad de ella.

En todo caso, la opción del trabajador por el rescate queda sujeta a exigencias causales, relacionadas con precisas vicisitudes contractuales como el despido o la jubilación o, en fin, con ciertas situaciones específicas durante las transiciones profesionales –coadyuvar a la movilidad geográfica o al reciclaje profesional del trabajador–. Indudablemente, en el desarrollo de la previsión de la disp. adic. 10ª Ley 35/2010 habrá de concretarse el alcance de estos supuestos: determinar si sólo el despido da lugar al posible juego del rescate o si también es posible actuarlo ante otras extinciones indirectamente condiciona-

das por una iniciativa empresarial –por ejemplo, las vinculadas a la modificación sustancial de condiciones de trabajo– o si todos los despidos lo permiten o sólo algunos y en función de la calificación judicial…

5.2. La intervención transitoria del Fondo de Garantía Salarial en los despidos: puntos críticos

En otro orden de consideraciones, las dificultades y seguras dilaciones para implantar un modelo de este tipo han conducido también a prever una solución para el período transitorio. El *Documento de trabajo* de abril, en este sentido, ya hacía referencia a la posibilidad de "avanzar en la dirección anterior" valorando la posibilidad de introducir, "con carácter transitorio y excepcional", medidas inmediatamente dirigidas al apoyo de la creación de empleo estable. Estas habían de "inspirarse en la exención de una parte de los costes extintivos de los despidos colectivos y objetivos para superar situaciones económicas adversas que existen ya en nuestra legislación, sin afectar a los derechos de los trabajadores".

En esta línea, la disp. trans. 3ª Ley 35/2010 ha previsto el "abono de parte de la indemnización por el Fondo de Garantía Salarial en los nuevos contratos indefinidos". Es claro que esta previsión se sitúa en la misma línea de tendencia que la del Fondo de capitalización al que acaba de hacerse referencia. Presenta, sin embargo, dos importantes diferencias con él. De un lado, como se deduce de lo que se lleva dicho, resulta aplicable desde ahora, sin necesidad de ulterior intermediación legal, aunque haga falta un mínimo desarrollo reglamentario para su operatividad práctica. De otro, tiene un ámbito de aplicación más limitado puesto que la actuación del FGS se refiere mayoritariamente a los casos de despido de carácter económico. En todo caso, y salvando las distancias, es seguro que el diseño nos permite hacernos una idea del funcionamiento futuro del Fondo de capitalización, al menos para estos casos.

a) La intervención del FGS está prevista para los contratos indefinidos, con independencia de su modalidad ordinaria o de fomento, que se celebren con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2010, el 18 de junio (ap. 1º). Los contratos anteriores quedan al margen, corriendo la indemnización totalmente a cargo del empresario. Nada se nos dice respecto a los indefinidos relacionados con prestaciones a tiempo parcial (contrato a tiempo parcial, fijos periódicos y fijos discontinuos), aunque todo parece indicar que deben considerarse incluidos, sin perjuicio de que la efectiva jornada y/o retribución hayan de tomarse en consideración para determinar el alcance de la intervención del FGS conforme a las reglas generales.

Por otro lado, el contrato debe haber durado un mínimo de un año. En caso de haber durado menos tiempo, la indemnización corresponde íntegra al em-

presario (ap. 3º). Ello supone además que el período de real funcionamiento de la disp. trans. 3ª RDL que se comenta pueda ser muy breve, si se cumplen las previsiones de la disp. final 2ª: afectará únicamente a los despidos referidos a contratos incluidos en su ámbito de aplicación y que se produzcan entre 18 de junio de 2011 –fecha mínima para cumplir la duración exigida– y el 1 de enero de 2010 –momento en el que las funciones deberían ser asumidas por el Fondo de capitalización definitivo–, salvo que se prevea la continuidad por vía de transitoria en la regulación de éste. Es probable por ello que no se haya hecho ninguna previsión financiera, limitándose a prever que el abono se financiará con cargo al FGS (disp. trans. 3ª.6).

b) El despido que da lugar a la intervención ha de venir fundado en las causas de los arts. 51 y 52 ET o 64 Ley concursal (ap. 1º). El designio legal, dado el contexto en el que se produce la reforma, es vincular esta nueva intervención del FGS a los despidos en interés de la empresa, básicamente de naturaleza económica. Sin embargo, al protagonizarse una remisión genérica a los arts. 51 y 52 ET se produce una ampliación del ámbito de los despidos considerados. Esto tiene importancia relativa por lo que al primero de los preceptos se refiere –la extensión afecta a despidos por fuerza mayor o por disolución de la persona jurídica– pero es más discutible en relación con el art. 52 ET –al darse entrada a despidos personales–.

Mucho más grave es, sin embargo, la previsión del apartado 2º de la disp. trans. 3ª Ley 35/2010 que impone la intervención del FGS con independencia de la calificación del despido e independientemente también de quién la haga. A efectos del pago por el FGS, nos dice, la indemnización se calcula en atención a las reglas legales aplicables "en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial". De entrada, la referencia a que "la indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos" mira a la imposibilidad de alterar la responsabilidad directa del FGS por actos de autonomía privada. Si se piensa bien, sin embargo, este criterio sólo parece actuar respecto de la base salarial que delimita el monto de la indemnización y no sobre pactos individuales o colectivos que incrementen el número de días por año: para estos la actuación del FGS se mantiene, bien que limitada al mínimo legal. Cabe prever, en consecuencia que, en los despidos colectivos, el mínimo indemnizatorio del art. 51.8 ET se incremente, en la percepción de los representantes de los trabajadores, a los veintiocho días resultantes de sumar a los veinte legalmente establecidos los ocho que debe abonar el FGS.

Pero, sobre todo, el que la indemnización se calcule, a efectos de la intervención del FGS "en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial", nos está diciendo que aquél interviene tanto si el despido es procedente como si es improcedente y, en este último caso, tanto si

se ha declarado por el juez como si se ha reconocido como tal por el empresario –sin que parezca existir límite temporal y, por tanto, incluyendo tanto el reconocimiento preprocesal como el que se produzca en conciliación, administrativa o en sede judicial, con independencia de cómo ello incida sobre los salarios de trámite–. Mediante esta regla, pues, se prevé una subvención tanto para los supuestos de legítima reestructuración de plantillas, mediante despidos individuales o colectivos, dentro o fuera del concurso, como para aquellos otros en los que ésta haya resultado declarada judicialmente o admitida por el empresario como ilegítima. La única condición en este caso es que el despido se haya iniciado como despido económico puesto que el apartado 4 de la disp. que nos ocupa presupone la existencia efectiva de la "comunicación escrita" (art. 53.1.a] ET) en la que el empresario ha de hacer constar el salario a efectos del cálculo de la indemnización.

Esta constatación impide considerar que la regla que se analiza guarde relación con la tradicional previsión del art. 33.8 ET respecto del apoyo a las reestructuraciones en las empresas de menos de veinticinco trabajadores: aparte otras diferencias que ahora veremos, debe tenerse en cuenta en este sentido que en la interpretación de este último precepto viene requiriéndose la legitimidad del despido, individual o plural, para admitir la responsabilidad del FGS (cfr. Roqueta, 2009, pp. 359 ss.).

Algunos comentaristas del RDL 10/2010, con toda razón, han sido muy críticos con este planteamiento (Desdentado, 2010, pp. 103 ss., Gualda/Gualda, 2010, pp. 226 ss). Incluso, han llegado a sostener que la regla que se comenta no es lo suficientemente contundente como para llegar al resultado apuntado (Blasco, 2010, p. 70). Estando plenamente de acuerdo con la primera valoración, no puedo aceptar la segunda idea ya que la claridad del precepto es meridiana con independencia de lo absurda que pueda reputarse (cfr., en el mismo sentido, De la Puebla/Gómez Abelleira. 2010, p. 123, Gimeno, 2010, p. 217 o Mateos, 2010, p. 431).

c) Si se mira la disp. trans. 3ª Ley 35/2010 desde la perspectiva de la empresa, se llega rápidamente a la conclusión de que ni su estado financiero ni sus características condicionan la intervención del FGS. Esta procede, en definitiva, de manera universal, siempre que se cumplan las condiciones temporales del contrato y del despido que se han examinado más arriba. No existe, de un lado, referencia alguna a que la empresa deba ser insolvente. La nueva intervención del FGS se sitúa pues en el mismo terreno que la tradicionalmente prevista en el art. 33.8 ET. Pero, a diferencia de éste, no queda condicionada por un número máximo de trabajadores: conforme a la previsión del apartado 3º, "el abono procederá… cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa".

A propósito de las empresas de menos de 25 trabajadores, a las que se refiere aquel precepto, surge el problema de si las dos medidas son compati-

bles y, por tanto, acumulables. El apartado 5º de la disp. trans. 3ª Ley 35/2010 parece referirse al tema, aunque la solución es dudosa. Ello es así porque el precepto, en rigor, regula las extinciones no afectadas por la disp. transitoria 3ª: indica que el art. 33.8 ET continúa siendo de aplicación a los contratos indefinidos anteriores al RDL 10/2010. ¿Y qué pasa con los posteriores? ¿Se les aplican las dos normas?

La disp. trans. 3ª Ley 35/2010 podría conducir a una interpretación negativa: la salvedad para los contratos anteriores de lo dispuesto en el art. 33.8 ET parece mirar a excluir que, para los posteriores al RDL, continúe siendo de aplicación. La interpretación mayoritaria apunta en el sentido de que la intervención limitada del FGS *ex* art. 33.8 ET quedaría absorbida por la más amplia que se implantó en junio (cfr. Blasco, 2010, p. 71, Gimeno, 2010, p. 220, o Mateos, 2010, p. 433; también De la Puebla/Gómez Abelleira, 2010, p. 125, de forma no tan contundente). No puede desconocerse, sin embargo, que no existe derogación expresa de este precepto ni incompatibilidad lógica entre sus previsiones y las de la nueva norma que permitan apoyar concluyentemente la existencia de una derogación al amparo de la cláusula general de la disp. derogatoria. Las finalidades de las dos normas son compatibles, al mirar a realidades distintas –la ayuda estructural a las PYME, la ayuda coyuntural a la totalidad de las empresas–, aunque el resultado final de su aplicación simultánea (despidos subvencionados a casi el 80 % de su coste, si son procedentes) pueda resultar sorprendente.

d) Mirada, por último, desde la perspectiva del trabajador, la nueva intervención del FGS no afecta a la integridad de sus derechos en caso de despido. El último inciso del apartado 2º excluye, en efecto, que los límites de cálculo del art. 33.2 ET resulten de aplicación para el cálculo de la prestación debida por el FGS. Y, por otro lado, en cuanto a la mecánica, después de la tramitación parlamentaria es claro que la empresa debe abonar la totalidad de la indemnización, siendo ella la que después se ha de dirigir al Fondo para recuperar la cantidad de la que éste responde (apartado 1).

6. BALANCE Y PERSPECTIVAS

Analizadas las novedades, interesa reflexionar brevemente respecto a su idoneidad para alcanzar las finalidades que se impone la reforma que, en el tema que nos ocupa, se centran en la reducción de la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la contratación indefinida y restringiendo la de duración determinada.

Pues bien, a pesar de que en la retórica del preámbulo se intente ocultar, una aportación decisiva en este terreno es, en mi opinión, la reforma de la

causalidad de los despidos económicos. Es verdad que el nuevo art. 51.1 ET es una norma extensa que retoma elementos anteriormente existentes, y, por ello, puede conducir a la idea de que las novedades no son sustanciales. Frente a ello, sin embargo, es claro que existen elementos literales, sistemáticos y teleológicos que apuntan rotundamente a una reducción del control externo, administrativo o judicial, de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Incluso hasta niveles que pueden parecer excesivos: toda vez que la causalidad legalmente establecida es idéntica para despidos que para modificaciones sustanciales, cabría pensar en que las mismas razones permiten legitimar la extinción del contrato o un cambio de turno. Es difícil, sin embargo, que esta idea llegue a concretarse en realidad puesto que lo habría de impedir una lectura integradora de la causalidad, a la vista de las cláusulas generales del contrato y muy señaladamente el principio de buena fe.

Incluso con esta eventual corrección, la intención de la nueva norma es clara y, si la aplicación administrativa y judicial acompañan, el legislador habrá conseguido el fin que se ha propuesto de canalizar la finalización de los contratos "hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación", como dice la Exposición de Motivos. Se abriría con ello el camino hacia el desbloqueo del despido económico, a un coste razonable de 20 días por año de servicio –y aún menor en el medio plazo por las nuevas competencias del FGS y, en su momento, del Fondo de capitalización–. En paralelo, deberían desaparecer las reticencias empresariales a utilizar los contratos indefinidos y la tendencia a abusar de la temporalidad: ésta última dejaría de tener sentido en atención a la desaparición del diferencial indemnizatorio. E, igualmente, el ajuste de plantillas habría de volver a su lugar natural, los despidos económicos, individuales o colectivos, abandonándose la vía tan carpetovetónica de los despidos exprés.

Con todo, no parece prudente echar las campanas al vuelo. Ni la reforma de las causas aisladamente considerada supera la totalidad de los problemas que se han detectado en la ordenación de los despidos económicos (a) ni la sola actuación sobre esta institución garantiza de forma definitiva la corrección de las tendencias de nuestro mercado de trabajo (b). Interesa hacer algunas consideraciones sobre ambas ideas, con el ánimo de brindar soluciones complementarias o alternativas a las establecidas por la reforma de 2010 que, en su caso, puedan ser consideradas en el futuro.

a) De entrada, no puede desconocerse que las causas continúan utilizando conceptos elevadamente indeterminados, sobre todo si se analizan con abstracción de precedentes y relaciones intertextuales. Al igual que otros comentaristas del RDL 10/2010 (Rodríguez-Piñero, 2010), también he tenido ocasión de oír dudas sobre el carácter poco innovador del nuevo art. 51.1 ET o sobre su escasa aportación a la necesaria certeza en la materia. Algunas de estas se

encuentran entre los comentaristas del RDL (cfr. Molina, 2010, p. 25; Abril/Megino, 2010, p. 129). Según parece, una de las exigencias de la patronal que dificultaron el acuerdo fue precisamente la necesidad de cerrar aún más las causas, evitando la existencia de márgenes interpretativos sobre ellas. Se me ocurre que una forma de solucionar este problema podría ser la apertura expresa de la delimitación causal a los convenios colectivos –por supuesto, con todas las garantías que se quiera y, muy especialmente, la de que sólo pudiera desarrollarse en el ámbito estatal–. El mayor conocimiento de las necesidades existentes en un concreto sector podría permitir la labor de concretar aún más la causalidad necesaria que, por supuesto, resulta imposible para la legislación general.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el anquilosamiento del despido económico no venía motivado en exclusiva por razones de orden causal. Existen también factores de orden procedimental que hacen rechazar a la empresa el recurso a los mismos. Sin embargo, no han sido objeto de tratamiento. En el ámbito de los despidos menores, podría valorarse el alcance de la exigencia de la comunicación escrita. Sabemos que ha de ser algo más que una expresión genérica de la causa (STS de 30 de marzo de 2010, rec. 1068/2009); pero no es fácil saber cuánto más como se advierte en la STS de 16 de enero de 2009 (rec. 4165/2007). En el ámbito de los despidos colectivos, los problemas son mayores. Por supuesto, parece necesario valorar si es razonable mantener la autorización administrativa, cuyo retroceso a nivel comparado es evidente. Pero, incluso si no se quiere abrir este camino, es claro que las posibilidades de aligerar el procedimiento de regulación de empleo, sin disminuir las garantías de los trabajadores son muchas puesto que nada añade desde esta perspectiva, la continuidad de la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa –cuya desaparición, afortunadamente se ha anunciado– ni la existencia de un recurso administrativo ni (Sala/Blasco, 2009).

En fin, una reforma legislativa ambiciosa del despido económico, en sus distintas modalidades, debería relanzar la protección de los intereses sociales durante los procesos de reestructuración. La reforma reglamentaria que se ha anunciado es, por ello, esencial. Y no sólo por esto; también por la necesidad de poner al día aquellos puntos –señaladamente la documentación inicial– cuya filosofía es diferente a la presente en la nueva redacción de las causas.

b) Por otro lado, la real utilización del despido económico no depende sólo de su propia disciplina sino también de la de otras instituciones que, como es sabido, han venido asumiendo funciones idénticas. En consecuencia, sólo si la disciplina de éstas se sitúa en la misma línea será posible conseguir el objetivo. En este punto, la reforma de 2010 adolece, de sustanciales defectos.

Aunque no me corresponde el análisis, es claro que el balance entre contratación temporal y contratación indefinida se inclina decididamente hacia aquélla. Las reformas que se introducen para corregir la deriva de nuestro ordenamiento son timoratas y con efectos que se demoran en el tiempo: a la vista

de la Ley 35/2010 existen pocos incentivos para que las empresas que contratan ahora lo hagan de forma diferente a cómo lo hacían antes del 18 de junio.

Y algo parecido ocurre con otras desviaciones. La línea evolutiva abierta desde 1994 que erosiona los costes del despido improcedente continúa firmemente presente en la reforma de 2010 (también, Gómez Abelleira, 2010, pp. 126 ss.). Por un lado, el contrato de fomento de la contratación indefinida se universaliza en modo total, garantizándose su principal efecto, la indemnización reducida por despido ilegítimo. La cosa es discutible. Desde la perspectiva técnica, se alcanza el resultado de la práctica expansión a todas las situaciones sobre la base de añadir nuevos supuestos con perfiles poco claros que, además, ensamblan mal con los preexistentes. Una lectura en negativo de los casos en los que no puede hacerse el contrato muestra a las claras las dificultades para encontrar un trabajador con el que no pueda hacerse. Ya no es por tanto una medida transitoria dirigida a favorecer la contratación indefinida en ciertos casos sino que se convierte una medida estructural cuya virtualidad evidente es la reducción de los costes del despido improcedente (Luján, 2010). La posibilidad de que la indemnización rebajada típica del contrato se convierta en paradigma está claramente abierta, con total desconsideración del hecho que la indemnización por despido improcedente está prevista para los casos de actuación ilegítima del empresario.

Esta misma idea es predicable de la nueva intervención del FGS. Acaso sea razonable subvencionar los despidos económicos como medida de apoyo a la contratación indefinida. Sin embargo, socializar sus costes con independencia del carácter justificado o injustificado de los mismos es, directamente, una aberración. Ni siquiera el argumento de que se hace mediante un sistema de seguro sufragado por las empresas permite superar esta objeción puesto que carece de sentido que los empresarios con políticas de personal «sanas» tengan que contribuir para facilitar las desarrolladas por otros que no sean tan escrupulosos. Si lo que se quiere es hacer perder el miedo al despido objetivo y a su judicialización como forma de incentivo de su real utilización, la medida debería haberse arbitrado sólo para los despidos declarados judicialmente improcedentes sin incluir en ningún caso los reconocidos como tal por el empresario. Aun con esta limitación, la medida debería tener carácter transitorio, como dice la Exposición de Motivos, sin incorporarse en ningún caso al futuro Fondo de capialización.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Albiol Montesinos, I., "El RDL 8/1997, de 16 de mayo, y el Acuerdo interconfederal sobre estabilidad en el empleo", en Albiol, I., Camps, L.M. y Goerlich, J.M., *La reforma laboral de 1997,* Valencia (Tirant), 1997, pp. 17 ss.
- Abril Larrainzar, M.P. y Megino Fernández, D., "«El laberinto del fauno» de la reforma laboral. Pocas luces y muchas sombras", RTSS CEF 328(2010), pp. 63 ss.
- Blasco Pellicer, A., *Los expedientes de regulación de empleo,* Valencia (Tirant), 2009.
- Blasco Pellicer, A., "La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010", en Alfonso, C.L., Blasco, A., Camps, L.M. y Goerlich, J.M., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010,* Valencia (Tirant), 2010, pp. 47 ss.
- De la Puebla Pinilla, A. y Gómez Abelleira, F.J., *Reforma laboral 2010,* Madrid (F.Lefebvre), 2010.
- Desdentado Bonete, A. (2010.a]), "Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas (1)", AL 11(2010), pp. 1263 ss.
- Desdentado Bonete, A. (2010.b]), "El despido, la crisis y la reforma laboral", *La Ley,* 8 de febrero de 2010.
- Desdentado Bonete, A. (2010.c]), "La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010", en García-Perrote, I. y Mercader, J.R., *La reforma laboral 2010,* Valladolid (Lex Nova), 2010, pp. 71 ss.
- Durán López, F., "Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España", DL 22(1987), pp. 57 ss.
- Escudero Rodríguez, R., "El nuevo régimen legal del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de las bonificaciones al empleo", en García-Perrote, I. (coor.), *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002,* Valladolid (Lex Nova), 2002, pp. 129 ss.
- García Fernández M., "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", AL 1995-I, pp. 73 ss.
- Gimeno Díaz de Atauri, P., "El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación del fondo de capitalización", en García-Perrote, I. y Mercader, J.R., *La reforma laboral 2010,* Valladolid (Lex Nova), 2010, pp. 211 ss.
- Goerlich Peset, J.M., *La extinción del contrato de trabajo,* Valencia (Tirant), 1994.

- Goerlich Peset, J.M. (2008.a]), "Flexiguridad y estabilidad en el empleo", *Teoría y derecho* 4(2008), pp. 32 ss.
- Goerlich Peset, J.M. (2008.b]), "¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?", *Revista de Jurisprudencia. El Derecho,* 1(2008), pp. 1 ss.
- Goerlich Peset, J.M., "Contratación indefinida y contratación temporal", en Goerlich, J.M. (coor.), *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales,* Valladolid (Lex Nova), 2010, pp. 133 ss.
- Gómez Abelleira, F.J., "El contrato de fomento de la contratación indefinida o el despido improcedente como centro de gravedad del sistema laboral", en García-Perrote, I. y Mercader, J.R., *La reforma laboral 2010,* Valladolid (Lex Nova), 2010, pp. 113 ss.
- Kahale Carrillo, D.T., "Igualdad y no discriminación", en Sempere, A.V. (dir.), *La reforma laboral de 2010,* Pamplona (Aranzadi), 2010, pp. 527 ss.
- Gómez, V., "¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?", RL 12 (2010), pp. 135 ss.
- Gualda Alcalá, F.J. y Gualda Alcalá, M.A., "Principales novedades del RDL 10/2010, de 16 de junio de 2010", RDS 50(2010), pp. 219 ss.
- Hofer, H., "La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria", RL 9(2010), pp. 115 ss.
- Mateos Beato, A., "Fondo de Garantía Salarial y responsabilidad indemnizatoria Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio", en Sempere Navarro, A.V. (dir.), *La reforma laboral de 2010,* Pamplona (Aranzadi), 2010, pp. 419 ss.
- Molina Navarrete, C., "Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva «milonga» del «capitalismo de casino»", RTSS CEF 328(2010), pp. 15 ss.
- Moliner Tamborero, G., "La flexibilidad laboral en la doctrina del Tribunal Supremo", *La Ley,* 24 de febrero de 2010.
- Pedrajas Moreno, A., en Valdés, F. (dir.), *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social,* Valladolid (Lex Nova), 1998, pp. 119 ss.
- Pedrajas, A., Sala, T. y Valdés, F., *La reforma laboral 2006,* Valencia (Tirant), 2006.
- Pérez de los Cobos, F. (coor.), *La reforma laboral. Comentarios al RDL 5/2006,* Madrid (La Ley), 2006.
- Rivero Lamas, J. y de Val Tena, A., "Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales", AL 1997-II, pp. 595 ss.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., "El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa", RL 1998-I, pp. 80 ss.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., "Despidos colectivos y autorización administrativa", RL 2(2009), pp. 1 ss.

- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., "La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010", diario *La Ley,* 8 de julio de 2010.
- Roqueta Buj, R., *El Fondo de Garantía Salarial,* Madrid (La Ley), 2009.
- Sala Franco, T., y Blasco Pellicer, A., "La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia", AL 8(2009), pp. 1 ss.

NUEVAS NORMAS EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Huelva. Senior Adviser, Landwell PwC

EXTRACTO **Palabras Clave: Intermediación, servicios públicos, empresas de trabajo temporal**

La ley 35/2010 contiene, junto con la reforma laboral, otra del mercado de trabajo y una tercera de las empresas de trabajo temporal. Aunque la primera es la que ha recibido una mayor atención, las otras dos suponen cambios significativos respecto de la situación previa. Las novedades que se producen en el ámbito de la intermediación suponen una mejora técnica en la Ley de Empleo, pero dejan de lado a los servicios públicos de colocación, centrándose en la iniciativa privada en el mercado de trabajo. Respecto de ésta, se admite la actividad lucrativa de las agencias de colocación, apostando por este sujeto como principal mecanismo para dinamizar la intermediación. Estos sujetos podrán desarrollar una pluralidad de funciones, incluyendo la recolocación, que se regula como tal actividad por primera vez en nuestro Derecho, aunque de una manera deficiente. Respecto de las ETT, se limita a dar cumplimiento a la directiva 2008/104, revisando tanto el alcance del principio de igualdad de trato para los trabajadores en misión como las prohibiciones y restricciones a su actividad, pero excluyendo a estas empresas de los cambios que se operan respecto de la intermediación, en contra de las propuestas que se habían venido presentado de reconvertirlas en agencias de empleo.

ABSTRACT **Key Words: Placement, public services, temporary work agencies**

act nº 35 of 2010 includes three different reforms: the first of labour law, the second of labour market law and the third of the regulation of temporary help agencies. Notwithstanding the fact that the first one has received most of the attention, the other two do mean significant changes. Changes in the field of placement improve the Employment Act currently in force in Spain; nevertheless, act 35 pays little attention to public employment services, as it is devoted mostly to private providers. It allows the operations of private enterprises providing placement services, considering them as the main instrument to improve the situation of the labour market. These agencies can provide a number of services, including outplacement, which is regulated for the first time in Spanish law. In the field of temporary work agencies, just implements directive 2004/104, improving the principle of equal treatment for temporary workers and reviewing restrictions and prohibitions. These agencies are nevertheless excluded from placement and other services, and therefore do not evolution to a model of "employment agencies", as it was proposed during the debates prior to the 2010 reforms.

* Este trabajo forma parte de los resultados científicos del Proyecto de Investigación: "La gestión socialmente responsable de la crisis" DER2009-08766 (subprograma JURI); así como del Proyecto de Excelencia "Régimen Jurídico de los mercados de trabajo transicionales".

ÍNDICE

1. El RDL 10/2010: ¿reforma o reformas?
2. La reforma de la intermediación
   2.1. Nueva fase de un proceso de reforma largo
   2.2. Los grandes ausentes: los servicios públicos de empleo
   2.3. Mejoras en la Ley de Empleo
   2.4. Los operadores privados
3. La reforma de la empresa de trabajo temporal
   3.1. Las razones de la reforma
   3.2. La mejora del estatus legal del trabajador en misión
   3.3. Prohibiciones y restricciones al uso de las ETT

1. EL RDL 10/2010: ¿REFORMA O REFORMAS?

La Ley 35/2010 articula la última reforma laboral hasta la fecha en España; pero no es ésta la única reforma que se incluye en texto. Antes bien, entendemos que en esta norma vamos a encontrar, junto a la primera, al menos otras dos series de cambios normativos. Cambios que se producen en otros sectores del ordenamiento laboral, y respondiendo a sus propias dinámicas y objetivos. Por reforma laboral entendemos la modificación de las reglas que ordenan la contratación del trabajo asalariado, y su utilización dentro de las organizaciones productivas. Reglas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo, a las que de manera conjunta venimos llamando "Derecho del Trabajo"; donde "laboral" y "del trabajo" serían equivalentes. Ya se han visto en los trabajos anteriores de este número monográfico de Temas Laborales los cambios producidos en este ámbito del Derecho Social, que han sido numerosos y profundos. Aquí veremos otra cosa.

El segundo conjunto de cambios normativos que encontramos en la Ley 35/2010 es la reforma del mercado de trabajo. Aunque nosotros acostumbramos a hablar de "reforma laboral" y de "reforma del mercado de trabajo" de manera indistinta, como si ambas expresiones fueran sinónimas, lo cierto es que ambas se refieren a realidades diferentes. Una cosa es cambiar el Derecho del Trabajo; y otra es alterar la regulación del mercado de trabajo, de los servicios y operadores que actúan en su seno, lo que llamamos Derecho del Empleo. La Ley –como antes el RDL 10/2010- contiene medidas que afectan a ambos ámbitos del Derecho Social, y por lo tanto es correcto afirmar que contiene estas dos reformas. Lo que ocurre es que las dos no tienen el mismo alcance, ni han recibido la misma atención.

Existe, finalmente, un tercer conjunto de medidas que nada tienen que ver, materialmente, con las dos series antes identificadas, ni en cuanto su ámbito material ni, sobre todo, en su justificación y objetivos. Se trata de aquellas reformas que afectan al régimen jurídico de las empresas de trabajo tempo-

ral (ETT), sobre el que se operan novedades importantes. Novedades que, sin embargo, en nada se relacionan con las producidas respecto del Derecho del Trabajo y del Empleo

Formalmente se observa una separación entre estos bloques temáticos en la misma norma que se comenta. En su Exposición de Motivos se identifican tres objetivos para la reforma, el tercero de los cuales es el de "*elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación labora*l". Ya en el articulado encontramos un capítulo IV que contiene "Medidas para la mejora de la intermediación laboral y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal". En su conjunto éstas tienen un impacto significativo en la ordenación de nuestro mercado laboral.

Así analizada la Ley 35/2010, como un conjunto de reformas de distinto alcance y objetivo, se cambia también la percepción que de ésta podemos tener. En efecto, aunque de forma general se entiende como una manifestación de Derecho de la Emergencia, una simple reacción a la crisis del empleo, ésta idea se basa en una parte de las reformas introducidas, las relativas al despido y a la flexibilidad interna; y en algunas de las motivaciones aducidas para introducirlas. Pero es necesaria una visión integral de la medida, que incluya un análisis de los demás procesos de cambio, y de sus justificaciones. A nuestro entender, aparte del objetivo del empleo se ha aprovechado para culminar otras reformas ya en curso, y más o menos avanzadas según los casos. También se han adoptado medidas claramente destinadas a mejorar los derechos de los trabajadores, se ha limitando la contratación temporal e incrementado los derechos de los demandantes de empleo... Es una reforma flexibilizadora, pero también tuitiva. Fracasado el consenso, busca sin embargo cierto equilibrio entre los intereses y las propuestas planteadas. Respecto de éstas, asume una especie de papel arbitral, elaborando a partir de lo que las partes pretendían. Respecto de aquéllos, siguiendo un modelo que podríamos definir de flexiguridad, en el que el incremento de las posibilidades de gestión y adaptación de las empresas no se hace a costa de una reducción sistemática de los derechos de los trabajadores.

Como se ha dicho, las tres reformas tienen distinto alcance, siendo mayor el de la primera de ellas, la estrictamente laboral. Resulta cuanto menos paradójico que una medida, la propia Ley 35, motivada directamente por el desempleo preste tan poca atención a cuestiones directamente relacionadas con las políticas de empleo y los operadores de este mercado. De las tres, nos ocuparemos en este trabajo de dos de ellas, la relativa al mercado de trabajo en sentido estricto, y la de las empresas de trabajo temporal.

2. LA REFORMA DE LA INTERMEDIACIÓN

2.1. Nueva fase de un proceso de reforma largo

Desde un primer momento, el proceso de diálogo social y de elaboración de propuestas que en su momento culminaría con la aprobación de la Ley 35/2010 incluyó como uno de los temas a tratar el de los operadores del mercado de trabajo. Esto resultaba coherente con una crisis que en nuestro país era sobre todo de empleo; y también con una insatisfacción generalizada respecto del funcionamiento de los servicios públicos de empleo (en adelante SPE) y de la regulación legal de este mercado. Desde este punto de vista, los cambios producidos en este ámbito constituirían la respuesta del Derecho del Empleo español a las dificultades de la ocupación, de la misma manera que lo serían las transformaciones en las instituciones propiamente laborales operadas por esta norma de emergencia. Ahora bien, es posible a nuestro juicio hacer otra lectura de estos cambios concretos, ampliando la perspectiva y enmarcándola en el curso de una transformación de mayor alcance de este sector del Derecho social en la que tiene mayor sentido y coherencia. Esto es, que se estaría produciendo un proceso de reforma largo en la ordenación del mercado de trabajo, desvinculado del que llevó a la norma que ahora se comenta, y que los cambios contenidos en ésta son más bien consecuencia de aquél.

Este proceso de reforma lago supone una verdadera reconstrucción de las instituciones fundamentales de su mercado de trabajo. Su inicio puede situarse al inicio de la década de los noventa del siglo pasado, y como factor de cambio principal se puede la crítica al modelo socialdemócrata imperante en España durante gran parte del siglo XX. Tal modelo se identificaba por una serie de rasgos característicos, vigentes durante décadas en nuestro país: existencia de un SPE nacional, público y gratuito, operando en régimen de monopolio e imponiendo su uso a los actores del mercado; práctica exclusión de la iniciativa privada; prestación sobre todo de servicios de colocación; y acumulación de la gestión de políticas activas y pasivas de empleo en unos mismos sujetos. La crisis de este modelo, en el contexto de graves dificultades económicas y de empleo a principio de esta década, llevó al gobierno a alterar una larga tradición normativa, empezando con la aprobación de una norma histórica en nuestro Derecho del Trabajo reciente, el RDL 18/1993. Este RDL marca el inicio de un largo proceso de cambios, articulados como dos procesos de reforma superpuestos, cuya suma da lugar, tras unos años, al modelo actual[1].

[1] Sobre esta primera reforma del mercado de trabajo, entre otros, F. Valdés Dal-Ré, "Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo", *Relaciones Laborales*, tomo 1995-I; J.M. Ramírez Martínez, "Política de empleo y servicios de colocación", en V.A. Martínez Abascal (coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira I Virgili, Tarragona, 1996, pg.123 sigts de M.E. Casas Baamonde & M.C. Palomeque Lopez, "La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo", *Relaciones Laborales*, tomo 1994-I; y de A. Martin Valverde, "La supresión del monopolio público de colocación", en Asociación Española de Derecho del Trabajo, *Reforma de la legislación laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 57 sigts,

La primera línea de cambios fue la que podemos considerar "flexibilizadora" o "liberalizadora", y fue la que basó los cambios operados en el RDL 18/1993, en un momento en que se buscaba introducir nuevos elementos de flexibilidad en el Derecho del Trabajo español[2]. Supuso, frente al modelo anterior, que desapareciera el monopolio del INEM, así como la obligatoriedad de su uso; y que se abriera un cierto espacio para la iniciativa privada, al legalizarse las ETT y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos[3]. Pero fue una liberalización bastante relativa, en el sentido de que la iniciativa privada lucrativa fue seriamente limitada; y que se mantuvieron importantes obligaciones para los demandantes de empleo. La segunda línea es descentralizadora, y comienza inmediatamente después. Esta línea afecta a la propia estructura y funcionamiento del SPE, mediante la transferencia de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas[4]. Este proceso, progresivo y aún no culminado del todo, comenzó con la creación de agencias de colocación sin fines lucrativos por algunas de éstas, y culminó en el año 2003 con la aprobación de la Ley de Empleo, que consagra al Sistema Nacional de Empleo como el resultado de la colaboración entre estos sistemas autonómicos y el Servicio Público de Empleo Estatal[5]; pero también quedó consolidado con la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación, que reconocieron la competencia de las respectivas comunidades en materia de intermediación y políticas activas de empleo[6]. La descentralización territorial a las CC.AA. se ha visto acompañada de otra funcional o institucional, que ha supuesto que los SSPE se han apoyado en una red de entidades colaboradoras para la prestación de los servicios que ofrecen. No tanto agencias de colocación sin fines lucrativos o SIPES, los proveedores originalmente previstos cuando se modificó el sistema tradicional de SSPE, sino otras entidades, especializadas en alguna actividad o territorio, cuyo papel fue expresamente reconocido por el artículo 21 de la Ley de Empleo, que se refería a las "*entidades colaboradoras de los SPE*". Descentralización territorial y funcional se han superpuesto, de esta manera, hasta llegar a un modelo muy disperso, con serios problemas de coordinación y de solapamiento, escasamente funcional a la larga.

[2] En extenso J. Cruz Villalón, "El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores", *Temas Laborales*, Nº 32, 1994, pgs. 3 sigts

[3] Sobre estas agencias, de forma monográfica, F. Moreno de Vega y Lomo, "Las agencias de colocación sin fines lucrativos", *Actualidad laboral*, Nº 1, 1997, pags. 95-107; F.J. Sanchez Pego, "Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral", *Documentación Laboral* nº 43; Mercader Uguina, "Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo", *Relaciones Laborales*, nº14, 1995

[4] Un análisis completo de este proceso en C. Serrano Falcón, "*Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las Comunidades autónomas*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

[5] F. Valdés Dal Ré, "Cooperación y coordinación entre los servicios públicos de empleo", *Relaciones Laborales*, nº 4, 2009, pgs. 1 sigts.

[6] Véase C. Molina Navarrete (dir.), "*La dimensión laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*", Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2007

El resultado de la interacción de estas dos líneas de reforma se han producido fue un nuevo modelo de regulación del mercado de trabajo[7], que se caracterizaría por la voluntariedad, la coexistencia de operadores y la descentralización; pero que no fue objeto de un diseño predeterminado y unitario, sino que se produjo como consecuencia de una sucesión de cambios normativos, cada uno de las cuales respondía a sus propios objetivos y circunstancias. Y que planteaba serias críticas en aspectos fundamentales de su regulación, por lo que las propuestas de nuevos cambios fueron constantes desde un primer momento. Daba la impresión, además, de ser un "modelo de transición", una fase en el desarrollo evolutivo de estas instituciones que se prolonga desde el final del sistema clásico o socialdemócrata hacia otro verdaderamente alternativo a éste, aún no alcanzado. De esta manera, los cambios operados por la Ley 35/2010 en este campo no pueden entenderse exclusivamente en términos de reacción frente a la crisis económica y de empleo, sino como la continuación de estas alteraciones iniciadas largo atrás.

2.2. Los grandes ausentes: los servicios públicos de empleo

El tratamiento que la Ley 35/2010 hace de los SPE es, por decirlo de alguna manera, escaso. Y ello a pesar de que éste era uno de los ámbitos en los que el Gobierno se había comprometido a intervenir con mayor intensidad según los documentos presentados a los interlocutores sociales[8]. Lo que no

[7] De manera integrada lo estudia G.M. Sobrino González, "*La política de colocación*", Bomarzo, Albacete, 2006.

[8] El primer documento gubernamental, fechado el 5 de febrero de 2010 y titulado "Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social" preveía como una de sus ocho líneas de actuación, por una serie de "*actuaciones para el refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo y la mejora general de la intermediación laboral*. El segundo documento, de 12 de abril y llamado "Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo", entendía que el diálogo social debía articularse alrededor de cinco ejes fundamentales, uno de los cuales era la intermediación laboral. En el Documento de abril se incorporaba un capítulo entero de "*actuaciones para el refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo y la mejora general de la intermediación laboral*". Respecto de los SPE, el Gobierno reitera su voluntad de mantener la consideración como servicio público de la actividad de intermediación laboral. También se afirma que "*la mejora general de la intermediación laboral pasaría, en primer lugar y de manera inequívoca, por el refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo*". Para ello se anuncia ya una primera serie de medidas concretas: mantener, al menos, en los dos próximos años la contratación existente de orientadores, derivados del Plan aprobado en abril de 2008 y dedicados a la orientación e inserción de desempleados, cuya actuación merece una positiva valoración"; fomentar el uso de orientadores para la atención personalizada y la realización de itinerarios individuales de inserción laboral de los jóvenes desempleados, a través de los convenios propuestos de Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas; proceder a una revisión antes de final de año, en coordinación con las Comunidades Autónomas y los interlocutores sociales, de las políticas activas de empleo que se aplican en la actualidad.

deja de ser paradójico, ya que la propia Ley se justifica directamente por el desempleo; y que la crítica al funcionamiento de estos proveedores públicos fue general a lo largo de todo el proceso de reforma. También estuvieron entre las prioridades de los actores del diálogo social, especialmente de las organizaciones sindicales.

Son contadas las menciones que encontramos a los SPE en el articulado de la Ley, con un contenido ciertamente limitado. Poco es, cuando existe una general insatisfacción con su funcionamiento y se plantea de manera recurrente la necesidad de su mejora. La atención fundamental de las medidas de empleo se deriva hacia los sujetos privados, como veremos. Respecto de los públicos se dice lo que ahora se verá. La más destacada de las previsiones, prevista ya en el RDL 10/2010, es la prórroga del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral de 2009; para entendernos, los 1.500 orientadores sufragados por el Estado y puestos a disposición de los Servicios Públicos de Empleo autonómicos.

> *Se autoriza al Gobierno para que apruebe, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, una nueva prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2012, del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008, referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años, respecto a esta medida, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009, según la habilitación conferida por la disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y protección de las personas desempleadas. Esta medida será de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de Empleo Estatal.*
>
> *Respecto de la gestión por las Comunidades Autónomas de esta medida, los créditos correspondientes se distribuirán territorialmente entre dichas administraciones, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.*

Por lo demás, el resto de referencias legales en la reforma a los SPE, se centran, en primer lugar, en el establecimiento de nuevas obligaciones destinadas a dotar de mayor eficacia a las novedosas reglas sobre límites en la

duración del contrato de obra o servicio o de reiteración de contratos en los art. 15.1ª y 15.5 ET –nueva redacción del art. 15.9 ET[9]--; en segundo lugar, a cuestiones conectadas básicamente con la gestión, dirección y coordinación de las políticas activas[10] ; y, en tercer lugar, y sobre todo, a conectarlos y desarrollar su relación y coordinación con las entidades privadas que colaboran o actúan igualmente como agentes de la intermediación –art. 21 Ley de Empleo— o

[9] De acuerdo con el cual, "en los supuestos previstos en los apartados 1 a) y 5, …el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa. El Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios.»

[10] Así, por ejemplo, Se adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 23, con la siguiente redacción: «3. Los recursos económicos destinados a las políticas activas de empleo serán gestionadas por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas para el cumplimiento de los objetivos fijados en el artículo 25, desarrollando para ello los programas y actuaciones que consideren necesarios. Las medidas y ayudas contempladas en los programas y actuaciones podrán ser gestionadas mediante la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa, suscripción de convenios, gestión directa o cualquier otra forma jurídica ajustada a derecho.». En segundo lugar, se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 28, en la siguiente forma: «1. Las Administraciones y los organismos públicos que tengan atribuidas la competencia de la gestión del empleo y el Servicio Público de Empleo Estatal deberán cooperar y colaborar en el ejercicio de sus competencias garantizando la coordinación de las distintas actuaciones de intermediación e inserción laboral y las de solicitud, reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo, a través de los acuerdos que se adopten en Conferencia Sectorial y de los convenios de colaboración que se alcancen, en aplicación de lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En estos convenios de colaboración se podrán establecer las condiciones de utilización de las cantidades no ejecutadas en la financiación de gastos de las distintas prestaciones por desempleo, para financiar programas de fomento del empleo y de formación profesional para el empleo, siempre que la disminución de los gastos inicialmente previstos se deba al efectivo cumplimiento por las Administraciones Públicas competentes de las funciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo anterior.» Ocho. Se adiciona una nueva disposición adicional sexta, con la siguiente redacción: «Disposición adicional sexta. Distribución competencial en las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Dentro del Sistema Nacional de Empleo, corresponde a la Administración General del Estado, a través del Servicio Público de Empleo Estatal o de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas con convenio en esta materia, la realización de las actividades de evaluación, seguimiento y control de las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que se aplican a las empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la evaluación, seguimiento y control que puedan realizar los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas en los centros de trabajo en su ámbito territorial. Igualmente, las Comunidades Autónomas realizarán dichas actividades de evaluación, seguimiento y control cuando las empresas tengan todos los centros de trabajo en el ámbito de la misma Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado en cuanto al régimen económico de la Seguridad Social. El Servicio Público de Empleo Estatal ingresará a los servicios competentes de las Comunidades Autónomas el valor de las bonificaciones no aplicadas a causa de las sanciones impuestas por infracciones en las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en concepto de formación de demanda, que se destinarán a las políticas activas de formación para el empleo.»

como operadores materiales en la misma –ETT— y cuya colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, en especial en lo relativo a colectivos con dificultades específicas de inserción, se prevé incluso expresamente en el nuevo art. 22 Ley 56/2003[11].

Finalmente, encontramos una Disposición adicional decimoséptima, titulada precisamente "Servicios Públicos de Empleo", en la que se contiene una declaración más programática que prescriptiva, que no deja de ser paradójica en el contexto del tratamiento tan pobre que se hace de estos servicios: "*el Gobierno seguirá reforzando los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos organizativos y de la red de oficinas. Así mismo, incrementará el grado de coordinación y eficacia entre los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos para promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo*".

Lo que, no obstante, sí plantea el carácter meramente programático de esta norma es si, en realidad, es el Poder Central al que debe exigírsele única o incluso prioritariamente la tantas veces postulada modernización y mayor penetración de los servicios públicos de empleo en nuestro mercado de trabajo. Y ello porque estas críticas sobre la escasa importancia prestada por la reforma a este tema, o su carácter meramente programático, seguramente olvidan cómo en el actual diseño establecido por el bloque constitucional, las competencias esenciales en este campo ya no radican en el Poder Central. En el nuevo diseño de distribución territorial del Estado las competencias incluso legislativas, sobre organización y gestión de los Servicios Públicos de Empleo que desarrollan realmente esta función de intermediación, corresponden a las Comunidades Autónomas, cuya responsabilidad a veces no es convenientemente destacada. Es en la actuación de estas, en su gestión y en la atribución de medios materiales y personales a sus respectivos servicios de empleo, en donde deberíamos encontrar las claves para una mayor penetración y una gestión más ágil y eficiente de los mismos. Y es seguramente a estos mismos Poderes Públicos, y no al centrar, al que habría de solicitarse prioritariamente un mayor protagonismo, mejores medios, y una gestión más dinámica y eficaz de este Servicio Público en cada una de nuestras Comunidades Autónomas.

Por ello, y al menos a nuestro juicio, el auténtico proceso de reforma de estos servicios no debiera buscarse en la normativa central, sino en la normativa y en la actuación específica de cada Comunidad Autónoma que, en muchos

[11] "En el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso a que se refiere el párrafo anterior".

casos, y como ya hemos dicho, se orienta mediante acuerdos de concertación[12]; unos acuerdos en los que se insiste constantemente en la mejora de medios materiales y de gestión, y en los que empiezan a atisbarse los primeros síntomas de cambio, sin negar, obviamente, que queda mucho por mejorar. Es cierto que la Administración General puede y seguramente debe jugar un papel de liderazgo en las mismas, e incluso algo más cuando se trate de potenciar la más que necesaria coordinación entre prestaciones por desempleo y políticas activas, como se deduce de la DA 6 Ley 35/2010[13]. Pero sin que ello sirva o deba servir para encubrir a los sujetos que realmente detenta el poder en este tema, y a los que, por tanto, debiera igualmente exigírsele responsabilidades prioritariamente en esta sede.

Como se ve, la mayoría de los cambios –la mayor parte de ellos introducidos durante la tramitación parlamentaria de la norma- operan en el plano competencial, regulando el reparto de roles entre los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómico en determinadas materias, sin alterar ni el modelo institucional ni el marco regulador de la actividad de intermediación de estos sujetos. A la vista de esta regulación, podemos afirmar que a todos los efectos los SPE han quedado excluidos del proceso de reforma, quedando pendiente la adopción de las medidas necesarias para su fomento y mejora. Éste sería uno de los muchos temas, desde este punto de vista, que se habrían "caído" de la reforma como consecuencia de los avatares de ésta y de las estrategias de los sujetos involucrados en ésta. Aún así, el Gobierno afirma en la Exposición de Motivos de la norma que se comenta que aunque "*se estima necesario iniciar una apertura a la colaboración público-privada en esta materia"*, es necesario preservar en cualquier caso "*la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación. Los servicios públicos de empleo son siempre necesarios para acompañar y promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo. Se mantiene la voluntad de seguir mejorando y potenciando los servicios públicos de empleo. En este contexto, la regulación de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro permitirá complementar la actividad de los servicios públicos de empleo*". Esta declaración de apoyo al papel de los SPE no se ha visto acompañada de una actuación coherente con éstos.

[12] Véase los acuerdos que como mero ejemplo fueron mencionados supra en la nota n. 58.

[13] De acuerdo con la cual "en el momento en que el empleo inicie su recuperación, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo".

2.3. Mejoras en la Ley de Empleo

La Ley 35/2010 contiene diversas medidas para mejorar la intermediación laboral; más correcto sería decir que se dirigen a corregir la regulación de ésta en la Ley de Empleo, una norma claramente insatisfactoria en su versión original de 2003, hasta el punto de ser considerada en gran parte fallida. Se modifican algunos de sus preceptos, completándola y mejorándola, e introduciendo en ella algunas materias fundamentales ausentes hasta ahora. En lo que a este estudio interesa, dos son las grandes materias de las que se ocupa esta reforma: la actividad de intermediación, por un lado; y el demandante de empleo, por otro.

Comenzando con el análisis de los cambios que se producen respecto de la intermediación, se completa su regulación, incorporando nuevos datos normativos. Y se ubica esta regulación, en su sede natural, la Ley de Empleo. Para ello se introduce un nuevo artículo 21 bis sobre agencias de colocación, en el que se dispone con cierto detalle la ordenación de este sujeto, que es el verdadero protagonista de la reforma del mercado de trabajo de 2010. Se repara una de las mayores carencias del anterior texto de esta Ley, ya que la regulación de estas agencias se encontraba en el Estatuto de los Trabajadores, y no en su articulado. Cambia el orden de los apartados del artículo 22, introduciendo algún nuevo contenido. Y se realizan, finalmente, otros cambios en disposiciones vigentes, sustituyendo la referencia a las entidades colaboradoras y agencias de colocación sin fines lucrativos, por la más general de "agencias de colocación"

El segundo de los grandes contenidos del RDL se refiere al demandante de empleo. En este punto se puede decir que las nuevas disposiciones continúan con la construcción del estatuto jurídico de este sujeto, cuyos derechos y obligaciones van perfilándose a medida que se va desarrollando el Derecho del Empleo. El nuevo artículo 22.5 de la Ley de Empleo incluye una definición legal expresa del demandante de empleo: *"a efectos de la intermediación que realicen los servicios públicos de empleo y, en su caso, las entidades colaboradoras de los mismos y de la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquéllos que se inscriban como tales en dichos servicios públicos de empleo*"

En la legislación de empleo anteriormente vigente, ya se preveía el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el acceso al empleo, expresados como principios que debían guiar la intermediación laboral pública o privada. Esto se ha mantenido, y así el artículo 22.1 señala que "*la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos*". Estos derechos son desarrollados por el artículo

22bis, dedicado monográficamente a la discriminación en el acceso al empleo, y que fue introducido en la Ley 56/2003 por la Ley Orgánica 3/2007. La ley 35/2010 ha modificado también esta disposición, pero de forma puntual y sólo para sustituir la mención a las agencias de colocación sin fines lucrativos que en ésta se hacía por otra a las agencias de colocación sin más especificaciones.

Estos derechos relacionados con la igualdad y no discriminación se han visto completados por otros, en muchos casos ya existentes materialmente pero que ahora se reconocen de manera expresa. De esta manera, en su nueva redacción el artículo 22.1 de la Ley de Empleo señala que *"los servicios públicos de empleo, agencias y entidades señalados en el apartado anterior someterán su actuación en el tratamiento de datos de los trabajadores a la normativa aplicable en materia de protección de datos"*. Esta garantía de la dignidad y de la intimidad de los demandantes de empleo se completa con una nueva redacción del artículo 16.2 ET, que dispone que "l*as agencias de colocación en sus actuaciones deberán respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores, cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios"*. Además, se modifica el apartado 2 del artículo 16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para tipificar como infracciones muy graves "*solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado*".

Otro derecho que se reconoce a los demandantes de empleo es el de la gratuidad en los servicios de intermediación que reciban, tanto por parte de operadores públicos como privados, en línea con lo dispuesto por la normativa internacional del trabajo y el Derecho europeo. Así se reconoce expresamente en el apartado 4 del artículo 22 LE, y para asegurar su cumplimiento el artículo 16.1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera infracción muy grave de las agencias de colocación "*exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados*".

Finalmente, vamos a encontrar reconocimiento expreso de derechos de los demandantes de empleo también en la regulación que se hace de las agencias de colocación, que veremos inmediatamente. De éstas la Ley dice que deberán cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y que deberán prestar especial atención a los colectivos con dificultades para el empleo.

2.4. Los operadores privados

Las únicas novedades relevantes de la ley 35/2010 en el campo del empleo se producen en el ámbito los sujetos privados, sobre los que se concentra la atención del legislador. Más concretamente, la regulación se concentra en un tipo concreto de operador privado, la agencia de colocación, que se presenta como la verdadera protagonista del nuevo modelo. Para la Exposición de Motivos, será esta medida la que contribuya a la mejora del funcionamiento de los SPE, cuya actividad "complementará".

La primera novedad que se produce respecto de estas agencias, sin duda la más relevante, es que se admite que funcionen con finalidad lucrativa. Al admitirse ésta, podrán existir empresas dedicadas de manera profesional y competitiva a la intermediación; las agencias de colocación, hasta ahora operadores sin finalidad lucrativa, se transforman en auténticos sujetos empresariales. Esta admisión supone cambiar la perspectiva tradicional del legislador laboral español respecto de la intermediación: de la ausencia de lucro se pasa ahora a la gratuidad; lo relevante no es ganar dinero colocando trabajadores, sino que a éstos no se les cobre por sus servicios. Así lo indica el apartado 4 del nuevo artículo 22 de la Ley de Empleo: "*la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración con aquéllos, conforme a lo establecido en este capítulo, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores. La intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos*".

Hay que subrayar este cambio de perspectiva, pues supone un verdadero cambio de fase en el Derecho del Empleo español Desde una perspectiva estrictamente nacional se continúa el tránsito iniciado en 1993 de un modelo socialdemócrata a otro pluralista y competitivo. Esto nos pone en línea con lo promovido por la Organización Internacional del Trabajo[14], la Unión Europea y otros Estados europeos[15]. Decía el propio Gobierno en su documento de abril que consideraba obligado "*corregir la singularidad de nuestro ordenamiento en cuanto a las restricciones sobre la apertura a la colaboración público-privada de las tareas de intermediación labora*l".

[14] Sobre el impacto del convenio 181 OIT en el Derecho español, F. Cavas Martínez, "El convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación", *Aranzadi social,* Nº 5, 2000, pp. 105-122; de manera más general R. Blanpain (ed.), "*Private employment agencies : the impact of ILO Convention 181 (1997) and the Judgment of European Court of Justice of 11 December 1997*", Kluwer, Deventer, 1999.

[15] V. Gómez Sánchez, "La intermediación laboral pública en España: una perspectiva comparada", *Circunstancia*. Nº 05/ 2004.

Para hacerlo posible, se introduce un nuevo artículo 21bis en la Ley de Empleo, dedicado a las Agencias de colocación, y se adaptan otros preceptos de normas legales, como la Ley de Empleo y la Ley General de la Seguridad Social. La definición de este operador la encontramos en el primer apartado de este nuevo precepto, en el que se dice que "*a efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal*".

Lo primero que hay que analizar son los requisitos que se imponen a los sujetos que quieran operar como AC. Pues bien, a lo largo del capítulo IV de la Ley 35/2010 se indican los siguientes:

- Podrán ser personas físicas o jurídicas
- Deberán obtener autorización del servicio público de empleo competente por razón del domicilio social de la agencia, que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente[16].
- Deberán suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas
- Deberán elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26 de la Ley de Empleo, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo.
- Deberán disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.
- Deberán garantizar la aplicación y el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.
- Deberán cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad

[16] En la Exposición de Motivos de la Ley 35 se explica el objeto de esta exigencia: "en este sentido, se regula legalmente la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro en la línea de las más recientes normas y criterios de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia. La centralidad de los servicios públicos de empleo respecto de estas agencias queda asegurada por la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad, por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos servicios públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de éstos".

- Deberán prestar sus servicios de forma gratuita

Por lo que se refiere a los servicios que podrán prestar, según el RDL éstos serán los siguientes:

- actividades de intermediación laboral, entendiendo por tal el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación.
- actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal
- recolocación, como veremos inmediatamente

En cambio, se afirma expresamente que no podrán poner a disposición trabajadores de empresas usuarias; esto es, no podrán prestar el servicio que actualmente ofrecen las ETT a éstas. El artículo 15.2 de la Ley 35 añade un apartado 3 al artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, con la siguiente redacción: "*la actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica*". Esta exclusión es bidireccional: las agencias de colocación no podrán hacer trabajo temporal porque se lo prohíbe el artículo 16 ET; pero las ETT no podrán ofrecer ninguno de los servicios que se permiten a las agencias porque siguen obligadas por el deber de actividad exclusiva que les impone la Ley 14/1994, que no ha sido modificada en este punto.

Esta regulación es claramente insuficiente. En este sentido, la Disposición final tercera de la Ley afirma en su apartado tercero que "c*on anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno elaborará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en esta Ley en materia de agencias de colocación. Asimismo, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, fijará indicadores de eficacia de las agencias privadas de colocación. Dichos indicadores serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre Agencias y los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas"*.[17] Ya en el articulado de la Ley se habían venido haciendo referencia a aspectos de la actividad de estas agencias que serían detallados reglamentariamente. Habrá que esperar a esta norma reglamentaria para conocer en detalle el régimen jurídico de estos operadores del mercado de trabajo.

[17] Este último inciso relativo a la evaluación de las agencias de colocación se introdujo durante la veraniega tramitación parlamentaria de esta norma. La Disposición final séptima del RDL 10/2010 se limitaba a afirmar en su apartado tercero que "*en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley el Gobierno elaborará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en aquél en materia de agencias de colocación*".

Una vez analizada esta regulación podemos señalar algunos datos relevantes respecto de estas nuevas agencias de colocación. Lo primero es la inadecuación de la denominación, ya que en los términos en los que quedan tras el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 no hacen colocación, sino intermediación; y pueden hacer también recolocación. Lo segundo, que al regularlas se produce una novedad respecto del Derecho del Empleo español, en el sentido de que se rompe la ecuación: un sujeto, una actividad, que era la que regía hasta ahora. La nueva agencia de colocación va a poder desarrollar diversas funciones, expresamente señaladas en la norma que las regula. Además, se presta mucha atención a la relación entre las agencias y los servicios públicos de empleo, algo muy de agradecer ya que lo importante en estos momentos es la colaboración entre operadores del mercado; mientras que hasta ahora el énfasis de la regulación se había puesto más en la ordenación de éstos. En la práctica, estas nuevas agencias de colocación están más cerca del modelo de "agencia de empleo" que algunos defendían, en cuanto acumulan muchas funciones y pueden prestar diversos servicios. La denominación que el legislador laboral ha querido darle a estos operadores, claramente continuista, no debe llevarnos a engaño, pues los cambios producidos en estos sujetos han sido importantes.

Un dato importante es que las agencias de colocación dejan de aparecer como colaboradores de los SPE. Más precisamente, pueden serlo pero no necesariamente. Según el artículo 21bis.1 de la Ley de Empleo, estas empresas podrán actuar "*bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos*". Y en el apartado 5 de este mismo precepto se lee que "*las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos, con el alcance previsto en las normas de desarrollo de esta Ley y en los propios convenios que se suscriban.*» Esto contrasta con la regulación anteriormente vigente de las agencias de colocación sin fines lucrativos, a las que el art. 1 del RD 735/1995 definía de la siguiente manera: "*las agencias de colocación se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades*".

Esto supone un cambio importante, porque se altera la relevancia pública de su actuación, los efectos de ésta respecto de quiénes reciben sus servicios. En particular, sólo se considerará relevante su actuación de cara a las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones por desempleo cuando actúen como colaboradoras de los servicios públicos de empleo. En caso

contrario, las ofertas de empleo que ofrezcan y las gestiones que realicen por cuenta de los desempleados no serán consideradas por las entidades públicas. En este sentido se modifica el apartado 1 del artículo 231 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para indicar que las obligaciones de los demandantes de empleo se entienden respecto de los servicios públicos de empleo y respecto de "*las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos*". Sólo en relación con éstas, las agencias que colaboran con los servicios públicos de empleo, habrá que aceptar las acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que se les ofrezcan; sólo de éstas habrá de aceptarse la colocación adecuada; sólo en éstas habrá que renovar la demanda de empleo y comparecer, etc… *Contrario sensu*, cuando no se tenga este estatus las obligaciones respecto de la agencia de colocación serán mucho menores.

Un último dato relevante es que las nuevas agencias de colocación vienen a sustituir por completo a las antiguas agencias de colocación sin fines lucrativos, sin que se prevea la subsistencia de éstas y su convivencia con aquéllas. Así lo indica la Disposición transitoria décima del RDL 10/2010, dedicada específicamente a las agencias de colocación sin ánimo de lucro autorizadas, respecto de las que afirma que "*las actuales agencias de colocación autorizadas de acuerdo con el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones de desarrollo de este real decreto-ley, para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación y solicitar la correspondiente autorización, conforme al artículo 21.bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Una vez superado el citado plazo, las empresas o entidades que no cuenten con la citada autorización no podrán continuar desarrollando estas actividades*".

Es notable el contraste entre el detalle con que se tratan estas agencias en la Ley 35/2010, y la escasa atención recibida por los servicios públicos de empleo. De esta manera, la reforma de 2010 se centra en una parte si se quiere marginal o secundaria dentro del mercado de trabajo, las agencias privadas de colocación, en vez de en los verdaderos actores principales de éste, los servicios públicos y las ETT. Confía las mejoras en su funcionamiento a unos sujetos hoy inexistentes, con la esperanza de que la perspectiva del beneficio atraiga a una iniciativa privada hasta ahora poco entusiasta respecto de la actividad de intermediación; lo que era previsible, dado que se excluyó por mandato legal el lucro de su actividad. Habrá que esperar a que las empresas se involucren en la colocación, y desarrollen un conjunto de empresas capaz de marcar una diferencia.

Otro ámbito de la iniciativa privada en el mercado de trabajo en el que se producen cambios relevantes es el de la actividad de recolocación[18]. Este aspecto de la reforma será objeto de atención específica en un capítulo propio de este número monográfico, lo que nos exonera de plantear aquí su estudio. Pero no querríamos dejar pasar la oportunidad de realizar algún comentario que nos parece relevante respecto de la manera en que se ha introducido la regulación de esta actividad en nuestro ordenamiento jurídico. El nuevo artículo 20 de la Ley de Empleo va a contener la principal, aunque no única[19], referencia de la Ley 35/2010 a esta actividad, indicando en su apartado 2 que "*también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación*". Se produce una equiparación completa entre recolocación e intermediación, que se corrobora con la inclusión de la definición de aquélla en un precepto dedicado a delimitar el concepto de ésta.

Esta opción supuso en su momento una novedad del RDL 10/2010, mantenida posteriormente por la Ley 35/2010, ya que en los textos anteriores a la reforma no se preveía esta equiparación. Aunque sí es cierto que a lo largo del proceso que culminó en la aprobación de esta norma se fue produciendo un acercamiento progresivo entre ambas figuras. Así, en el AMCE se hablaba de "Agencias de Colocación" y "Empresas de Recolocación" como distintos agentes que intervienen en el mercado de trabajo. En la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, aparece una Disposición adicional cuarta sobre "Empresas dedica-

[18] Respecto ésta, y una vez disponemos ya de un cierto tratamiento legal de esta figura, hay que advertir antes que nada que no podemos confundir el concepto de recolocación con la actividad de un tipo determinado de empresas, las llamadas agencias de outplacement. En España hemos adoptado la misma denominación para lo uno y para lo otro, para un aspecto estructural de nuestro mercado de trabajo, la gestión de las transiciones profesionales; y para una forma de desarrollar éstas, con la colaboración de un tipo particular de sujeto, la agencia de recolocación. No son la misma realidad. Una cosa es la función, que es responsabilidad de las empresas y de los servicios públicos de empleo; y otra cosa es el asesoramiento y auxilio especializado en ésta, que es lo que hacen las agencias.Este servicio empresarial, prestado por unas organizaciones especializadas, es al que podemos llamar "recolocación en sentido estricto".

[19] Otra referencia la vamos a encontrar en la nueva redacción del artículo 51.4 ET, en el que se afirma lo siguiente: "*la consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá 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, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.*"

das a la intermediación laboral", distinguiendo entre otras "*la actividad de las empresas que intervienen en la recolocación de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo"*. Mientras que en el primer documento del Gobierno, de febrero de 2010 se sigue hablando de dos actividades y de dos sujetos distintos, sometidos a reglas diferentes. Pero en el segundo documento, el presentado en el mes de abril, aunque se mantiene la idea de que son dos actividades y sujetos distintos, con reglas diferentes, ya se dice que las dos estarán sometidas a unos mismos principios en su regulación. El paso siguiente lo dio el RDL 10/2010, para el que nos encontramos ante distintas actividades, pero calificadas legalmente de la misma manera, como intermediación; y que serán prestadas por unos mismos sujetos, sometidos a una regulación común. A salvo de que el desarrollo reglamentario de la Ley 35/2010 prevea la posibilidad de especialización de las agencias dedicadas a la intermediación, no vamos a tener "empresas de recolocación" como tales en nuestro mercado de trabajo, sino agencias de colocación que ofrezcan este servicio. Se ha elegido centrarse en la actividad, y no en el sujeto que la presta[20].

La técnica elegida por el legislador laboral debe ser criticada de forma rotunda, y desde varios puntos de vista. En primer lugar, sólo se regula la recolocación a vinculada a los ajustes colectivos de plantilla, ya que se señala expresamente que se piensa en trabajadores afectados por ERES. Esto es algo que se afirmaba ya en la Ley 27/2009, y que se ha mantenido sin cambios en los dos documentos presentados en 2010, hasta llegar al RDL 10 y a la Ley 35 de 2010. No tiene sentido esta limitación. Junto a la recolocación prevista en los planes sociales de los ERES (muy minoritarios, por otra parte) existe la que se produce a nivel individual, en el marco de pactos entre la empresa y empleados particulares de ésta. Desde un punto de vista material los servicios prestados al desempleado son idénticos, sin que desde un punto de vista jurídico merezcan una regulación diferenciada. Ahora la recolocación colectiva sería regulada, mientras que el resto seguiría en la situación actual de desregulación.

En segundo lugar, se equipara la recolocación con la intermediación, siendo dos figuras diferentes, con espacios propios de actuación y prestadas por sujetos distintos. No se corresponde esta equiparación con la realidad de nuestro mercado de servicios relacionados con el empleo, en el que son diferentes los sujetos que prestan una y otra actividad.

En tercer lugar, la recolocación queda sin un régimen propio ni una identidad como actividad. A las empresas que la prestan se les engloba dentro del concepto genérico de agencia de colocación, con la misma regulación y obligaciones, cuando operan de forma diferente y en nichos del mercado separados.

[20] Si bien no podemos dejar de señalar como en algún otro apartado de la Ley 35, en concreto en el nuevo art. 51.4 ET, se habla de "empresas de recolocación autorizadas".

3. LA REFORMA DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

3.1. Las razones de la reforma

La Ley 35/2010 contiene una significativa reforma de la legislación de las ETT, uno de los proveedores privados de servicios ya presentes en nuestra realidad laboral. Ahora bien, este cambio normativo nada tiene que ver con la reforma del mercado de trabajo estudiada hasta ahora, ni con el resto de medidas incluidas en esta norma en general, ya que ni se dirige al logro de los objetivos fijados por éste, ni se justifica por las mismas razones. Respecto de estas empresas, el legislador laboral se ha limitado a dar cumplimiento a lo dispuesto por la directiva comunitaria de 2008, sin más objetivo que el de adecuar el Derecho español a esta norma europea. Así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos de esta norma, según la cual ésta *"introduce varias modificaciones en la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal que se dirigen a la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal"*. La Disposición final segunda, por su parte, señala que "*mediante esta Ley se incorpora al derecho español la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal*". La voluntad de proceder a esta implementación se había anunciado ya en los dos documentos presentados por el Gobierno a los interlocutores sociales. En consecuencia, la Ley 35 procede a alterar varios artículos de la 14/1994, potenciando la igualdad de trato de los trabajadores en misión con claras mejoras respecto de la regulación anterior. También afronta decididamente la cuestión de las prohibiciones y restricciones a su actividad, uno de los objetivos fundamentales de la norma europea que el Derecho español estaba lejos de cumplir; y lo hace adoptando una solución bastante compleja. Estudiaremos estas novedades en la segunda parte de este trabajo, que ahora comienza.

3.2. La mejora del estatus legal del trabajador en misión

En principio, es evidente que las normas centrales en este punto de la Directiva 2008/104 son el art. 5 por lo que se refiere al principio de igualdad de trato, y el art. 6 en lo relativo al acceso al empleo, a las instalaciones comunes y a la formación profesional. Y ello, claro está, teniendo en cuenta, siempre, la naturaleza de "requisitos mínimos" que para su contenido establece en general el art. 9 de la Directiva.

Pues bien, para trasponer dichos mandatos la Ley 35/2010 incorporan en primer lugar una nueva redacción del art. 11 Ley 14/1994 que, ampliando su contenido, tradicionalmente centrado en los aspectos retributivos, se extiende

ahora al resto de "*condiciones esenciales*" equiparándolas, durante los periodos de prestación de dichos servicios, a las que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. En concreto, la nueva norma aclara que "*se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos*", reproduciendo así literalmente lo establecido en el art. 3.1.f de la Directiva 2008/104.

Lo primero que debe señalarse en relación con esta modificación es que se trata de una clara mejora del estatus legal, con todo lo que ello supone de mínimo indisponible para el futuro de la negociación colectiva en el sector. Pero de una reforma que, en la práctica ya había sido incorporada básicamente por la negociación colectiva sectorial estatal, prácticamente desde la firma del III Convenio Colectivo de ETT. De hecho, los art. 33.2 –jornada--, 34.3 –horas extraordinarias—, 36.2 –descanso semanal y festividades--, 35.2 –trabajo nocturno--, y art. 41.2 –vacaciones— del actual V Convenio Colectivo de ETT[21] ya contemplaban esta remisión que, llamativamente, no se extiende a otros aspectos como las licencias y permisos en donde no existe esta equiparación. En cualquier caso, el expreso tenor literal del segundo párrafo parece cerrar cualquier vía interpretativa que pretendiese ampliar o extender más allá de estos aspectos el pretendido ámbito legal de estas "condiciones esenciales".

En segundo lugar, y a diferencia de lo que acontecía con la anterior redacción del precepto, no se establece expresamente su carácter de mínimo. Pero al menos a nuestro juicio tampoco parece que haya ningún problema en considerarlo como una norma mínima de derecho necesario relativo, que podría ser mejorada mediante la negociación colectiva de la propia ETT. Es cierto que en la actualidad, el convenio colectivo estatal de sector se limita a una mera remisión a la regulación aplicable a la empresa usuaria. Pero nada impediría, al menos a nuestro juicio, que esta negociación pudiera establecer unas condiciones superiores a las de la empresa usuaria de referencia, más aún dada la posibilidad abierta en el art 9.1 Directiva 2008/104.

Y finalmente, y en tercer lugar, obsérvese que en este caso no se identifica una concreta fuente normativa para la fijación de estas condiciones míni-

[21] BOE de 8 de febrero de 2008, n. 34. Recuérdese, además, que la Resolución TRE/4147/2008, de 12 de diciembre -- DOGC de 18 de febrero de 2009, núm. 5321-- dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Comisión negociadora del V Convenio colectivo de trabajo del sector de empresas de trabajo temporal de Cataluña en virtud del cual las partes manifestaron "su voluntad la de dejar sin efecto las previsiones reguladas en el Convenio colectivo de Empresas de Trabajo Temporal de Cataluña", y por tanto "dan por finalizada la negociación del mismo. Que en consecuencia y tras los trámites oportunos, sea aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal de Cataluña, el V Convenio colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal en atención a su ámbito funcional y territorial de aplicación".

mas equiparables. Por ello consideramos que en principio serían de aplicación cualquiera de las que pudiera habérsele aplicado al trabajador en misión si hubiera sido contratado directamente; esto es, convenio colectivo estatutario o extraestatutario, acuerdo o pacto colectivo de empresa, e incluso, aunque aquí con más dudas, decisiones unilaterales del empleador de efectos colectivos, en las mismas condiciones que serían aplicables en los supuestos de contratación directa y, desde luego, cuando ello se deduzca del convenio colectivo aplicable. No otra conclusión cabe extraer, al menos a nuestro juicio, tanto de la jurisprudencia precedente –que interpretó muy ampliamente la mención expresa al "convenio colectivo" del antiguo art. 11 Ley 14/1994 en relación con la fuente de la retribución--[22], como de la amplia definición dada por el art. 3.1.f de la Directiva 2008/104, de acuerdo con la cual, se entenderá por condiciones de trabajo y empleo "*las establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas*".

Por otra parte, un segundo aspectos a destacar es que la nueva norma legal desarrolla aún más ampliamente la concreta equiparación salarial señalan-

[22] En este sentido baste traer a colación la conocida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 enero 2009 (RJ 2009\620) de acuerdo con la cual "La cuestión planteada ya ha sido unificada por esta Sala, no solo en la sentencia invocada de 25-9-02 sino también en la mas reciente de 7-2-2007 (RJ 2007, 1815), con doctrina que es plenamente aplicable al caso…1) La exposición de motivos de la Ley 29/1999 , que ha dado nueva redacción al art. 11 de la Ley 14/1994 ha expresado con claridad que la finalidad de esta reforma legal es lograr que el recurso a la mano de obra de las ETT sea efectivamente "un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria" y no, como venía sucediendo en la práctica laboral anterior a dicha Ley, "un medio de reducir costes salariales". 2) En consecuencia, la mención del art. 11 de la Ley 14/1994 al "convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria", no puede interpretarse en sentido estricto de convenio estatutario, sino en el amplio, que comprenda los distintos instrumentos de negociación colectiva, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, siempre que tengan en la práctica una aplicación general en la empresa usuaria. 3) De no ser así, el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa… Nuestra sentencia extendió tal obligación incluso a "las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo", pero porque ello se deducía del Convenio Colectivo aplicable en aquel caso".

do que "*la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas*[23]*, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones*". Una redacción esta que, nuevamente, vuelve a legalizar –situándolo eso sí, fuera del futuro albur negociador-- una realidad ya presente en nuestra negociación colectiva, como demuestra, nuevamente, la redacción extraordinariamente similar a este nuevo precepto del art. 32 del ya comentado V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

La reforma, por tanto, no ha utilizado —ya que, como recuerda el art. 9.2 Directiva 2008/104 la misma no puede considerarse como un motivo suficiente para justificar una reducción del nivel de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la Directiva"-- la posibilidad establecida en el art. 5.2 Directiva 2008/104 y de acuerdo con la cual los Estados miembros podrían, tras consultar a los interlocutores sociales, "establecer excepciones" a este equiparación "*cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misione*s". La norma española, al igual que sucedía con la versión anterior del art. 11 ET impone esta igualdad con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de la relación del trabajador en misión, atribuyendo todo lo más a la negociación colectiva la posibilidad de mejorarlas y no empeorarlas.

[23] Sobre la aplicación de esta regla en el caso de partidas extrasalariales, parece que seguirá siendo aplicable –dado el uso del mismo término, retribución— la compleja doctrina sostenida por la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 7 febrero 2007 (RJ 2007\1815) de acuerdo con la cual "dentro de la noción genérica de los conceptos no salariales hay una amplia gama de percepciones cuya función es distinta. Así, en una enumeración no exhaustiva habría que distinguir 1º) las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, 2º) las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial y 3º) las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Pues bien, lo que se ha querido lograr mediante la reforma realizada por la Ley 29/1999 en el artículo 11 de la LETT es que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo. Ello determina que la equiparación no puede detenerse en el salario, sino que tenga que comprender, para ser efectiva, la compensación de los gastos realizados precisamente en función de la prestación de trabajo, es decir, los comprendidos en el grupo 1º de la anterior enumeración, aunque no se extienda a los otros dos grupos, en la medida en que ya no se trata de percepciones vinculadas directamente con el trabajo. Por todo ello, hay que concluir que la ayuda alimentaria está comprendida en la garantía de la equiparación". Recuérdese, además que, de acuerdo con el art.3.2 Directiva 2008/104 "La presente Directiva no supone menoscabo del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración, del contrato de trabajo, de la relación laboral o del trabajador".

En tercer lugar, este desarrollo del principio de igualdad se extiende expresamente –trasponiendo nuevamente de forma casi literal el contenido del art. 5.1 Directiva 2008/104-- a las disposiciones aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores –término que englobaría obviamente tanto a los niños como a los jóvenes, a los que se refiere expresamente la directiva[24]--, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual[25].” Y ello, cabría añadir --en virtud de una interpretación conforme con el art. 5.1 Directiva 3008/104— con independencia de su origen legal, reglamentario, administrativo, de origen colectivo o, en general, de la procedencia de las demás disposiciones de alcance general aplicables a esta empresa y puesto.

En cuarto lugar, dentro de este proceso de equiparación, y como trasposición de lo establecido en el art. 6.4 Directiva 2008/104, el RDL 10/2010 primero, y la Ley 35/2010 después, dan una nueva redacción al apartado 2 del artículo 17 ETT de acuerdo con la cual estos mismos trabajadores tendrán derecho, mientras dure la misión obviamente, a “*la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria*” y “*en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria*”; una medida ésta que nuevamente venía precedida de una norma similar a nivel convencional, en concreto, el art. 14.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT, si bien este se limita a destacar como “*durante el plazo de vigencia del contrato de puesta a disposición el personal puesto a disposición tendrá derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria –comedores, cafetería, servicios médicos, etc.–“*. Bastará pues con integrar la nueva norma legal en la genérica remisión convencional para salvar las posibles omisio-

[24] Debe recordarse que, seguramente y a estos efectos, podrían asumirse las definiciones establecidas en el art. 3 de la Directiva 94/33 CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo -- Diario Oficial n° L 216 de 20/08/1994--, en virtud de la cual debería entenderse por a) «joven»: toda persona menor de 18 años contemplada en el apartado 1 del artículo 2 de la mencionada directiva y b) «niño»: todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

[25] Véanse a nivel comunitario las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico -Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000- y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En la doctrina, por todos, M.F. Fernández López, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, Temas Laborales, 98/2009, p. 11 y siguientes. Específicamente sobre la discriminación por razón de género, y de la misma autora, *La Tutela Laboral Frente a la Discriminación por Razón de Género*, La Ley-Actualidad, 2008.

nes, destacándose igualmente la falta de toda mención en el nuevo texto legal de la posibilidad abierta en la norma comunitaria y en virtud de la cual sería admisible un trato diferente cuando "concurran razones objetivas que (lo) justifiquen".

Por otra parte, y junto al desarrollo de este principio de igualdad o equiparación entre el trabajador en misión y el empleado en la empresa usuaria, la reforma, trasponiendo igualmente lo establecido en el art. 6.1 Directiva 2008/104, establece, en su nuevo art. 17.3 LETT, que "*la empresa usuaria"* –concretándose así de forma razonable la cierta indeterminación de la norma comunitaria en relación con el sujeto obligado—"*deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información*.»

El tenor de la norma, casi idéntico a la comunitaria, y que entronca claramente con normas similares relativas a la regulación de los contratos temporales[26] o, *mutatis mutandi*, a tiempo parcial[27], plantea las mismas dudas que en su momento planteó aquella y relativas, por mencionar algunas, al momento adecuado de dicha comunicación –que deberá ser en todo caso hábil para la consecución del objetivo perseguido— o al ámbito, nivel y tipo del puesto que debe ser comunicado –parece que la indeterminación de la norma, a diferencia del precepto comunitario que sí mencionaba el empleo indefinido, obliga a que lo sea cualquier vacante con independencia de su encuadramiento profesional, de su naturaleza temporal o indefinida o del centro en el que se produzca con tal de que lo sea en la propia empresa--. Además, obsérvese que esta comunicación no es personalizada, ni individual ni colectivamente, por lo que con la misma información genéricamente puesta a disposición de los empleados directos y en misión podrían quedar cubiertas las obligaciones impuestas en ambas directivas y en los art. 15.7 ET y 17.3 LETT.

Y, finalmente, lo que desde luego queda claro es que no establece ninguna prelación o preferencia para el trabajador en misión, de la misma manera que esta forma de contratación tampoco debiera suponer –al menos a nuestro

[26] Cláusula 6 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada --Diario Oficial n° L 175 de 10/07/1999--. Obsérvese que en este caso la obligación no es de la ETT empleadora formal, sino de la empresa usuaria.

[27] Art. 5.3 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

juicio, por mor del principio de no discriminación-- una merma de sus posibilidades. De ahí, por ejemplo, que, al menos a nuestro juicio, pudieran considerarse equiparables la situación del trabajador en misión con la propia de los trabajadores temporales contratados directa por la empresa usuaria, cuando, por ejemplo, se estableciera la prioridad para el acceso a tales vacantes de los trabajadores temporales previamente contratados por la empresa usuaria.

Mucho más indeterminado es, finalmente, el contenido del nuevo apartado 4 del art. 17 LETT, incorporado tardíamente a la norma legal durante su tramitación en el Senado. Como es bien sabido, la Directiva 2008/104 establecía en su art. 6.5 que los Estados adoptarían las medidas adecuadas o promoverían el diálogo entre los interlocutores sociales, de conformidad con sus tradiciones y prácticas nacionales, con vistas a: a) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación y a los servicios de guardería infantil en las empresas de trabajo temporal, incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo; b) mejorar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias. Y si bien es cierto que, ya desde un principio el art. 12.2 de la Ley 14/1994 establecía que las ETT debían destinar anualmente un 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores en misión, parecía evidente la necesidad de una más exacta trasposición a la normativa española de este precepto comunitario.

Seguramente por ello, como decimos, el Senado incorporó definitivamente este apartado en virtud del cual "*mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias*, lo que, obsérvese, traspone adecuadamente sólo el punto segundo de la norma comunitaria.

Ya por último, la reforma procede igualmente a dar nueva una nueva redacción al apartado 3 del artículo 16 en los términos siguientes: «*3. La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley*".

La novedad en este punto se centra, por tanto, en extender la responsabilidad subsidiaria -o, sobre todo solidaria en caso de uso ilegal del contrato de puesta a disposición-- de la empresa usuaria a las indemnizaciones derivadas de de la extinción del contrato; una indemnización que, obviamente, debido a su naturaleza extrasalarial –art. 26.3 ET-- escapaban anteriormente a esta res-

ponsabilidad subsidiaria limitada a las deudas salariales y de Seguridad Social. En este punto la reforma parece así acoger o asumir parcialmente la doctrina previa del Tribunal Supremo que sí incluyó estas indemnizaciones en la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria derivada de uso ilegal del CPD, al considerar las mismas como cesiones ilegales y aplicarles, ex art. 6.4 Código Civil, la regla más amplia establecida en el art. 43 ET prioritariamente a la más concreta del antiguo art. 16.3 LETT[28].

La reforma, por tanto, parece aceptar esta orientación jurisprudencial, acercando en este punto la regulación específica de las ETT a la propia de las cesiones ilegales –art. 43 ET-- frente al modelo anterior que parecía apoyarse más sobre el esquema y la regulación propia de la subcontratación de obras y servicios de la propia actividad --contemplada en el art. 42 ET--. Pero, con todo, obsérvese que esta equiparación no es total y absoluta ya que el art. 43 ET resulta en este punto seguramente más amplio y general, al no abarcar el nuevo art 16 LETT, por ejemplo, al resto de partidas extrasalariales y, en especial, a otras indemnizaciones no ligadas a la extinción del contrato.

En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que aunque la norma parezca pensada para las indemnizaciones previstas en los despidos improcedentes –incluyendo los salarios de tramitación— también debiera abarcar, al menos en teoría, a otras indemnizaciones ligadas a cualquier tipo de extinción del contrato de trabajo; esto es, ya sea esta extinción un despido objeto o colectivo –art. 51 y 52 ET incluyendo despidos por fuerza mayor o sometido a las reglas de la Ley Concursal—; la dimisión indemnizada ex art. 40 o 41 ET; la extinción voluntaria por el trabajador al amparo del art. 50 ET, o, por mencionar un último caso, a la indemnización ligada a los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario ex art, 49.1.g ET. Y finalmente, también consideramos que esta responsabilidad subsidiaria debiera extenderse a la indemnización por finalización del contrato del art. 11.2 LETT.

Ya por último, parece necesario destacar que, en relación con esta misma extinción por finalización de contrato, la reforma ha modificado igualmente la anterior regulación legal, permitiéndose ahora expresamente --art. 11.2 ET en la redacción dada por el art. 17.2 Ley 35/2010-- que dicha indemnización pueda ser prorrateada durante la vigencia del contrato; una posibilidad, por lo demás, que, como en tantas otras ocasiones, ya estaba prevista igualmente en el art. 47.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

[28] Un resumen de esta doctrina en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 febrero 2009 (RJ 2009\1594) a la que nos remitimos para una más amplia referencia jurisprudencial -- SSTS 28-9- 2006 (RJ 2006, 6529) , y 4-7-2006 (RJ 2006, 6419).

3.3. Prohibiciones y restricciones al uso de las ETT

El segundo gran hilo conductor de esta reforma ha sido, como ya hemos dicho, la reconsideración de las anteriores restricciones al uso de las ETT; una "reconsideración" que responde, como también hemos visto, a la constatación de que, una vez eliminadas las posibles diferencias entre trabajadores en misión y empleados de las empresas usuarias --al menos en lo relativo a las condiciones esenciales de trabajo, y en especial, a la retribución--, no existirían razones para --permitiendo la conservación de los sistemas que someten esta actividad a autorización u otro tipo de control público[29]— seguir limitándola. Y ello porque lejos de mirar ya dicha actividad con el tradicional temor del siglo pasado, la misma se aprecia y valora ahora como un instrumento que otorga dinamismo en el mercado de trabajo, que aflora empleo, y que permite un mejor encuentro entre oferta y demanda de trabajo.

Desde esta perspectiva, el art. 4 Directiva 2008/104 exigía ya que, antes del 5 de diciembre de 2011, "*los Estados miembros*" –o los propios negociadores si fuese convencional dicha limitación--, "*tras consultar a los interlocutores sociales, de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, revisarán las restricciones o prohibiciones establecidas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas*". Lo peculiar ahora es que estas exclusiones "*deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos*".

Pues bien, desde esta perspectiva, las tradicionales limitaciones contempladas en el art. 8 a, c y d LETT, así como la posteriormente incluida en el 12.3 de la LETT, parecen encajar sin mayores dificultades entre estas razones de interés general; en especial, en las ligadas a garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos –sustitución de huelguistas, cesión a otras ETT, o amortización previa de puestos de trabajo-- o a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en misión –previa realización de la evaluación en el puesto de trabajo--.

Cuestión distinta era la situación en la que se encontrarían las limitaciones ligadas a actividades y trabajos especialmente peligrosos delimitados por al

[29] De hecho, el mismo art. 54 de la Directiva 2008/104 ya establecía que "los apartados 1, 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las empresas de trabajo temporal". Véase igualmente su exclusión de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

art. 8.b LETT y el art.8 RD 216/1999, la exclusión en el caso de las Administraciones Públicas establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, en tercer lugar, las limitaciones que aún mantenían ciertos convenios colectivos, como rastro, aún, del rechazo sindical y social generado por la situación previa a la reforma del año 1999.

Pues bien, parece evidente que el RDL 10/2010, posteriormente, la Ley 35/2010 centraron su atención especialmente en el primero de los grupos. Y para ello, se alteró sustancialmente la anterior técnica normativa --basada en una mera remisión reglamentaria-- que ahora deja paso a una regulación básicamente legal, pero que deja abierta una importante función a los propios interlocutores sociales a través, eso sí, exclusivamente de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de sector estatal.

En este sentido el art 17.1 Ley 35/2010 da una nueva regulación al párrafo b) del artículo 8 de la LETT que ahora se limita a prohibir la realización de "*trabajos u ocupaciones*" –obsérvese, no ya los anteriores y más genéricos "actividades y trabajos"—"*especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en* el *trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos*."

Y esta nueva DA 2 Ley 14/1994[30], lejos de remitirse a otras normas que igualmente delimitaban trabajos que se consideraban peligrosos a otros efectos –por ejemplo, la establecida en la DA 11 y el Anexo I del RD 39/1997 de 17 de enero[31]-- establece ahora tres grupos de trabajos y actividades sometidos a un régimen jurídico diferente.

El primero estaría compuesto por los trabajos –que ya no sectores enteros— para los que continuará prohibida la actividad de interposición sin fecha, en principio, de caducidad. Dentro de este colectivo es evidente la drástica reducción en número y extensión frente a la anterior regulación reglamentaria, al quedar estos reducidos a los trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio; los trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico; y, finalmente, los trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

[30] Incorporada por el art. 17.6 Ley 35/2010.
[31] BOE de 31 de enero de 1997, n. 27.

El segundo grupo estaría compuesto por el resto de sectores tradicionalmente prohibidos ex art. 8 RD 216/1999, y que ahora, en cambio, no se encuentran en el más reducido listado de la DA 2.1 LETT; esto es, la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión. Para este segundo grupo de actividades la norma prevé, de una forma, eso sí, algo confusa:

- En primer lugar, y por lo que parece, el mantenimiento de la prohibición hasta el 1 de abril de 2011 –ampliando así el plazo inicialmente dado por el RDL 10/2010 que lo limitaba hasta el 1 de enero de 2010--. Aunque la delimitación en este caso de los sectores en la nueva DA 2.2 LETT es más amplia que la establecida en el RD 216/1999 –con lo que podría plantearse, por ejemplo, si lo que se prohíbe implícitamente es cualquier contrato de puesta a disposición en el sector de la construcción y no sólo los hasta ahora prohibidos y contemplados en el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre --, paerce mucho más razonable que, aunque con una técnica deficiente, lo que se ha hecho es prorrogar hasta el 1 de abril las prohibiciones hasta ahora vigentes.
- Y ello porque en esa fecha, dichos sectores se abrirán completamente a la actuación de las ETT, quedando sólo vigentes –y, por lo que parece, mientras dure la vigencia de los mismos aplicando las reglas generales establecidas en el art. 86 y 82.4 ET— aquellas limitaciones a las que, no obstante, la DA 2.2 LETT impone una serie de requisitos muy estrictos.
    - En primer lugar, el origen de los mismos está ciertamente limitado a los "*acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 ET o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal*". De ello se deduce la imposibilidad de fijar este tipo de prohibiciones no sólo mediante negociación colectiva extraestatutaria, pactos o acuerdos de empresa, o convenios de sector de ámbito territorial distinto al estatal –que deberán considerarse por tanto nulos de pleno derecho en dicho punto--, sino también por la norma reglamentaria como resultado de esta, al menos aparente, reserva impropia de Ley.
    - En segundo lugar, y de forma acumulativa, dichas limitaciones deberán, en primer lugar, "*referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas* determinadas", sin que quepan,

por tanto, exclusiones globales relativas a sectores enteros de actividad. En segundo lugar, deberán además "*justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados*". A estos efectos serán sin duda extraordinariamente útiles los datos periódicos que, de acuerdo a la Disposición adicional decimotercera de la Ley 35/2010, deberá incorporar en sus informes periódicos el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y que deben permitir conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Finalmente, y en tercer lugar, "*deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral*."[32]

- Ahora bien, y para cerrar esta compleja regulación de las actividades antes prohibidas y ahora legalizadas, debe igualmente destacarse que la nueva DA 2.3 LETT exige, para la lícita celebración de contratos de puesta a disposición en el ámbito de actuación antes señalado –y obviamente para aquellas ocupaciones no prohibidas por acuerdos interprofesionales o convenios de sector estatal-- dos requisitos acumulativos y ciertamente llamativos:
    - El primero, que "*la empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención*". Más allá de la clara apuesta que últimamente asume nuestro ordenamiento por la gestión preventiva con recursos propios[33], lo que sí queda claro

[32] Adicional, por tanto, a la establecida en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, debiendo seguir el mismo régimen jurídico que en él se establece y que entrará en vigor el 1 de octubre de 2010 según su DF 4.

[33] Véase, por ejemplo, el art. 2 del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral --desarrollada por Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio--o el Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

es que nuestro legislador apuesta por una gestión de estos sectores limitada a las ETT de mayor dimensión, ya que de acuerdo 35 Ley 31/1995, sólo las empresas con entre 501 a 1.000 trabajadores tendrían obligación de disponer de cuatro delegados de prevención[34].

- Y en segundo lugar, se exige igualmente que el trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal. Evidentemente, estas exigencias son ciertamente similares a las ya establecidas de forma general en el RD 216/1999 y el art. 12 LETT. Pero en este caso, parecen referirse de forma genérica a las exigencias, no ya sólo en materia preventiva, deducidas del concreto puesto de trabajo que se haya de desempeñar. Lo que en cambio resulta evidente es la necesidad de un flujo de información, ahora referido a estos aspectos añadidos, que podría y debería articularse de manera similar a lo que acontece hasta el momento en el RD 216/1999.

Finalmente, y para el resto de actividades, sectores y trabajos, regiría, en definitiva la más absoluta libertad, sólo sometidas a las reglas generales y a las limitaciones que pudieran derivarse de las limitaciones aún vigentes y que le fueran aplicables. Todo lo más la DA 4 se limitaría a señalar que a partir del 1 de abril "*las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos"*.

Por otra parte, y en relación con las otras dos excepciones a las que hicimos referencia al principio de este apartado, el texto del RDL 10/2010 ©era ciertamente bastante oscuro, sobre todo en relación con la DA 5 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Y ello porque en este punto el RDL se limitaba a incorporar una nueva DA 4 LETT --*Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal--,* de acuerdo con la cual "*A partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley…*».

Se trataba, como se ha dicho, de una norma quizás deseadamente oscura, y que planteó, ya desde un principio, importantes dudas, dando lugar a

[34] No alterado por el Capítulo XII, Prevención de riesgos laborales, art. 50 del V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal.

interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos. De ahí, seguramente, que en su tramitación parlamentaria el texto de la misma sufriera importantes modificaciones; unas modificaciones que, más allá del retraso en su entrada en vigor –que pasa ahora al 1 de abril--, aclaraba expresamente, en primer lugar, la eliminación de la limitación establecida en la tantas veces citada DA 5 de la 30/2007 –que quedaba derogada expresamente en la Disposición Derogatoria Única Ley 35/2010[35]--; en segundo lugar, que, "*no obstante, las empresas de trabajo temporal no podrían realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos*"; y, en tercer lugar que antes del 1 de abril de 2011, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, "*el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo en el ámbito de dichas Administraciones"*.

En cualquier caso, lo que sí nos gustaría destacar, ya para terminar, son dos cuestiones. La primera es que, a pesar de las diversas referencias presentes en los documentos iniciales del Gobierno, o incluso en la DA 1 Ley 27/2009, la reforma de 2010 ha prestado una escasa atención al análisis de la actuación de las empresas de servicios cuya actividad real --parafraseando la mencionada DA-- consista en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras empresas. De hecho, sólo Disposición adicional decimosexta "Inspección de Trabajo y Seguridad Social" de la Ley 35/2010 ha abordado tangencialmente el tema al señalar, en su segundo punto, que "*la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general"*, entre otros el "*control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con autorización administrativa*".

Y en segundo lugar que, aún de forma indirecta, no debe olvidarse el posible impacto que sobre el uso de las ETT puede tener el progresivo incremento de las indemnizaciones por finalización de contratos temporales directos prevista en al art. 1.Cinco y Siete de la Ley 35/2010. Y ello porque, como se recordará, en estos dos preceptos se da una nueva redacción del art. 49.1.c ET y se añade una nueva DT 13 ET en virtud de la cual y que para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015 la indemnización por finalización de los principales contratos temporales se amplía de ocho a doce días por año de servicio, equiparándola, por tanto, a la tradicionalmente más alta –y ahora idéntica-- establecida tradicionalmente para las ETT en el art. 11.2 LETT.

[35] Obsérvese que la Derogación de la DA 5 Ley 30/2007 entró en vigor el 19 de septiembre de 2010 en virtud de la DF 4 Ley 35/2010. Sin embargo, parece más razonable interpretar que, a pesar de esta derogación cabe interpretar que ex DA 4 de la Ley 14/1994 en la redacción dada por el art. 17.7 Ley 35/2010, esta prohibición debe interpretarse como vigente hasta el 1 de abril de 2010.

ESPACIO Y FUNCIONES DE LAS EMPRESAS DE RECOLOCACIÓN

CARMEN SÁEZ LARA

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Recolocación, outplacement**

La actividad de recolocación o de outplacement proporciona servicios de apoyo, información y asesoramiento para la búsqueda de un nuevo empleo, al objeto de conseguir que el trabajador gestione con éxito su propio "proceso de recolocación". Esta actividad empresarial es objeto hoy de un creciente interés desde diversas perspectivas, como son las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo, las orientaciones de gestión anticipada de los procesos de reestructuración empresarial, y las propuestas de desarrollo de la responsabilidad social corporativa.

En esta línea, la reforma del sistema de intermediación llevada a cabo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, aborda la regulación de las empresas de recolocación, o mejor dicho, de las empresas que desarrollen una actividad de recolocación de los trabajadores excedentes en procesos de reestructuración empresarial. El análisis de esta regulación sobre las empresas de recolocación exige, definir su régimen jurídico de conformidad con el marco normativo en el que la misma se integra. Además, lo anterior ha de abordarse con referencia a los diversos agentes públicos y privados que desarrollarán la función de intermediación. La opción normativa que aplica a las empresas de recolocación el régimen jurídico de las agencias privadas de colocación suscita algunas dudas, por ejemplo, en relación con el sometimiento a un sistema de autorización de la prestación de servicios de outplacement, atendiendo a la normativa sobre servicios.

El presente trabajo también aborda de forma más detallada la función que los servicios de recolocación pueden asumir en los procesos de reestructuración empresarial así como las líneas que podría adoptar una intervención normativa en este terreno, atendiendo además a los ejemplos o experiencias que brindan algunos países europeos y a las propias directrices y orientaciones comunitarias.

ABSTRACT **Key Words: Outplacement companies**

The activity of outplacement provides support, information and advice services to employment seekers with the objective of helping the seeker to manage with success their own "outplacement process". This activity, well know in the seventies' in USA and later exported to Europe, is today quite useful from different aspects, one because of the proposal of flexisecurity, and another one, oriented to the management anticipation to a restructuring process, and finally the proposals to develop the Corporate Social Responsibility. The programs or aids to outplacement are a guarantee (security measures) for workers in the moment of contract cease (individual or collective), some measures that are more effective than those oriented to compensation and being more traditional as in France.

In this sense, the reform of the negotiation system taken by the 35/2010 Law of September 17th, deals with the regulation of companies that develop an activity to give work to unassigned workers in the restructuring process. For some companies, the analysis of such regulation, with the reference to different public and private agents will develop the key role in negotiation which is one of the key objectives. The legislative framework applied in the outplacement companies of the private agencies may raise some doubts, for example, having the authorization of providing outplacement services under the services law. Finally, we analyze in detail what could mean outplacement services and legislative lines that could be adopted in this field.

ÍNDICE

1. Introducción: el creciente interés por los servicios de recolocación y el nuevo marco regulador
2. Actividad de recolocación o de outplacement
   2.1. Outplacement individual y Outplacement colectivo
   2.2. Servicios de outplacement e intermediación laboral
   2.3. Valoración sobre la actividad de recolocación
3. Regulación de las empresas y de la actividad de recolocación
   3.1. El Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias privadas de empleo
   3.2. Principios y Derecho Comunitario
   3.3. La reforma de los agentes de la intermediación laboral
   3.4. Régimen jurídico de las empresas de recolocación y exigencias de protección de los trabajadores
   3.5. Regulación promocional de la actividad de recolocación
4. Espacio y funciones de las empresas de recolocación: outplacement y reestructuración empresarial
5. Consideraciones conclusivas

1. INTRODUCCIÓN: EL CRECIENTE INTERÉS POR LOS SERVICIOS DE RECOLOCACIÓN Y EL NUEVO MARCO REGULADOR

La reforma del sistema de intermediación llevada a cabo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, aborda la regulación de las empresas de recolocación, o mejor dicho, de las empresas que desarrollen una actividad de recolocación de los trabajadores excedentes en procesos de reestructuración empresarial. Ciertamente, la actuación de las empresas de recolocación esta siendo conocida en nuestro país en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo, sin embargo es preciso tener presente que esta actividad se desarrolla en un ámbito espacial y funcional más amplio dentro el mercado de trabajo.

La actividad de recolocación o de *outplacement*[1] proporciona servicios de apoyo, información y asesoramiento para la búsqueda de un nuevo empleo al objeto de conseguir que el trabajador gestione con éxito su propio "proceso

[1] El término procede de USA y hoy es de uso generalizado en todo el mundo. Los psicólogos industriales estadounidenses desarrollaron, parece ser a partir de los años cuarenta, estrategias de ayuda, apoyo y orientación para facilitar la búsqueda de un nuevo empleo, para las personas despedidas, al objeto de que el período del desempleo fuese el menor posible. El progreso de estas estrategias ha llevado a considerar actualmente, la desvinculación o despido como parte de un proceso más que un acto aislado. Inicialmente, este proceso de ayuda, apoyo u orientación, recibió el nombre de *decruitment* o *dehired* pero estas expresiones no tuvieron éxito. Se atribuye a North, el haber acuñado en los años sesenta, la expresión *Outplacement*, la cual no tiene traducción castellana y ha perdurado hasta hoy. En castellano podría utilizarse, el término desvinculación y cuando se desea expresar que se trata de un programa, se emplea. Desvinculación Programada o Desvinculación Asistida. No obstante lo anterior en las páginas siguientes los términos recolocación y *outplacement* se utilizarán con igual significado.

de recolocación". Esta actividad empresarial, conocida desde los años sesenta en el mercado de trabajo norteamericano y exportada más tarde a Europa, es objeto hoy de un creciente interés desde diversas perspectivas, como son las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo, las orientaciones de gestión anticipada de los procesos de reestructuración empresarial, y las propuestas de desarrollo de la responsabilidad social corporativa.

En efecto, hoy los programas activos de recolocación laboral son objeto de un creciente interés en un contexto en el que los cambios en el mercado de trabajo y en las condiciones de empleo, derivados de los actuales procesos de globalización, conducen a itinerarios laborales inestables y discontinuos que aumentan las situaciones de transición laboral[2]. En este marco, la actividad de *outplacement* podría ser un útil instrumento para la transición en el empleo, una medida de seguridad del trabajador en el mercado de trabajo. Por ello, entre las medidas de seguridad en la vida profesional del trabajador en las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo en la Unión Europea, se encuadran las que facilitan el proceso de búsqueda de empleo y permiten al trabajador evaluar su situación y competencias y perfeccionar el proceso de búsqueda, a través de un plan personalizado. Los programas o ayudas a la recolocación (interna o externa) han venido así a ser considerados como garantías (medidas de seguridad) para el trabajador en el momento de la extinción (individual y colectiva) del contrato, unas medidas además más efectivas que las tradicionales garantías indemnizatorias, tal y como se nos muestra desde Francia[3].

En definitiva, dentro de las medidas de promoción del empleo de calidad, necesarias para la modernización de un modelo social europeo que haga frente a los desafíos de la globalización y de los cambios tecnológicos, sociales y demográficos, los servicios de *outplacement* son considerados, entre otros, un interesante instrumento cuya importancia está creciendo en el terreno de las medidas para la transición en el empleo.

Ahora bien, el desarrollo de la actividad de recolocación de los trabajadores y la atención normativa sobre la misma se ha concretado hasta la fecha mayoritariamente en la Unión Europea en el ámbito de los procesos de reestructuración empresarial como medida social de acompañamiento de los trabajadores despedidos. Como es sabido, desde la Comisión Europea se ha

[2] Proyecto de investigación financiado por la Comisión Europea denominado Social Convoy and Sustainable Employability:Innovative Outplacement/Replacement Strategies (SOCOSE), en el participaron Alemania, Bélgica, España, Holanda e Italia.

[3] En este sentido existen medidas en Francia tras el Acuerdo interprofesional sobre la modernización del mercado de trabajo de 23 de enero de 2008. Cfr., Martín Puebla, La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurité a la francaise", en Relaciones Laborales I/2009, p. 1077.

venido insistiendo, desde hace años, en la estrategia de anticipación para la gestión de estos procesos y, concretamente, en la fijación de medidas que brinden la ayuda necesaria a los trabajadores afectados por los despidos para aumentar las posibilidades de una rápida reinserción en el mercado de trabajo. La anticipación estratégica y operativa del cambio y la reestructuración no sólo es un requisito necesario para gestionar esos procesos de una manera socialmente responsable y mitigar su impacto social, es también una condición previa indispensable para obtener buenos resultados[4]. Las prácticas existentes en este terreno muestran como todos los actores (empresas, representantes de los trabajadores, trabajadores y autoridades) pueden participar activamente en la anticipación y gestión del cambio. Y más concretamente, las orientaciones comunitarias vienen a señalar durante el proceso de reestructuración, como tercer paso, organizar y prestar ayuda individual y personalizada a los empleados, cuyo despido es inevitable, con el fin de aumentar las posibilidades de reinserción rápida en el mercado de trabajo[5].

En esta línea, los servicios públicos de empleo tienen un importante papel por desarrollar para facilitar los procesos de reestructuración desde una perspectiva preventiva, que no espere pasivamente la llegada de los despidos sino contribuyendo activamente a la transición laboral. E igualmente en este contexto se analizarán, más adelante, las actividades desarrolladas por las empresas de recolocación en nuestro país y en países vecinos.

Finalmente, el desarrollo de la actividad de las empresas de recolocación también se ha visto favorecido por el creciente protagonismo de las prácticas de responsabilidad social corporativa. Los programas de acompañamiento para favorecer la recolocación de los trabajadores implican, en definitiva, que el trabajador no es el único responsable de su situación de transición laboral, que su permanencia en el mercado de trabajo no es sólo responsabilidad de la Administración Pública por lo que la empresa tendría que jugar un papel en su recolocación, aunque sea favoreciendo su empleabilidad. De esta manera, se afirma, se procura conceptuar como un problema colectivo la búsqueda de soluciones para realizar con éxito las transiciones ocupacionales[6].

Pues bien, en España el uso de programas de apoyo a la recolocación labo-

[4] Documento de control de los procesos de reestructuración, Comisión Europea, 2009.

[5] Tras obtener un consenso interno acerca de la necesidad del proceso de reestructuración y de estudiar todas las opciones posibles antes de plantearse los despidos.

[6] Cfr., Sentmartí.R., Espluga, J., Baltiérrez, J., LemKow, L., Kieselbach, T., Políticas activas de recolocación laboral, Sociología del Trabajo 55/2005, p. 29. Aunque existen casos atípicos financiado e incluso organizados por la Administración Pública, como ocurre en España en el programa Activa 45, de la Generalitat de Catalunya, el programa de búsqueda de trabajo a los deportistas profesionales de élite, o el programa IOBE desarrollado por la Administración Estatal, cfr., p 37.

ral, aunque cuente ya con algunos ejemplos[7], es reciente y empieza a tener cierta presencia en el marco de los procesos de reestructuración empresarial. Estos programas se identifican como ejemplos de responsabilidad social de las empresas en los procedimientos de regulación de empleo en un período de incertidumbre y elevada destrucción de empleo[8], como alguna empresa de este ámbito indica, al concretar el aumento del número de trabajadores atendidos en programas de recolocación[9].

La inexistencia hasta la normativa de 2010 de un marco regulador de la actividad de estas empresas y la ausencia de previsión sobre estos servicios en la ordenación de los procedimientos de extinción colectiva de contratos de trabajo, entre otras causas, se ha identificado como un obstáculo para el desarrollo de esta actividad. Igualmente había sido cuestionado su ajuste al anterior marco normativo.

Ciertamente en nuestro país las voces sobre la necesidad y oportunidad de una regulación de las empresas de recolocación se habían expresado desde diversos sectores, fundamentándose en efecto sobre argumentos justificativos muy distintos. Por un lado, se había venido considerando a estas empresas en una situación de alegalidad e incluso ilegalidad pues desarrollando una actividad de intermediación laboral, pueden ser incluidas dentro del concepto de agencias privadas de empleo definido por el Convenio núm. 181 de la OIT, y al perseguir ánimo de lucro estaban prohibidas por el Estatuto de los Trabajadores. Desde otra perspectiva distinta, y partiendo de una valoración positiva de la actividad de recolocación, se entiende igualmente necesaria una regulación normativa de estas empresas en aras de extender su aplicación sobre todo en el terreno de las reestructuraciones empresariales. Se proponen así diversos contenidos y objetivos normativos. Desde la primera perspectiva se afirmaba que era necesaria una regulación sobre las empresas de recolocación sobre las condiciones de ejercicio de sus funciones para garantizar los derechos de los trabajadores. Desde la segunda perspectiva se afirma la oportunidad de una regulación promocional de estos servicios, sobre todo en el seno de los expedientes de regulación de empleo.

[7] En España existe información sobre diversas experiencias: El Plan Social de Samsumg-España; La recolocación de exdeportistas de élite; La recolocación de los altos cargos de CIU que debieron abandonar la Administración en el 2003 tras el cambio de Gobierno; El Plan de recolocación de RENFE; y el Programa de recolocación de desempleados de larga duración, cfr., Sobrino Gonzalez, G.M., Las empresas de outplacement y la intermediación laboral, en Relaciones Laborales, 2006/I, pp287-290

[8] Las cifras desde diciembre de 2008 en relación con los trabajadores afectados por ERE, en torno a 60.00 personal afectadas en cada mes serían equiparables a los peores registros mensuales de 1992-1993, Cfr. Memoria CES del Reino de España de 2008.

[9] Por ejemplo, en el Informe elaborado por Creade Lee Hecht Harrison sobre su actividad se señala un incremento en 2009 del 20 por 100 en relación con 2008.

Ambos planteamientos requieren de un análisis que permita exponer los motivos justificativos y los objetivos y fines de la intervención normativa sobre las empresas de recolocación, una actuación normativa que se ha orientando en la citada Ley 35/2010, desde una perspectiva garantista de los intereses de los trabajadores pero que, al mismo tiempo, también se ha orientado hacia la promoción de los programas de recolocación como políticas activas de empleo, línea en la que debería avanzarse.

Por ello resultaba necesario, y así estaba previsto en las líneas de actuación sobre el mercado de trabajo por parte del dialogo social, dentro del marco de reformas normativas sobre los servicios de intermediación laboral, abordar el papel de las empresas de recolocación. La primera previsión normativa sería el mandato al Gobierno para regular la actividad de las empresas que intervienen en la recolocación trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo[10]. De esta forma, la regulación prevista no era tanto sobre las empresas sino sobre los servicios de recolocación que éstas presten en un expediente de regulación de empleo. La regulación contenida en la referida Ley 35/2010 se ha ceñido a este ámbito. La actividad de recolocación de los trabajadores excedentes en procesos de reestructuración empresarial es considerada también como intermediación laboral por el reformado artículo 20 de la Ley de Empleo y consecuentemente las empresas que desarrollen esta actividad son agencias de colocación sometidas a su correspondiente régimen jurídico (artículo 21 bis de la Ley de Empleo)[11].

No obstante lo anterior, el análisis de esta regulación sobre las empresas de recolocación exige partiendo del conocimiento y delimitación de su actividad sobre el mercado de trabajo definir atendiendo al marco normativo en el que la misma se integra los principios de actuación y las eventuales limitaciones a su régimen jurídico. Además, lo anterior debe de abordarse en relación o con referencia a los diversos agentes públicos y privados que desarrollarán la función de intermediación en el mercado de trabajo pues en efecto la regulación sobre las empresas de recolocación se inserta en una reforma normativa más amplia sobre los diversos agentes de intermediación laboral. Los anteriores objetivos definen el contenido de las próximas páginas.

[10] Disposición adicional 4ª de 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.

[11] La nueva redacción dada al apartado 4 del art. 51 LET dispone ya en relación con el contenido de las consultas y del plan social que deberá 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, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

2. ACTIVIDAD DE RECOLOCACIÓN O DE *OUTPLACEMENT*

Los llamados servicios de *outplacement* identifican diversas acciones de información, asesoramiento, formación y apoyo en la búsqueda de un nuevo trabajo (que puede ser también por cuenta propia) en favor de uno o varios trabajadores despedidos. El término *outplacement* define el conjunto de servicios proporcionados por una empresa consultora especializada a aquellos profesionales que deben buscar un nuevo empleo, para que lo encuentren, de forma que satisfaga sus expectativas, en el menor plazo posible[12]. Surgida esta actividad de asistencia en los años sesenta en los Estados Unidos, se desarrollará después en Europa y desde hace dos décadas en nuestro país[13].

Los servicios de recolocación pueden ser individuales o colectivos y se han ido extendiendo a distintos grupos profesionales dejando de ser ya un servicio sólo a favor de los altos ejecutivos o el personal directivo de las grandes empresas. Aunque estos servicios pueden ser pues individuales o colectivos y ser prestados para facilitar al trabajador el transito a un nuevo empleo desde diversas situaciones profesionales, el crecimiento de su importancia en estos momentos se vincula con los despidos colectivos derivados de reestructuraciones empresariales.

Atendiendo a la propia información que las empresas de recolocación suministran sobre el contenido de sus servicios, podemos señalar que la actividad de *outplacement* comprende, en primer lugar, el análisis de las capacidades del candidato, sus intereses y las posibilidades del mercado. De esta manera, se determina un plan de marketing personal y una campaña de búsqueda activa. En segundo lugar, conlleva el asesoramiento para optimizar las posibilidades a la hora de presentar una candidatura para un determinado puesto de trabajo (entrevistas, negociaciones, investigación del estado de una empresa). Consiste finalmente en un apoyo logístico completo, con disposición permanente de servicios de fax teléfono, secretaria, ordenador personal, anuarios empre-

[12] Según la Asociación Española de Consultoras de Outplacement AECO. Sobre este tema cfr. Rodríguez-Piñero Royo, M.C., Outplacement, head-hunter y otras formas de intervención privasa en el mercado de trabajo, en *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, 1996.

[13] Sobre la utilización de programas de recolocación en los procedimientos de regulación de empleo no disponemos de datos (atendiendo a la Encuesta de Coyuntura Laboral), tan sólo puede señalarse que por responsables empresariales del sector se afirma una escasa incidencia que no llega a alcanzar ni un 5 por 100 de los EREs de extinción.

sariales, bibliografía especializada, etc[14]. Finalmente, también en ocasiones la actuación se extiende al proceso de integración, cuando se inicia la nueva actividad profesional a través de un seguimiento, y dándola por finalizada aproximadamente al cabo de un año, o cuando el candidato está plenamente satisfecho e integrado en su nuevo puesto de trabajo[15].

Las anteriores acciones suelen estar precedida por medidas de apoyo psicológico[16]y este servicio también, en ocasiones, asesora a los directivos o ejecutivos que deban efectuar los despidos. En definitiva, en relación con los trabajadores afectados por una decisión de despido proporciona respaldo profesional con asesoría durante todo el proceso de recolocación, los capacita a través de entrevistas de desvinculación, procura que el despido sea percibido por el afectado como un desafío y una nueva oportunidad, facilitando medios a los trabajadores desvinculados para su reinserción o reconversión laboral.

Estos programas forman al trabajador para gestionar su proceso de colocación capacitándole para obtener información sobre el mercado de tra-

[14] Más concretamente en primer lugar se lleva a cabo el denominado "balance", en el que los consultores se encargan de descubrir e identificar las capacidades, habilidades y conocimientos del candidato y como puede desarrollarlas, así como sus ambiciones y motivaciones. A continuación se realiza el "proyecto profesional", en el que en función del análisis de la evaluación del balance, se elabora el proyecto y se valoran los resultados, ello permite dar coherencia al perfil profesional del candidato y en función de la relación oferta-demanda, desarrollar sus potenciales. El proyecto puede ir encaminado tanto a la continuidad, en la que se buscan ofertas similares al puesto anterior, como a un cambio de trabajo, en que se modifica el puesto o el sector, así como puede ser orientado hacia la creación de un proyecto de negocio. En el plan de acción se desarrolla un plan de carrera y se desarrollan las estrategias de búsqueda en función del proyecto confeccionando y se elaboran las herramientas de comunicación, se entrena al candidato a afrontar una entrevista de trabajo y como responder a las preguntas incómodas a las qué será sometido, así como la identificación de objetivos, para abordar con éxito la búsqueda del nuevo puesto de trabajo. Una vez terminado el plan de carrera, La campaña de búsqueda se eligen las vías de acceso para la búsqueda de ofertas de trabajo (agencias de colocación, creación de negocio, *mailing,* prensa y red de contactos), en la que el consultor le guía y le va proporcionando ofertas laborales de acuerdo con su perfil profesional, en un plazo de tiempo breve.

[15] En todo proceso de *outplacement* el candidato tiene el acompañamiento de un consultor, que realiza el seguimiento de su evolución, mediante entrevistas regulares y un asesoramiento muy directo. A su vez el candidato recibe en manera de seminarios, la formación que necesita para tener éxito en la búsqueda de su nuevo puesto de trabajo, siendo el objetivo prioritario fortalecer a la persona, para hacer frente con garantías de éxito la búsqueda del nuevo puesto de trabajo. Durante todo el proceso el candidato tiene a su disposición un centro de documentación que hace las veces de oficina en la que tiene a su disposición ordenadores, Internet, bases de datos, fax, fotocopiadoras, mensajería, teléfono y toda una larga lista de elementos para su utilización, siendo su base de operaciones para realizar toda fase de *outplacemen*t.

[16] Una de las primeras acciones del psicólogo consejero de *Outplacement,* suele dirigirse a la extinción de las conductas emocionales de angustia y ansiedad, este paso constituiría el comienzo de una serie de etapas de Outplacement dirigidas a superar las dificultades de la persona despedida o desvinculada.

bajo, juzgar su adecuación a los perfiles profesionales ofertados, contactar, preparar y afrontar una entrevista de trabajo[17]. En definitiva, los servicios de *outplacement* pretenden que un trabajador o directivo encuentre en un plazo medio de tres a seis meses un nuevo empleo acorde a su nivel, dándole preparación, medios, ayuda e interviniendo activamente en el proceso de búsqueda de la manera más eficaz. Es un servicio que contrata y paga la empresa del empleado afectado, constituyendo pues un beneficio más que ésta ofrece al trabajador, como parte del acuerdo de desvinculación.

2.1. *Outplacement* individual y *Outplacement* colectivo

Delimitados en términos generales los servicios prestados por las empresas de recolocación el contenido de los servicios dependerá de los que sean requeridos y contratados por el empresa cliente. No obstante lo anterior, si suelen establecerse algunas diferencias en cuanto a los servicios prestados según que la actividad de *outplacement* sea individual o colectiva[18]. Además de en el contenido de los servicios prestados también concurren algunas diferencias en relación con el nivel profesional de los trabajadores beneficiados, la forma de pago de los servicios e incluso en relación con los puestos de trabajo que se consiguen tras los servicios de recolocación[19]. Por el contrario, tanto en el *outplacement* individual como colectivo esta garantizada la gratuidad para el trabajador, pues el abono de los servicios corresponde siempre a la empresa cliente.

2.2. Servicios de *outplacement* e intermediación laboral

Atendiendo al contenido de las actividades prestadas por las empresas de recolocación en las últimos años se plantearía un interesante debate en torno a su encuadramiento o no dentro de la actividad de intermediación, a la luz del concepto que en su versión inicial incorporaba la Ley de empleo de intermediación laboral como el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación.

En principio, entendida la intermediación solo como la actividad consistente en vincular ofertas y demandas específicas, la actividad de *outplacement*

[17] Como sería el caso de los club de trabajo o de los grupos de autoayuda para encontrar empleo que tradicionalmente han existido en otros países europeos como Reino Unido.

[18] Con actividades tanto a través de seminarios para grupos de cinco a diez personas, predominando formas de trabajo en grupo y equipos de trabajo en los supuestos de outplacement colectivo.

[19] El perfil del trabajador beneficiario de servicios de outplacement individual se define por una categoría profesional media alta y edad entre 35 y 45 años, mientras el outplacement colectivo trabaja con empleados de categorías medias o bajas, y es menos costoso que el individual.

no era intermediadora al estar dirigida a la reorientación profesional[20], pues aunque la búsqueda y proporción de contactos al candidato forma parte de sus servicios, atendiendo a los conocimientos que la empresa tenga de un concreto sector, no conecta al trabajador con una concreta oferta de empleo. Las empresas de recolocación desarrollarían pues una actividad de información general sobre posibilidades de empleo, dirigida a completar sus anteriores servicios de asesoramiento técnico pero de ello no podría deducirse que estas empresas desarrollaran una actividad de intermediación en el mercado de trabajo[21]. Como ya hemos destacado la empresa de *outplacement* no gestiona el proceso de colocación sino que entrena al trabajador para ser el gestor de su propio procedimiento de búsqueda de empleo.

Ahora bien y en todo caso, lo anterior no despejaba las dudas suscitadas en cuanto al régimen jurídico de las empresas de recolocación, como después se analizará, atendiendo al amplio concepto de agencias privadas de empleo seguido por el Convenio núm. 181 de la OIT de 1997, al designar también aquellas personas físicas o jurídicas que presten servicios relacionados con la búsqueda de empleo, como brindar información y sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas. Ello llevaba a afirmar que de acuerdo con el referido Convenio las empresas de *outplacement* serían agencias de empleo[22], como hoy puede afirmarse tras la reforma realizada para la mejora de la intermediación laboral, que ha incluido expresamente en el concepto de intermediación la actividad de recolocación de los trabajadores.

[20] Cfr., Lázaro Sánchez, J.L., La intermediación en el mercado de trabajo, cit., p. 93. A estos efectos argumenta tal afirmación en base a los propios informes de 1994 y 1997 de la OIT, donde se ubican en categorías distintas de las agencias de colocación, como agencias vinculadas por contratos de prestación de servicios ajenos a la colocación propiamente dicha (Informe de 1994) o como proveedores de servicios directos, en cuanto sus servicios se centran en los demandantes (Informe de 1997).Para este autor (op. cit., p. 45) la OIT entiende la intermediación como la actividad ejercida de forma habitual y compatible con otras, consistente en vincular ofertas y demandas específicas, en la que el intermediario no forma parte de las relaciones laborales que puedan surgir entre las partes puestas en relación.

[21] De forma paralela a la separación entre la actividad de colocación y la actividad de selección, que no asumen tareas de intermediación sino de comprobación de cualidades profesionales específica de la selección de personal, la actividad de desvinculación programada que asumen las empresas de recolocación por cuenta de una empresa comitente socialmente responsable. Téngase en cuenta que según la STJCE de 23 de abril de 1991 (Asunto Höffner y Elser) la prohibición de la actividad de las empresas privadas de asesoramiento en selección de personas es contraria al Derecho Comunitario (artículos 82 y 86 TCE) cuando el organismo público para el empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda que presenta el mercado para este género de actividades.

[22] Y en la medida que el antiguo artículo 16.2 de la LET prohibía las agencias privadas de empleo con ánimo de lucro, se afirmaba que las empresas de outplacement desarrollaban una actividad "del todo ilícita pero tolerada", Cfr., Sobrino González, G.M., Las empresas de outplacement y la intermediación laboral, Relaciones Laborales, I/ 2006, p. 282.

La actual regulación identifica intermediación y actividad de recolocación pero sólo de los trabajadores excedentes en procesos de reestructuración empresarial por lo que queda fuera del concepto de intermediación otros supuestos de *outplacement* colectivos y el *outplacement* individual. En principio la Ley 35/2010 no brinda dato alguno que permita explicar esta diferenciación normativa y que debía incorporarse al preámbulo de la misma, máxime cuando habitualmente han sido los supuestos de *outplacement* individual los que desarrollan actuaciones más próximas a la casación entre oferta y demanda de empleo[23].

2.3. Valoración sobre la actividad de recolocación

Los programas de *outplacemenet* comprenden un arco de niveles profesionales tan amplio como el que demanda el propio mercado[24]. Este servicio normalmente se realiza mediante la contratación de una consultoría, tiene unos importantes beneficios, tanto para el candidato, que mejora considerablemente lo que inicialmente podría ser una situación traumática para él y su entorno familiar y para la empresa que mejora su imagen y preserva el clima laboral interno. Entre las ventajas del *outplacement* se suele afirmar que contribuye a disminuir el tiempo de paro del desempleado, si bien no hay una garantía absoluta de éxito[25], pues aunque las cifras que venían utilizándose situaban en torno a un 70 por 100 las recolocaciones en un plazo medio de cuatro a seis meses, la situación de crisis reduce este nivel de éxito. Los datos que aporta para España una conocida consultora del sector cifra en un 57 por 100 los candidatos que encontraron nuevo puesto de trabajo en 2009, frente al 65 por 100 alcanzado en 2008, si bien, se afirma, que lo relevante es que el 76 por 100 consigue colocación antes de un año. Incluso se han descrito efectos positivos sobre las perspectivas salariales de los trabajadores que se benefician de estos programas o servicios. Los trabajadores que reciben estos servicios

[23] De hecho, Alarcón Castellanos, MM., (La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis, Aranzadi, 2009, p. 226) distinguiría entre los supuestos de outplacement individual y colectivo entendiendo sólo en relación con estos últimos la existencia de intermediación y la aplicación de la citada prohibición del anterior art. 16.2 LET, al ser usual la implantación de una antena de empleo, una especie de bolsa de trabajo con el objetivo de la puesta en contacto de los trabajadores despedidos con empresas que puedan estar interesadas en incorporarles a su plantilla

[24] En la escala superior se sitúa el programa denominado *Senior Guidance*, exclusivamente para consejeros delegados, presidentes y directores generales de grandes compañías.

[25] Se afirma que también tiene ventajas el outplacement para mantener la motivación de los trabajadores que permanecen en la empresa tras un proceso de reestructuración, pues estos trabajadores al conocer las ayudas a la recolocación procuradas para la salida de al compañía disminuye el llamado "síndrome del superviviente", que produce desazón en los trabajadores que piensan que su seguridad se verá afectada.

encuentran trabajos con salarios más altos. Sin embargo este efecto o impacto no es predicable en igual medida en relación con los programas o servicios de recolocación colectivos que individuales Estos últimos y en relación con los trabajadores masculinos son los que brindan mejores resultados[26]. Por el contrario los datos aportados desde las empresas del sector en relación con el impacto salarial de los programas de recolocación en estos momentos son negativos y ello, se afirma, por razón o consecuencia de la crisis económica. Así en 2009 un 69 por 100 de los candidatos de programas individuales y un 74 por 100 de los colectivos vieron reducido su salario cuando optaran a un nuevo empleo[27].

Los servicios de *outplacement* no son una panacea frente a toda situación de desempleo pues unos resultados positivos altos no están garantizados para todo tipo de trabajador o cualquier servicio de *outplacement,* sobre todo en el actual contexto. Su utilización no debe limitarse a las épocas de crisis, es preciso su incorporación a la estrategia organizativa empresarial para promover su utilización por parte de los trabajadores, que pueden ver más ventajosa una negociación con la empresa dirigida a alcanzar mayores indemnizaciones que a obtener otras ventajas, como puedan servicios de recolocación.

Por su parte, los estudios sobre las experiencias españolas indican que los participantes en programas de *outplacement* parecen mostrarse satisfechos sobre todo con el apoyo psicológico recibido, que es valorado como "muy útil" para sobreponerse a la ansiedad que sigue al despido. Este apoyo es de gran ayuda para desarrollar la autoconfianza. Según los consultores, los participantes también suelen valorar positivamente el hecho de tener el tiempo ocupado mientras dura el programa, así como poder estar en contacto con otras personas que se encuentran en la misma situación.

Aunque también se muestra una valoración positiva sobre los servicios de recolocación, tanto por responsables de gestión de recursos humanos, sindicatos y responsables de servicios públicos se alcanza la conclusión de que el escaso uso en nuestro país de estrategias de *outplacement* obedecía tanto a la falta que un normativas que imponga este tipo de medidas en los procedimientos de despido colectivo como a que empresarios y trabajadores definen su relación en unos términos en los que la empleabilidad y la gestión del proceso de transición laboral son responsabilidad exclusiva del trabajador.

Según las anteriores valoraciones de los distintos sujetos resultaría oportuna una intervención normativa dirigida a promocionar los programas de recolocación. Ahora bien, en esta misma línea y con un sentido más general,

[26] Cfr., Alfonso Arellano, F., *The Effect of outplacement services on earning prospects of unemployed*, FEDEA, 2009

[27] Informe 2010 elaborado por Creade Lee Hecht Harrison, la consultora de recolocación del grupo Adecco.

la efectividad de estas medidas también exige un cambio de actitud de las partes protagonistas y de la concepción de la vida profesional con interrupciones y cambios de empresa, oficio o profesión y de estatus profesional por el que el trabajador transita portando sus derechos profesionales (de formación profesional por ejemplo, o el llamado talón de intermediación alemán). Su implantación será difícil en un contexto de desconfianza mutua entre empresa y trabajadores y hasta la fecha se ha venido viendo como una fórmula dirigida a minimizar conflictos en procesos de reestructuración o de cierres empresariales[28].

3. REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS Y DE LA ACTIVIDAD DE RECOLOCACIÓN

Como ya se ha precisado los motivos que justifican la intervención normativa sobre las empresas de recolocación se habían formulado desde dos perspectivas diferentes. En primer lugar, un perspectiva garantista, de protección de los trabajadores afectados por los procesos de recolocación, que es la perspectiva tradicional asumida por las regulaciones de la intermediación en el mercado de trabajo, y en segundo lugar, desde una perspectiva promocional de esta medida, o de estos servicios.

La conveniencia de una regulación de las empresas de recolocación es una afirmación que proviene pues de diversos sectores y se asientan en efecto sobre argumentos justificativos muy distintos. Por un lado, con anterioridad a su actual regulación, se había venido considerando que estas empresas se encontraban en una situación de alegalidad e incluso ilegalidad, al desarrollar una actividad de intermediación laboral, dentro del concepto de agencias privadas de empleo definido por el Convenio núm. 181 de la OIT, y que, dado su ánimo de lucro, estaban prohibidas por el Estatuto de los Trabajadores. Desde otra perspectiva distinta, y partiendo de una valoración positiva de la actividad de recolocación, se entiende igualmente necesaria una regulación normativa de estas empresas, en aras de extender su aplicación, sobre todo en el terreno de las reestructuraciones empresariales. Los servicios de recolocación, en cuanto están dirigidos a orientar y formar a los trabajadores en la tarea de gestionar su propio proceso de recolocación, son instrumentos para facilitar la transición ocupacional, constituyendo en definitiva medidas de seguridad de los trabajadores en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Estos motivos justificarían la promoción de su desarrollo en el mercado de trabajo español. E igualmente, su actuación en el mercado de la intermediación laboral justifica

[28] Cfr., Sentmartí.R., Espluga, J., Baltiérrez, J., LemKow, L., Kieselbach, T., Políticas activas de recolocación laboral, Sociología del Trabajo 55/2005, pp.40-45.

la procedencia de dotar a las empresas de recolocación de un régimen jurídico que respete los principios y garantías del marco normativo en el que la misma se integra.

Pues bien, la determinación del régimen jurídico por parte del legislador español de las empresas de recolocación se ha integrado en la reforma de los agentes de intermediación en nuestro mercado de trabajo, siendo necesaria de forma previa a cualquier valoración sobre la misma la referencia al marco normativo internacional y comunitario de referencia. En este sentido, se afirma en la exposición de motivos que "se regula legalmente la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro en la línea de las más recientes normas y criterios de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia". Ello nos remite directamente al Convenio núm. 181 de la OIT.

3.1. El Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias privadas de empleo

Ya hemos señalado que el amplio concepto de agencia privada de empleo establecido por el Convenio núm. 181 de la OIT[29] había determinado, en el anterior panorama normativo, dada la falta de regulación de estas empresas[30], la existencia de dudas en torno a su calificación como agencias privadas de colocación. El citado Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas de 1997, designa, en efecto, con esta expresión a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de una serie de servicios en relación con el mercado de trabajo que se relacionan en su artículo 1 y que comprenden tanto los servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, como los servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), así como también finalmente otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas, si bien estos últimos servicios serían determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

[29] El Convenio 181 OIT sobre las agencias de empleo privadas de 1997, fue ratificado por España en mayo de 1999. Este convenio tiene como antecedente el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado) 1949 y se adoptó "consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento del mercado de trabajo" y "considerando que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio".

[30] La regulación de estas empresas en otros países (Bélgica o Suecia) a través de una legislación específica pone el acento en que sea el trabajador quien encuentre el nuevo empleo por sus propios medios, Lazaro Sanchez, J.L. *La intermediación en el mercado de trabajo*, Mergablum, 2003, p.94.

Dentro del concepto de agencia privada de empleo se encuentran las empresas de trabajo temporal e igualmente las empresas de *outplacement* habían sido ya consideradas agencias de empleo. Esta ha sido además la opción seguida por la reforma para la mejora de la intermediación laboral, que identifica como agencias de colocación las empresas que desarrollen programas de recolocación en el seno de expedientes de regulación de empleo.

No obstante lo anterior, hemos de destacar que es ésta una opción del legislador pues en principio del propio Convenio no se deduce tal automaticidad toda vez que su consideración como agencias de empleo quedaría supeditada a que tales servicios (de recolocación) sean determinados a tales efectos por la autoridad competente, previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

En todo caso, admitida la aplicación de este Convenio resulta necesario identificar aquellos principios, o limitaciones a la actividad de intermediación que del mismo se derivan. De partida, se trata de un Convenio cuya finalidad es precisamente la de permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones, autorizando sólo de forma limitada su prohibición por los Estados[31]. En segundo lugar, es preciso destacar que la determinación del régimen jurídico de las agencias de empleo privadas se efectúa de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores (Artículo 3 .1). Este Convenio no establece el régimen jurídico de las agencias privadas de empleo sino que se remite a la legislación y práctica nacional. En tercer lugar, se establece que las agencias de empleo privadas han de ser independientes de la autoridad pública. Y finalmente, la protección de los trabajadores se instrumenta fundamentalmente a través de la prohibición de cobrar a los mismos, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de

[31] El apartado cuatro del artículo 2 establece en efecto que previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, todo Miembro podrá : a) prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica en lo que atañe a la prestación de uno o más de los servicios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1; b) excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del presente Convenio, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada.

Además dispone en el apartado 5 que todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar, en las memorias que envíe las prohibiciones o exclusiones a las que en su caso se acoja, motivándolas debidamente.

honorario o tarifa[32], y en menor medida a través de la determinación de las condiciones por las que se rige el funcionamiento de estas empresas[33]. Todo Miembro, señala el Convenio, deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales (art. 3.2).

En definitiva y centrándonos en la exigencia de autorización a las agencias privadas de empleo en el citado Convenio, la técnica de la licencia o autorización aparece como un instrumento para que los Estados cumplan su obligación de determinar las condiciones de funcionamiento de estas agencias, por lo que tampoco podría deducirse directamente de la regulación de este Convenio la imposición a los Estados, en todo caso, del deber de establecer un régimen de autorización o licencia. Distinto es que un Estado firmante establezca tal sistema de control de la actividad de las agencias de colocación, que por otra parte es el tradicional en este ámbito.

Considerando pues lo anterior y pese a que tanto empresas de trabajo temporal como bolsas de trabajo de un centro de formación o empresas de *outplacement* tienen acomodo bajo el amplio concepto de agencia privada de colocación del referido Convenio, ello no determina que el régimen jurídico establecido por los Estados en relación con estas agencias o empresas deba coincidir. Por el contrario, una graduación de los requisitos o exigencias establecidos sería acorde con el principio de proporcionalidad. Las empresas de trabajo temporal, las bolsas de trabajo de un centro de formación o las empresas de *outplacement* desarrollan distintas actividades que pueden determinar diversas fórmulas jurídicas para garantizar la protección de los trabajadores que utilicen o se beneficien de los diversos servicios. Como ya se ha dicho el Estado puede establecer una regulación distinta para cada una de las actividades desarrolladas por las agencias de empleo[34].

En definitiva, atendiendo al citado convenio de la OIT los principios orientadores de la regulación legal sobre toda agencia privada de colocación y en su caso sobre las empresas de recolocación, serían la exigencia de de-

[32] En interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar excepciones a la prohibición de cobrar a los trabajadores cualquier tipo de tarifa, respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas. Además todo Miembro que autorice tales excepciones deberá, en las memorias que envíe, suministrar información acerca de esas excepciones y motivarlas debidamente (Artículo 7).

[33] Junto al principio de gratuidad de los servicios para el trabajador, el convenio también se dirige a garantizar derechos de los trabajadores como la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva (art. 4), principio de igualdad y de no discriminación (art. 5.1), y la protección de datos de carácter personal (art.6).

[34] Cfr., Lázaro Sánchez, J.L., op. cit., p.39; Alarcón Castellanos, M.M., op. cit., p. 278.

terminación de las condiciones de funcionamiento, la garantía de independencia de la autoridad administrativa y la gratuidad de los servicios y tutela de derechos (igualdad, intimidad y protección de datos, entre otros) para los trabajadores.

Pues bien, la opción del legislador en la regulación sobre las empresas de recolocación ha sido la de someter el desarrollo de su actividad a una previa autorización administrativa por lo habría de tener en cuenta las exigencias que a tal efecto se imponen desde la reciente normativa sobre liberalización de servicios, como ahora se verá.

3.2. Principios y Derecho Comunitario

Entre las empresas dedicadas a la intermediación laboral la regulación comunitaria sólo ha tenido por objeto las empresas de trabajo temporal y la misma se centra en las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por estas empresas. Ha sido el TJCE el que al hilo de pronunciarse sobre la adecuación al Tratado de regulaciones internas en el ámbito de los servicios de empleo ha formulado pronunciamientos doctrinales de interés.

En materia de intermediación laboral la jurisprudencia del TJCE en varias sentencias[35] ha establecido en efecto dos relevantes consideraciones: En primer lugar ha declarado que la actividad de colocación es una actividad económica, una actividad propia de una empresa a los efectos de aplicación de las normas comunitarias de la competencia. La intermediación no se puede considerar como manifestación del ejercicio de un poder público, es una actividad económica, por lo que cualquier entidad que la ejerza puede ser considerada empresa, independientemente de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. Y en segundo lugar, el TJCE también ha afirmado que un Estado abusa de su posición dominante en el mercado cuando tiene asignado en régimen de exclusiva la gestión de un servicio de intermediación entre demandas y ofertas de trabajo sin poder ofrecerlo en el mercado en las condiciones de eficacia que exigiría.

En base a todo lo anterior hemos de afirmar que los servicios de intermediación se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, y que tiene por objeto la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros, al objeto de hacer efectiva la libre circulación de servicios, en cumplimiento del artículo 43, que garantiza la libertad de establecimiento,

[35] Sentencia de 23 de abril de 1991, Asunto Höfner y Elser), Sentencia de 11 de diciembre de 1997 (Asunto C-55/1996 Job centre II) y Sentencia de 8 de junio de 2000 (Asunto Giovanni Parra et alt.).

y del artículo 49, que establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, ambos del Tratado de la Unión Europea[36].

Como es sabido, la citada Directiva ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[37], y con el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio actual de las actividades de servicios, también se ha dictado la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[38].

Pues bien, fuera del ámbito de aplicación de la nueva normativa sobre servicios han quedado los servicios de las empresas de trabajo temporal que han sido excluidos, lo que no acontece en relación con los servicios de intermediación. Por tanto el mantenimiento de un sistema de licencia o autorización administrativa como condición de acceso al desarrollo de la prestación de servicios de intermediación ha de ajustarse al contenido de la normativa sobre servicios. Concretamente, el mantenimiento de un régimen de autorización por parte de los Estados (art. 9 de la citada Directiva) al que se supedite el ejercicio de esta actividad exigirá informe motivado (previsto por el artículo 39 de la Directiva) que acredite la necesidad de un régimen de autorización que, además de no sujeto al principio de no discriminación y de proporcionalidad, ha estar justificada por una razón imperiosa de interés general.

Para las agencias privadas de colocación, esta exigencia de justificar la fijación de un sistema de autorización en una razón imperiosa de interés general se cumpliría mediante la invocación de la protección de los trabajadores (razón reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) lo que permite el mantenimiento de un sistema de autorización como requisito previo a la prestación de servicios. Sin embargo, para las empresas de recolocación, atendiendo al contenido de su actividad, la justificación del establecimiento de

[36] Para facilitar la libertad de establecimiento, la Directiva prevé la obligación de evaluar la compatibilidad de los regímenes de autorización, basándose en los principios de no discriminación y proporcionalidad, y de respetar determinados principios relativos a las condiciones y procedimientos de autorización aplicables a las actividades de servicios; la prohibición de determinados requisitos jurídicos restrictivos que persisten en la legislación de determinados Estados miembros y que no pueden justificarse, como las exigencias de nacionalidad; la obligación de evaluar la compatibilidad de otros requisitos jurídicos basándose en los principios de no discriminación y proporcionalidad.

[37] Y que pone énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector servicios deben de ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones.

[38] Pues ha sido necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que la Ley 19/2009 establece.

un sistema de autorización en una razón imperiosa de interés general puede resultar más discutible por lo que tal vez se podría haber optado en relación con la prestación de la actividad de recolocación de los trabajadores por un control a posteriori a través de una declaración responsable y comunicación previa de la empresa[39].

3.3. La reforma de los agentes de la intermediación laboral

Como punto de partida y de forma sumaria habría que señalar que la reforma de la intermediación laboral era necesaria para su mejor adaptación a la normativa internacional ratificada por España, a los propios objetivos asumidos por la Ley de Empleo y, en fin y sobre todo, para dotar al sistema de mayor eficacia. Desde una perspectiva de análisis más amplia se ha destacado que la característica crónica de los últimos ciclos normativos ha sido "la profunda disociación entre los principios que ordenan la intermediación laboral y las técnicas o instrumentos utilizados para su concreción"[40]. Los principios no han sido objeto de adecuada articulación técnica o han sido profundamente modificados en la fase aplicativa. Estas notas caracterizaban la anterior redacción de la Ley de Empleo donde, como ya se había señalado, la regulación sobre agentes de intermediación (servicios públicos, agencias de colocación y entidades colaboradoras) se aparta de los principios del Convenio 181 de la OIT ratificado por España[41].

En el referido modelo, además de los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación, actúan como sujetos en la intermediación laboral las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, si bien con un papel secundario. Estas entidades tienen un papel meramente instrumental en la intermediación laboral que corresponde realizar a los Servicio Públicos de Empleo. De hecho, en la articulación del modelo de intermediación realizado originariamente por la Ley de Empleo corresponde a los Servicios Públicos o a las agencias de colocación la actividad de intermediación (en su integridad) entendida como el

[39] De conformidad con el nuevo art. 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAPPAC.

[40] Valdés Dal-Ré, F., Prólogo a Alarcón Castellanos, MM., *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis*, Aranzadi, 2009, p. 11. Como ya se ha señalado la Ley de Empleo no modificó la prohibición de las agencias de empleo privadas, introdujo las entidades colaboradoras y no garantiza la independencia de las agencias de las autoridades públicas, cfr., Valdés Dal-Ré, Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional, en Relaciones Laborales 19/2006, p. 67.

[41] En este convenio la tutela del trabajador se traslada a la prohibición de percepción de los trabajadores de ningún tipo de honorario o tarifa (siendo indiferente el fin de lucro de la agencia de empleo), sólo figuran dos instrumentos de intermediación el servicio público y las agencias privadas, y éstas han de ser independientes de las autoridades públicas. Tampoco la LE identifica servicios relacionados con la búsqueda de empleo pero distintos a la vinculación entre ofertas y demandas de empleos.

conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación y que tendría como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. Las entidades colaboradoras realizarán sólo las actuaciones autorizadas o previstas por el servicio público del que dependen.

Como regla general, las entidades colaboradoras no realizan actividades de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo, que corresponden al servicio público de empleo y a las agencias de colocación debidamente autorizadas, y ello con el fin de asegurar el cumplimiento de los principios de igualdad en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos. Solo en el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo.

Pues bien, este modelo se caracterizaba por la concurrencia de sujetos públicos y privados además de por una marcada descentralización territorial y por su ineficacia. Y más concretamente, se afirmaría que la ineficacia de los servicios públicos de colocación no tiene sólo una dimensión cuantitativa sino un significado cualitativo pues no atiende las necesidades de colocación de colectivos, como mayores de 45 años o de trabajadores que sólo poseen estudios primarios[42].

Por ello el CES había propuesto[43] un Plan global de modernización de los servicios de empleo dirigido a mejorar la calidad de los mismos y cuya base sea la modernización de los SPEE. En esta misma línea sigue vigente, se afirma, la necesidad de regular el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación: servicios públicos de empleo, entidades colaboradoras, agencias de colocación y empresas de recolocación.

El objetivo del cambio normativo ha sido el de la regulación de las agencias privadas de empleo a los efectos de dar el paso definitivo desde un modelo de monopolio público, siguiendo la tendencia marcada tanto desde del derecho internacional del trabajo como de la jurisprudencia comunitaria[44] Por

[42] Pérez de los Cobos Orihuel, F., La reforma de la intermediación laboral en España, en Actualidad Laboral, núm 5, Quincena del 1 al 15 Mar. 2010, Tomo 1.

[43] Memoria CES del Reino de España, 2008, p. 306.

[44] Según la STJCE de 11 de diciembre de 1997 (Asunto C-55/1996 Job centre II) la actividad de intermediación en el mercado de trabajo tiene naturaleza económica y la atribución de la misma en régimen de monopolio a un servicio público por la legislación de un Estado miembro (se trataba de Italia) no resulta compatible con el derecho comunitario si se prueba que las oficina no cumplen satisfactoriamente tal función de facilitar las colocaciones. Las actividades de colocación son actividades económicas cuya naturaleza no resulta afectada por el hecho de se confíen normalmente a instituciones públicas (Sentencia de 23 de abril de 1991, Asunto Höfner y Elser). La anterior doctrina se reitera en la Sentencia de 8 de junio de 2000 (Asunto Giovanni Parra et alt.).

ello, ya entre la líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social se apelaba al refuerzo de los Servicios Públicos de Empleo y la mejora general de la intermediación laboral, señalándose concretamente que una cuestión que debía valorarse era el papel a desempeñar por otros actores que podrían intervenir en la intermediación, como las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro y las empresas de recolocación. Y en concreto, se establecían los principios que marcan la posibilidad de dar entrada en la intermediación laboral a las agencias con ánimo de lucro con origen o fundamento alguno de ellos en la normativa internacional, como la exigencia de autorización del Servicio Público de Empleo, la firma de un convenio de colaboración, el establecimiento de las garantías necesarias para asegurar el respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos y la gratuidad de estas actividades para los trabajadores o la exigencia de que al menos un porcentaje de su actividad y de las colocaciones efectivamente realizadas sean para colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.

Sin embargo, y aunque ningún principio de actuación o limitación a su régimen jurídico se establecía expresamente en relación con la regulación de las empresas que intervienen en los procesos de recolocación de los trabajadores la opción legal siempre había parecido estar dirigida a someter a estas empresas al mismo régimen jurídico de las agencias de colocación, con o sin ánimo de lucro, como efectivamente ha sido. La regulación de las empresas de recolocación, en relación con los diversos agentes públicos y privados que han de desarrollar la función de intermediación en nuestro mercado de trabajo, se ha realizado a través de su calificación como agencias de colocación sometidas pues al régimen jurídico del art. 21 bis de la Ley de Empleo. En principio, la intervención normativa relativa a las empresas de recolocación se refiere al régimen jurídico de las mismas y se dirige básicamente a la tutela de los trabajadores afectados por el proceso de recolocación.

3.4. Régimen jurídico de las empresas de recolocación y exigencias de protección de los trabajadores

Una vez descrito el marco normativo de referencia así como las líneas de reforma de los agentes de la intermediación laboral, hemos de concretar si la regulación sobre las empresas se recolocación se adapta a las mismas y en fin y sobre todo a la finalidad de dotar al sistema de mayor eficacia.

De una parte y atendiendo al Convenio núm. 181 de la OIT, la regulación estatal sobre toda agencia privada de colocación ha procurar la determinación por el Estado de las condiciones de funcionamiento de estas empresas, y de los mecanismos para garantizar la independencia de la autoridad administra-

tiva y la gratuidad de los servicios para los trabajadores. Ya hemos señalado que aunque ésta no haya sido la opción de la regulación española, a la luz del análisis efectuado del Convenio núm. 181 de la OIT, era también posible la opción de establecer diversos regímenes jurídicos para empresas de recolocación y empresas de colocación, atendiendo a la diversidad de actuaciones que desarrollan y de las correspondientes exigencias de tutela de los trabajadores beneficiarios de los programas de recolocación[45].

Sin embargo, la actual regulación sobre las empresas de recolocación, somete, el desarrollo de su actividad al régimen jurídico previsto para las agencias de colocación. En principio, han de obtener pues una autorización del servicio público de empleo (competente por razón del domicilio social de la empresa) que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. En relación con tales exigencias hemos de señalar que al someter la nueva regulación el desarrollo de la prestación de servicios de *outplacement* a una previa autorización administrativa ha de tenerse en cuenta las exigencias que a tal efecto se imponen desde la normativa sobre liberalización de servicios, siendo necesario por tanto acreditar la necesidad de un régimen de autorización que además de sujeto al principio de no discriminación y de proporcionalidad ha estar justificada por una razón imperiosa de interés general, por lo que entendíamos que se podría haber optado por un control a posteriori a través de una declaración responsable y comunicación previa[46].

Y en este sentido, puede ser de interés tener en cuenta regulaciones de países vecinos como es el caso de Francia donde las empresas de *outplacement* en aplicación del art. L.311-1 del *Code du travail* están autorizadas a efectuar operación de colocación por derogación de la prohibición general que existe de toda organización que realice actividades de colocación salvo autorización. De esta forma, las empresas que emprenden acciones de recolocación a favor de sus trabajadores están autorizadas en la medida que desarrollan esta actividad a desarrollar operaciones de colocación durante el desarrollo de estas acciones[47].

De otra parte, la regulación sobre las empresas de recolocación ha debido tener en cuenta objetivos normativos como el fortalecimiento de los servicios públicos, la coordinación de las políticas activas con la protección por desem-

[45] Pues por ejemplo, en relación con las empresas de trabajo temporal la exigencia de autorización administrativa previa, y la elevada garantía financiera que prestan se justifica para el cumplimiento de una serie de requisitos que en buena parte se dirigen a garantizar que pueda cumplir las obligaciones que asume como empleador.

[46] De conformidad con el art. 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAPPAC.

[47] Cfr. Code du travail, art. L. 311-1 al 3. Sobre este tema, Heas, F., Le reclassement du salarié en droit de travail, 2000, LGDJ, num. 334.

pleo y la colaboración entre servicios públicos y agencias privadas (con y sin ánimo de lucro). Como se afirma en el Preámbulo de la Ley 35/2010, "*se estima necesario iniciar una apertura a la colaboración público-privada en esta materia, preservando, en cualquier caso, la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación*". Por ello, "*la centralidad de los servicios públicos de empleo respecto de estas agencias queda asegurada por la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad, por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos servicios públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de éstos*".

En principio, la concurrencia entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de empleo así como la actuación de otros sujetos como pueden ser las empresas de recolocación exige colaboración y especialización. Son necesarias la distribución de espacios y funciones en la intermediación laboral al mismo tiempo que una actuación coordinada de los actores. Atendiendo, en efecto, a las funciones propias que han de asumir los servicios de intermediación y a una configuración del modelo de agentes de intermediación, sobre la base de la colaboración entre sujetos públicos y privados, estas empresas de recolocación han de colaborar necesariamente con los servicios públicos. Y ello, por ejemplo a través de exigencias concretas como remitir la memoria de actividades así como información sobre resultados, entre otras. Además, dada su actuación sobre el mercado de trabajo y la protección de los trabajadores afectados por su funcionamiento, resultaba igualmente necesaria y oportuna la acreditación de suficiencia de recursos para el cumplimiento de sus fines. Puede ser necesaria la acreditación del número, dedicación, cualificación profesional de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la empresa de recolocación. La ley debe garantizar la consistencia organizativa y solvencia económica que las empresas cuentan con medios suficientes para asumir con éxito el conjunto de sus actuaciones. Este objetivo entiendo que puede alcanzarse sin precisar someter su actividad a un sistema de licencia o autorización, mediante declaración responsable y la fijación de obligaciones de registro y de remisión de información de su actividad a los servicios públicos de empleo.

La actual regulación establece (artículo 21 bis de la Ley de Empleo), entre otras obligaciones mínimas de estas empresas, suministrar determinada información a los servicios públicos, elaborar y ejecutar planes específicos para desempleados de colectivos con mayores dificultades de inserción laboral y disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos. Otras obligaciones específicas pueden determinarse reglamentariamente. Igualmente se prevé que estas agencias pueden realizar su acti-

vidad de intermediación con independencia de los servicios públicos de empleo o podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos[48]. En todos los casos deberá garantizarse a los trabajadores la gratuidad de la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos.

Pues bien, con la regulación establecida por el citado art. 21 bis ha quedado garantizada, la colaboración con los servicios públicos de empleo y el sometimiento de su actuación a los principios de gratuidad de sus servicios para los trabajadores, y al respecto de los derecho a los derecho fundamentales y concretamente igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad y de protección de datos de carácter personal[49].

Es preciso por tanto que en la determinación normativa de las condiciones de funcionamiento de las empresas de recolocación se garantice su independencia de la autoridad pública y que su actuación esté respaldada por suficientes medios técnicos y humanos que aseguren el éxito de sus funciones[50].

3.5. Regulación promocional de la actividad de recolocación

La intervención normativa relativa a la actividad de recolocación se ha desarrollado pues a través de normas que disciplinan la actuación de las empresas de recolocación, que determinan las condiciones de ejercicio de sus funciones y garantizan los derechos de los trabajadores beneficiarios de sus servicios, (sólo parcialmente garantizados a través de mecanismos de autorregulación como son los códigos éticos). La regulación actual se limita[51] a

[48] La disposición final tercera de la citada Ley 35/2010 establece que *el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, fijará indicadores de eficacia de las agencias privadas de colocación. Dichos indicadores serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre Agencias y los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas*.

[49] Hemos de tener presente que en el código ético de estas empresas ya se establece que sólo pueden ser contratados los servicios de Outplacement por las empresas para los que trabajan los candidatos, por lo que parten igualmente del principio de gratuidad de la actividad de recolocación para los trabajadores Además, en esta autorregulación se establece el deber de confidencialidad de las informaciones tanto ante la empresa y los candidatos como frente a terceros.

[50] En el código ético de las empresas de recolocación ya se garantiza que las empresas sólo aceptan encargos para los que posean la cualificación necesaria, y que previsiblemente puedan cumplir con éxito.

[51] Aunque deba tenerse en cuenta que en la Ley 35/2010, la Disposición adicional séptima sobre Plan de recolocación del sector de la construcción establece que *El Gobierno impulsará un plan específico, en colaboración con las Comunidades Autónomas, para la recolocación de los parados procedentes del sector de la construcción, a través de programas específicos de formación y de seguimiento, que les permitan ser contratados en sectores demandantes de mano de obra como por ejemplo los de rehabilitación, instalación energética, seguridad, turismo, dependencia, entre otros*.

regular la actividad de recolocación que puedan prestar en los expedientes de regulación de empleo considerándola intermediación laboral, lo que determina que las empresas que desarrollen tal actividad son consideradas agencias de colocación y por tanto sometidas al correspondiente régimen que regula su prestación de servicios.

Ahora bien, hemos también de seguir planteando la conveniencia y oportunidad de una intervención normativa de promoción de la actividad de recolocación atendiendo a su consideración como instrumento de transición laboral, como medida de seguridad para el trabajador y de reinserción profesional. Se trataría de una posible regulación normativa que, directamente o remitiendo al contenido del contrato de trabajo, del convenio colectivo o del plan social, adoptará una perspectiva promocional del desarrollo de estos servicios en el mercado de trabajo español. A favor de esta opción legal se situarían tanto las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo como las orientaciones de gestión anticipada de los procesos de reestructuración empresarial, ambas formuladas desde las instituciones europeas.

Los programas o ayudas a la recolocación pueden ser considerados como medidas de seguridad para el trabajador en el momento de la extinción de su relación laboral junto con las clásicas indemnizaciones, unas medidas eficaces en un contexto de itinerarios laborales discontinuos e inestables en los que aumentan las situaciones de transición laboral. Los medios que faciliten al trabajador el proceso de búsqueda de empleo, evaluando sus competencias y perfeccionando a través de un plan personal la gestión del llamado proceso de recolocación son en estos momentos necesarios instrumentos de transición laboral.

Pues bien, este beneficio para el trabajador puede estar previsto en su propio contrato de trabajo, en una cláusula del convenio colectivo, como compromiso del empresario para futuros supuestos de reestructuración empresarial, también puede ser una medida acordada con los representantes contenida en el plan social de un procedimiento de despido colectivo.

Esta medida de seguridad en forma de beneficio consistente en ayudas para la recolocación interna o externa, a través de servicios de *outplacement* puede forma parte del cuadro de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo[52]. Desde la norma se puede promover esta medida de seguridad del trabajador en el momento de la extinción del contrato tanto en la configuración de un nuevo contrato de trabajo como también a través de su vinculación a medidas pasivas de protección frente al desempleo. La búsqueda de empleo es un derecho y un deber de los trabajadores implicados en un proceso de reco-

[52] Acuerdo interprofesional sobre la modernización del mercado de trabajo de 23 de enero de 2008. Cfr., Martín Puebla, La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurité a la francaise", en Relaciones Laborales I/2009, p. 1077.

locación, por ello el disfrute de prestaciones sociales se vincula al compromiso activo de empleo, planteamiento de la política del *welfare to work*, ya clásico en Europa, siendo uno de los retos a los que se enfrenta la modernización de los servicios públicos en nuestro país precisamente el de vincular la cobertura económica por desempleo con actividades de mejora de la empleabilidad para reducir en lo posible el tiempo de permanencia en el desempleo

Ahora bien, entre nosotros las propuestas de promoción formuladas se refieren a la actividad de recolocación para trabajadores afectados por despidos colectivos. Igualmente, el desarrollo de la actividad de recolocación de los trabajadores y la atención normativa sobre la misma se ha concretado hasta la fecha mayoritariamente en la Unión Europea en el ámbito de los procesos de reestructuración empresarial como medida social de acompañamiento de los trabajadores despedidos. Ya hemos venido destacando que efectivamente el aumento de su actividad se ha referido a los llamados outplacement colectivos a favor de trabajadores afectados por procesos de reestructuraciones empresariales donde se confirman como instrumentos necesarios para abordar las situaciones de tránsito laboral y especialmente para trabajadores de edad avanzada como alternativa a las prejubilaciones[53]. Por ello, en las páginas siguientes se abordará de forma más detallada la función que los servicios de recolocación pueden asumir en los procesos de reestructuración empresarial así como las líneas que podría adoptar una intervención normativa en este terreno atendiendo además a los ejemplos o experiencias que brindan algunos países europeos y atendiendo a las propias directrices y orientaciones comunitarias.

En este sentido, hemos de tener en cuenta que la disposición final tercera de la Ley 35/2010 establece que *con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno aprobará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, un Real Decreto para la modificación del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad.*

Las páginas siguientes contienen propuestas dirigidas a futura regulación sobre los planes sociales de acompañamiento en los expedientes de regulación de empleo.

[53] Cfr., C. Gala Durán, la recolocación externa de los trabajadores maduros (outplacement) como vía de actuación ante el desempleo, en Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2003, p. 1322.

4. ESPACIO Y FUNCIONES DE LAS EMPRESAS DE RECOLOCACIÓN: OUTPLACEMENT Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Sin perjuicio de que las empresas de recolocación puedan desarrollar funciones y actuar sobre ámbitos diversos, el desarrollo de sus servicios en esta época de crisis se está visualizando como medidas de apoyo a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial y más concretamente por despidos colectivos.

Como es sabido, desde la Comisión Europea se ha venido insistiendo, desde hace años, en la estrategia de gestión anticipada de los procesos de reestructuración empresarial y concretamente en la fijación de medidas que brinden la ayuda necesaria a los trabajadores afectados por los despidos para aumentar las posibilidades de una rápida reinserción en el mercado de trabajo. La globalización y el progreso tecnológico determinan en efecto cambios rápidos en la cualificación y capacitación requerida a los trabajadores, al igual que en la necesidad de de las empresas de adaptar sus bienes y servicios. La reestructuración de la empresa ha pasado de ser un hecho incidental a habitual en la vida de una empresa y no sólo en la actual situación de crisis, si bien ha sido creciente el número de empresas que se ven obligadas a reestructurar sus actividades por la actual crisis económica. En este marco se intensifican las orientaciones e iniciativas adoptadas en los últimos años desde la Comisión Europea en relación con medidas para anticipar, gestionar y reaccionar ante la reestructuración empresarial. La anticipación estratégica y operativa del cambio y la reestructuración no sólo es un requisito necesario para gestionar esos procesos de una manera socialmente responsable y mitigar su impacto social, es también una condición previa indispensable para obtener buenos resultados[54]. Las prácticas existentes en este terreno muestran como todos los actores (empresas, representantes de los trabajadores, trabajadores y autoridades) pueden participar activamente en la anticipación y gestión del cambio. Y más concretamente, las orientaciones comunitarias vienen a señalar durante el proceso de reestructuración, como tercer paso, organizar y prestar ayuda individual y personalizada a los empleados, cuyo despido es inevitable, con el fin de aumentar las posibilidades de reinserción rápida en el mercado de trabajo[55].

Los servicios públicos de empleo tienen un importante papel que desarrollar para facilitar los procesos de reestructuración, desde una perspectiva preventiva, sin esperar pasivamente la llegada de los despidos sino contribuyendo activamente a la transición laboral. Esta es la experiencia seguida en muchos países donde los servicios públicos de empleo han establecido con las

[54] Documento de control de los procesos de reestructuración, Comisión Europea, 2009.

[55] Tras obtener un consenso interno acerca de la necesidad del proceso de reestructuración y de estudiar todas las opciones posibles antes de plantearse los despidos.

empresas una cooperación activa a largo plazo que ha contribuido al éxito de los procesos de reestructuración, a través de servicios de información, consejo y orientación a los trabajadores. Esta activa cooperación ha contribuido a una identificación temprana de la cualificación o la capacitación profesional requerida y a la prevención del desempleo de larga duración[56]. Más concretamente hemos de señalar que existen experiencias de programas de *outplacement* desarrollados por Servicios Públicos de empleo y que prevén la colaboración de intervención privada (centros de formación y empresas de recolocación) en las últimas fases del mismo[57]. E igualmente, en este contexto, se han analizado las actividades desarrolladas por empresas de recolocación.

La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1988, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos ya requería en su artículo 2.2 el recurso a medidas sociales de acompañamiento para atenuar las consecuencias de los despidos y destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. Es decir, se requiere la adopción de medidas preventivas con participación de los representantes de los trabajadores y la autoridad laboral, existiendo tanto la obligación de negociar con los representantes las medidas de acompañamiento que se ofrecen a los trabajadores, como la obligación de comunicar su proyecto a la Autoridad Administrativa.

En definitiva, el planteamiento comunitario resulta claro, desde la Directiva 98/59/CE la obligación de las medidas sociales de acompañamiento en los procedimientos de despido colectivo constituye una exigencia comunitaria en aras de la anticipación estratégica y operativa del cambio y la reestructuración empresarial.

En España, las empresas de 50 o más trabajadores han de presentar un plan social que contemplará las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados en los expedientes de regulación de empleo, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial (art. 51 4 de la LET)[58] . El plan social, atendiendo a su configuración legal con anterioridad a la reforma de 2010,

[56] Cfr., The role of de Public Employment Services related to "Flexicurity" in the European Labour Markets, Final Report, Employment, Social Affairs &Equal Opportunities Progress, March, 2009.

[57] Se trata de la experiencia desarrollada en Italia, "Public Employment Services and outplacement proyects. A new model to face industrial crises in the Province of Parma" en The role of de Public Employment Services related to "Flexicurity" in the European Labour Markets, Final Report, cit., pp 132 y ss.

[58] La Ley 11/1994, de 19 de mayo introdujo la obligatoriedad de presentar este plan social.

no servía sólo para ajustar una plantilla, sino que podría ser un instrumento favorecedor del empleo, aunque en escasas ocasiones cumpla esa función, siendo además, como se ha afirmado la información sobre el contenido de los planes sociales, en general, poco accesible[59]. Estos datos son especialmente preocupantes en la actual situación de destrucción de empleo. En el año 2009 se produce un incremento considerable de los EREs presentados y aunque ciertamente se ha producido también un notable incremento de los trabajadores cuyos contratos se han visto extinguidos, el incremento más significativo ha sido en el número de los trabajadores afectados por expedientes de suspensión del contrato de trabajo y algo menos de reducción de jornada[60]. En todo caso, si en 2007 los trabajadores afectados por extinción de contrato tras ERE fueron de 25.742, en 2008 ascendieron hasta 40.572 y en 2009 hasta 63.476. Pues bien, si se consultan los datos ofrecidos desde los poderes públicos, entre nosotros, bajo el título de las ayudas a trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial se concentran ayudas previas a la jubilación ordinaria por lo que su inclusión dentro del capítulo de formación profesional y ayudas de apoyo al empleo puede no resultar muy exacta[61].

Como los estudios sobre el desarrollo de los expedientes de regulación de empleo muestran, pese al elevado coste en indemnizaciones que conlleva en nuestro país el procedimiento de despido colectivo, las medidas compensatorias económicas son las que se proponen en mayor medida, y las que tienen más aceptación entre los trabajadores afectado por un expediente de regulación de empleo. A pesar de la regulación normativa relativa al contenido del plan social, las indemnizaciones constituyen en algunos casos la única medida acordada. Lo anterior ya ha sido destacado doctrinalmente como infracción de la normativa aplicable, diferenciándose, a estos efectos, entre la obligación legal de abono de una indemnización y la de negociar de buena fe un plan social, obligaciones con diverso objetivo y naturaleza jurídica[62].

Sin embargo, en la última década, hay que destacar una evolución hacia un enriquecimiento del contenido de los planes sociales con medidas de reducción del tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de recolocación directa, diferidas e indirectas, bolsas de empleo o externalización de actividades. Dentro de las medidas acordadas en los expedientes de regulación de empleo, otro tipo de medidas son las bajas incentivadas, las prejubilaciones, las jubilaciones an-

[59] Memoria CES España de 2008, p. 303

[60] El incremento empieza en los datos relativos a diciembre de 2008, Encuesta de Coyuntura Laboral, MTIN, con datos hasta febrero de 2010.

[61] V. Anuario de Estadísticas MTIN, 2009.De un importe total de 307.592.164, en ayudas previas a la jubilación ordinaria se emplearon 290.137.672 y en ayudas extraordinarias para procesos de reestructuración de empresas 17.454.492 euros.

[62] Cfr., Serrano Garcia, J.M., El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables, Temas Laborales, 90/2009, p. 218.

ticipadas y las excedencias remuneradas. Centrando nuestra atención sobre el *outplacement*, como medida de acompañamiento en los planes sociales, estos servicios con ésta u otras denominaciones, no se configuran como una obligación de resultado. En algunos casos se especifica los deberes de la empresa consultora como serían la orientación profesional y psicoprofesional, guía en la búsqueda de empleo y contactar con empresas para obtener ofertas de empleo[63]. Es una medida de adscripción voluntaria para los trabajadores afectados[64], y los servicios prestados de recolocación pueden variar en función de las dificultades que el trabajador presente para de reincorporación en el mercado de trabajo, en base a criterios objetivos como puede ser el de la edad[65].

No obstante lo anterior sigue siendo válida la afirmación de que el plan social, en escasas ocasiones cumpla esa función de instrumento favorecedor del empleo. La reforma de 2010 se dirige precisamente a promocionar el uso de medidas de recolocación en los planes sociales, sus efectos están por ver.

Además, en conexión con este dato debe tenerse en cuenta que otra característica de la práctica de los expedientes de regulación de empleo es la ausencia en la mayor parte de los expedientes de una actividad de control público del contenido del plan social. El control administrativo de la exigencia legal y comunitaria relativa a la existencia de medidas de acompañamiento para atenuar las consecuencias para los trabajadores y destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos no resulta garantizado. Alcanzado el acuerdo, lo que acontece en la inmensa mayoría de los casos, se debe proceder a autorizar a la empresa, salvo vicios de forma o fondo, siendo nula la capacidad de intervención de la autoridad laboral[66]. Como es sabido, la autoridad laboral ostenta la competencia de autorizar los despidos colectivos si concurren las causas legales y se ha seguido el procedimiento establecido[67]. Sin embargo esta intervención pública alcanza esta finalidad cuando no se ha conseguido acuerdo entre la empresa y los representantes, pues existiendo acuerdo el control público quedaría limitado a excluir la concurrencia de situaciones de fraude, dolo o coacción, o abuso de derecho en la firma del referido acuerdo.

[63] Así aparece en la Resolución 57/2008, de 30 de julio.

[64] Resolución 69/2008, de 31 de noviembre.

[65] En el plan social de la Resolución 75/2008, de 5 de noviembre, los menores de 45 sólo reciben un curso colectivo de orientación de búsqueda de empleo, lo trabajadores entre 45 y 55 años reciben un asesoramiento individual durante 6 meses y por último los trabajadores mayores de 55 se benefician de un programa de recolocación que les asegure finamente encontrar un empleo.

[66] Sobre el papel de la Administración en la gestión de las reestructuraciones empresariales, cfr., Rodriguez Piñero y Bravo Ferrer, M., Despidos colectivos y autorización administrativa, en Relaciones Laborales, 2/209, p. 8.

[67] Sin embargo, este régimen administrativo no rige para los despidos colectivos que se produzcan en empresas en situación de insolvencia declarada judicialmente, según la Ley 22/2003, de 9 de julio.

En definitiva, atendiendo al elevado número de expedientes que concluyen con acuerdo puede afirmarse que no existe una actividad de control público sobre la existencia y contenido de los planes sociales.

Por ello se ha planteado la necesidad de reforzar el control administrativo sobre el contenido del plan social. Si una de las principales razones del control público de los despidos colectivos es, se afirma, el elevado gasto público que implican y una de las vías articuladas para limitar sus elevados costes sociales y económicos es precisamente las medidas del plan social obligatorio, aunque sólo para las empresas de 50 o más trabajadores desde la reforma de 1994, sería preciso, vía reforma normativa, reforzar o desarrollar el papel de la Administración "en el plano de la perfección y garantía de los planes sociales[68].

Sería necesario, arbitrar fórmulas de control público del cumplimiento de medidas de acompañamiento que garanticen en la mayor medida posible el transito en el empleo, el mantenimiento de los trabajadores en el mercado de trabajo, pues el relevante interés público al que las mismas se dirigen, justificaría esta intervención pública bastante cuestionada. E igualmente sería aconsejable la promoción legal de tales medidas de acompañamiento en los planes que acompañas las decisiones de despidos colectivos, siguiendo la práctica de países como Francia, Alemania o Bélgica.

En Francia, la Ley de modernización social reforzó las exigencias de calidad del plan social, y en consecuencia el plan de salvaguarda del empleo debe prever acciones de recolocación externa a la empresa (principalmente por el apoyo a la reactivación de la cuenca de empleo)[69]. Igualmente esta previsto un permiso de recolocación para recibir acciones de formación así como la prestación de las llamadas células de acompañamiento de las iniciativas de búsqueda de empleo[70]. Además la autoridad administrativa ejerce funciones de información y competencias de control y seguimiento de la regularidad del procedimiento y del contenido del plan social de salvaguarda del empleo[71]. La citada ley de modernización social reforzó el papel de la autoridad administrativa, especialmente importante en el control de la existencia de las medidas

[68] Cfr., Serrano Garcia, J.M., El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables, Temas Laborales, 90/2009, p.215.

[69] Cfr. artículo L. 321-5 *Code du travail*

[70] Cfr., art. L. 321-4-3 *Code du travail.* Sólo para trabajadores de grandes empresas, el punto de partida es el análisis de competencias del trabajador para definir un proyecto profesional y determinar las acciones formativas precisas para alcanzar su recolocación. cfr., Martín Puebla, E., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. La reforma del despido por causa económica en Francia (II), en Cívitas REDT, 114, p. 845.

[71] Tras la supresión de la autorización administrativa en 1986 del despido colectivo.

de acompañamiento así como de su efectiva aplicación[72] y en la fase de aplicación o puesta en práctica de las medidas sociales del plan de recolocación.

En Bélgica, los trabajadores afectados por despido colectivo además de compensaciones económicas reciben otras garantías, negociadas por los representantes y la empresa, un plan social del que el *outplacement* forma parte. Los empresarios están obligados a ofrecer un programa de recolocación a los trabajadores mayores de 45 años. La participación de los trabajadores es voluntaria y los costes corresponden a la empresa. Estos programas de *outplacement* son obligatorios en el sector industrial pero no en el sector servicios. También en Alemania existen planes sociales activos, cuya regulación legal, les impide basarse sólo en compensaciones económicas a los trabajadores despedidos por lo que ofrecen un acompañamiento autorizado para la búsqueda, a través de programas con una duración en torno a los 24 meses y en los que los trabajadores se consideran parte activa en su reintegración en el mercado de trabajo. Los planes sociales en Holanda también se acuerdan y contemplan, además de indemnizaciones, actuaciones de orientación, asesoramiento y tutoría para la búsqueda de nuevo trabajo por una empresa externa.

Pues bien, la actuación de las empresas de recolocación en los procesos de reestructuración empresarial puede ser promocionada de forma directa a través de la incorporación de estos servicios al contenido del plan social y del control del contenido del plan por la autoridad pública. Distinta es la cuestión planteada sobre el coste de esta medida, que corresponde a la empresa cliente, en relación con la ya elevado coste en indemnizaciones que caracteriza la práctica de los expedientes de regulación de empleo, pues son posibles diversas fórmulas que habrían de ser valoradas por el legislador o en su caso por la autoridad administrativa en el momento de control del contenido del plan. En este sentido, pueden resultar más eficaces estas actuaciones de recolocación que fórmulas de incremento de la indemnización legal, aunque pueda encontrarse ciertas reservas por parte de los trabajadores en un primer momento a participar en estos programas de recolocación.

Ya hemos señalando que siendo oportuna una intervención normativa, la efectividad de estas medidas también exige un cambio de actitud de las partes protagonistas y de la propia concepción de la vida profesional con interrupciones y cambios de empresa, oficio o profesión y de estatus profesional por el que el trabajador transita portando sus derechos profesionales. Y en este contexto debe también tenerse presente que resulta necesaria la vinculación entre las medidas activas y pasivas dentro de la política de empleo formuladas desde la estrategia europea

[72] Ley núm. 2002-73, de 17 de enero de modernización social (JO núm. 15, de 18 de enero de 2002). La autoridad administrativa puede presentar propuestas y completar el contenido del plan de salvaguardia del empleo y desarrolla en la práctica un papel muy activo, cfr., Martín Puebla, E., Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. La reforma del despido por causa económica en Francia (I), en Cívitas REDT, 113, p. 682.

y desde las normativas y políticas naciones de empleo de los estados miembros.

Como es sabido, la Estrategia Europea de Empleo impondría a través de sus Directrices, la necesaria vinculación entre políticas activas y pasivas, dándose paso a una concepción del desempleo como un conjunto de medidas de impulso y reactivación del empleo (y no como una medida de protección social separada de las políticas activas de empleo)[73]. Entre nosotros se ha destacado, en un análisis dinámico de las reformas normativas, la existencia de un déficit en la elaboración y programación de los elementos de comunicación entre las vertientes activa y pasiva de las políticas de empleo[74]. En la necesaria adaptación del sistema de protección por desempleo a la evolución del mercado de trabajo para asegurar la solvencia financiera de las políticas pasivas de empleo, han aparecido entre otros objetivos el de racionalización económica del sistema de protección por desempleo mediante fórmulas de coordinación entre políticas pasivas y activas. En esta línea de procurar la coordinación de las vertientes pasiva y activa puede insertarse, aunque ciertamente con algunas confusiones, la reforma de 2002[75], a través de la reformulación de la noción de colocación adecuada y la extensión a la protección por desempleo del "compromiso de actividad", apostando en favor del deber del trabajador desempleado de colaboración activa en su recolocación.

Por tanto, la idea que subyace no es otra que la necesidad de impulsar la actividad de búsqueda de nuevo empleo por parte del desempleado que recibe algún tipo de prestación o ayuda pública[76]. En este mismo sentido podría promoverse la participación de los trabajadores en programas de recolocación

[73] La ubicación de la prestación por desempleo dentro del sistema de seguridad social no significa negar su conexión y necesaria conexión con las políticas activas. Las ayudas económicas al desempleado deben servir ser sólo para proporcionar ingresos en una situación de necesidad, sino también para alentar hacia la búsqueda de nuevo empleo, en este sentido se señala que el legislador habla de un sistema eficaz de protección frente a las situaciones de desempleo ((art. 2b) Ley de Empleo de 2003), cfr., García Murcia, J., Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2003, p. 82

[74] AA.VV., Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico. Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas. Informe de la Comisión e Expertos del Diálogo Social, MTAS, 2005, p. 108.

[75] Mediante la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Con un cierto paralelismo con reformas normativas en Francia, Italia o Alemania, se condiciona el acceso al desempleo a la disponibilidad para el empleo, al reforzamiento de las acciones de formación de los trabajadores para su reingreso en el mercado de trabajo, lo que también hace necesaria la reformulación del contenido de los servicios de intermediación. La idea es la necesidad de impulsar la actividad de búsqueda de nuevo empleo por parte del desempleado que recibe algún tipo de prestación o ayuda pública

[76] El desempleado a través de la firma del citado compromiso queda obligado a buscar activamente empleo, aceptar ofertas de colocación adecuada y "participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo" (artículo 231.2 LGSS).

en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo a través de su vinculación a las prestaciones por desempleo y especialmente para los trabajadores de edad avanzada como medida alternativa a los conocidos programas de prejubilaciones.

En definitiva, en los procesos de reestructuración empresarial, ya sea mediante fórmulas de promoción directa o indirecta de medidas activas, la tutela de los trabajadores debe afrontarse con medidas que aseguren la transición laboral, y la reincorporación en el menor tiempo posible del trabajador en el mercado de trabajo.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

A lo largo de las páginas anteriores se ha comprobado que los servicios de *outplacement* son conocidos y han asumido distintas funciones en diferentes países, si bien en los últimos años han ganado visibilidad en el ámbito de las reestructuraciones empresariales En nuestro país, las empresas de recolocación también parece que han de desarrollar una función más importante pues, en el actual orden socioeconómico, los servicios de recolocación están llamadas a desempeñar un papel relevante, como medidas para asegurar la transición en el empleo y, en definitiva, el mantenimiento del trabajador en el mercado de trabajo. En el actual contexto, las medidas indemnizatorias y de abandono anticipado del mercado de trabajo (prejubilaciones), que han acompañado tradicionalmente en nuestro país los procesos de restructuraciones empresariales, resultan ineficaces y sobre todo disfuncionales a los objetivos económico y sociales marcados desde las instituciones europeas. Es necesario y urgente un cambio desde políticas pasivas a políticas activas de recolocación laboral. Experiencias de países como Francia y Alemania deben ser incorporadas a nuestra práctica nacional en los procedimientos de regulación de empleo.

Los programas de acompañamiento para favorecer la recolocación de los trabajadores implican, en definitiva, que el trabajador no es el único responsable de su situación de transición laboral, y que su permanencia en el mercado de trabajo no es sólo responsabilidad de la Administración Pública, por lo que la empresa tendría que jugar un papel en su recolocación, aunque sea favoreciendo su empleabilidad. De esta manera, se procura conceptuar como un problema colectivo la búsqueda de soluciones para realizar con éxito las transiciones ocupacionales.

Pues bien, este beneficio para el trabajador puede estar previsto en su propio contrato de trabajo, en una cláusula del convenio colectivo, como compromiso del empresario para futuros supuestos de reestructuración empresarial, y también puede ser una medida acordada con los representantes contenida en

el plan social de un procedimiento de despido colectivo. Los programas de recolocación resultan necesarios sobre todo en relación con los trabajadores maduros, como una opción alternativa a las prejubilaciones, cuya utilización como medida estrella en los expedientes de regulación de empleo para estos trabajadores resulta a todas luces cada vez más insostenible.

En el anterior contexto hemos de situar la regulación de las empresas de recolocación llevada a cabo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y que se ha ceñido a las empresas que desarrollen una actividad de recolocación de los trabajadores excedentes en procesos de reestructuración empresarial. Se trata de una actuación normativa que se ha orientando desde una perspectiva de control de la actividad empresarial, en garantía pues de los intereses de los trabajadores, que es por lo demás la perspectiva tradicional asumida por las regulaciones sobre la intermediación en el mercado de trabajo.

Esta regulación somete la prestación de servicios de *outplacement* a un sistema de autorización cuya conformidad con la normativa sobre servicios exige acreditar el respeto a los principio de no discriminación y de proporcionalidad, y su justificación "por una razón imperiosa de interés general". Para las empresas de recolocación, atendiendo al contenido de su actividad, la justificación del establecimiento de un sistema de autorización en una razón imperiosa de interés general puede resultar discutible, por lo que tal vez podría haberse optado por un control a posteriori a través de una declaración responsable y comunicación previa de la empresa.

La nueva regulación si cumple algunas exigencias derivadas del marco normativo de referencia, así se garantiza la colaboración de las empresas de recolocación con los servicios públicos de empleo y el sometimiento de su actuación a los principios de gratuidad de sus servicios para los trabajadores, y al respecto de los derechos fundamentales y, concretamente, al derecho a la igualdad y no discriminación, al derecho a la intimidad y al derecho a la protección de datos de carácter personal. Debe tenerse en cuenta que efectivamente la concurrencia entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de empleo así como la actuación de otros sujetos como pueden ser las empresas de recolocación exige colaboración y especialización. Es necesaria la distribución de espacios y funciones en la intermediación laboral, al mismo tiempo que una actuación coordinada de los actores.

Sin embargo en la nueva regulación se aprecian algunas omisiones. Y así es preciso, de una parte, que en la determinación normativa de las condiciones de funcionamiento de las empresas de recolocación se garantice su independencia de la autoridad pública y, de otra parte, que también se garantice la suficiencia de medios técnicos y humanos que aseguren el éxito de sus funciones. Dada su actuación sobre el mercado de trabajo y la protección de los

trabajadores afectados por su funcionamiento es efectivamente necesaria y oportuna la acreditación de suficiencia de recursos para el cumplimiento de sus fines (número, dedicación, cualificación profesional de los empleados de la empresa de recolocación). La regulación legal debería garantizar la consistencia organizativa y solvencia económica de las empresas de recolocación para asumir con éxito el conjunto de sus actuaciones. También sería conveniente arbitrar fórmulas para el seguimiento de la aplicación de las medidas de recolocación por parte de los sujetos implicados, empresario, representantes y autoridad administrativa

Una vez analizada la regulación sobre las empresas de recolocación consideramos que en el actual contexto hemos de seguir planteando la conveniencia y oportunidad de una intervención normativa de promoción de la actividad de recolocación, atendiendo a su consideración como instrumento de transición laboral, como medida de seguridad para el trabajador y de reinserción profesional. Se trataría de una posible regulación normativa que, directamente o remitiendo al contenido del contrato de trabajo, del convenio colectivo o del plan social, adoptará una perspectiva promocional del desarrollo de estos servicios en el mercado de trabajo español. A favor de esta opción legal se situarían tanto las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo como las orientaciones de gestión anticipada de los procesos de reestructuración empresarial, ambas formuladas desde las instituciones europeas.

En este sentido y centrando la atención en la promoción de los servicios de recolocación en los procedimientos de reestructuración de empresas sería su previsión como contenido del plan social tras la reforma de 2010, resulta acertada debiendo fortalecerse especialmente en relación con los trabajadores mayores de 45 años. La promoción legal de tales medidas de acompañamiento en los planes que acompañan las decisiones de despidos colectivos ha dado importantes frutos en países como Francia, Alemania o Bélgica. Por el contrario entre nosotros, lo cierto es que a pesar de que la regulación normativa anterior a la reforma de 201orelativa al contenido del plan social ya posibilitaba estas medidas y el elevado coste en indemnizaciones que conlleva el procedimiento de despido colectivo, las indemnizaciones constituyen en algunos casos la única medida acordada.

Como hemos destacado, esta promoción de los servicios de recolocación en los procedimientos de reestructuración empresarial exigiría arbitrar fórmulas de control público del cumplimiento de medidas de acompañamiento, que garanticen en la mayor medida posible, el transito en el empleo, el mantenimiento de los trabajadores en el mercado de trabajo, pues el relevante interés público al que las mismas se dirigen justificaría una intervención pública, de otra parte, bastante cuestionada.

Y en esta misma línea promocional, es preciso tener en cuenta que la efectividad sobre el empleo de los servicios de recolocación también exigiría, si-

guiendo una vez más las orientaciones estratégicas europeas, la coordinación entre las medidas activas y pasivas de la política de empleo. Otro de los retos a los que se enfrenta la modernización de los servicios públicos es el de vincular la cobertura económica por desempleo a actividades de mejora de la empleabilidad, para reducir en lo posible el tiempo de permanencia en el desempleo. En este mismo sentido, podría promoverse la participación de los trabajadores en programas de recolocación en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo, a través de su vinculación a las condiciones de acceso a las prestaciones por desempleo y especialmente para los trabajadores de edad avanzada, como medida alternativa a los conocidos programas de prejubilaciones. Por tanto, este objetivo también se conectaría con la modernización del sistema de seguridad social, cuyo régimen jurídico debe estar ordenado o dirigido a motivar el acceso al trabajo. La búsqueda de empleo es un derecho y un deber de los trabajadores implicados en un proceso de recolocación, planteamiento de la política del *welfare to work*, ya clásico en Europa.

Finalmente, hemos de insistir en la idea de que el desarrollo de la actividad de recolocación requiere de normativas que imponga este tipo de medidas en los procedimientos de despido colectivo, pero sobre todo precisa de cambios de actitud en los diversos sujetos protagonistas. Como ya se ha señalado, la efectividad de estas medidas también exige un cambio de actitud de las partes protagonistas y de la propia concepción de la vida profesional, como un recorrido con interrupciones y cambios de empresa, oficio o profesión y de estatus profesional, por el que el trabajador transita portando sus derechos profesionales. La utilización de los servicios de recolocación no debe limitarse a las épocas de crisis, es precisa su incorporación a la estrategia organizativa empresarial para promover su utilización por parte de los trabajadores que, en otro caso, pueden ver mas ventajosa una negociación con la empresa dirigida a alcanzar mayores indemnizaciones que a obtener ventajas o beneficios como los servicios de recolocación. En todo caso, su implantación será difícil en un contexto de desconfianza mutua entre empresa y trabajadores.

EL RÉGIMEN DE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN TRAS LA LEY 35/2010 DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

José M. Morales Ortega

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO **Palabras Clave: Bonificaciones, reforma laboral**

La significación de las bonificaciones a la contratación ha llevado a que se hayan convertido en el instrumento por excelencia sobre el que actuar, en materia de política de empleo, en las distintas reformas del mercado de trabajo. De ahí que la Ley 35/2010 no haya sido ajena a esa tendencia. Ésta ha venido a rediseñar, una vez más, el régimen general de estos incentivos a la contratación; eso sí, con la clara voluntad de luchar, sobre todo, contra el paro juvenil. No obstante, esta nueva regulación ha tenido importantes efectos colaterales para otros colectivos, como el de las mujeres. Por consiguiente, se hace imprescindible, por muchos motivos que van desde el gasto público al propio sentido de esta medida de fomento del empleo, analizar y evaluar el actual programa de bonificaciones. Un programa complejo por sus diversas normativas, por sus continuas remisiones y deficiencias y por ser entendible únicamente desde, pese a todo, su profundo continuismo.

ABSTRACT **Key Words: Benefits, labour reform**

Benefits granted to companies for hiring new people is an instrument quite well implemented as regards employment policies under the labour market reform. Therefore, the 25/100 Law confirms this tendency. The law has been redesigned, once more, the general regime considering incentives for new contracts, and with a clear aim of battling the youth unemployment rates. Although such measure affected others, like women. Therefore and because of different reasons there is a need to analyze and evaluate the current benefits to new contracts while considering the public expenditure and measures to incentive employment. Due to its different regulations the program is quite complex, and has continuous changes and defects, and it is only understood for being there for long time.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 375-405

ÍNDICE

1. Mercado de trabajo: condicionante de la necesaria evaluación y revisión de las medidas de política de empleo
2. Las bonificaciones en el contexto de la política de empleo española
3. Caracterización general de las bonificaciones conforme a las actuales coordenadas introducidas por la ley 35/2010
4. Sujetos y situaciones bonificadas
   4.1. Colectivos desfavorecidos: una particular atención a jóvenes, mayores y mujeres
      4.1.1. Jóvenes
      4.1.2. Mayores
      4.1.3. Mujeres
      4.1.4. Otros colectivos
   4.2. Bonificaciones situacionales
      4.2.1. Parados de larga duración
      4.2.2. Conversiones de contratos temporales en indefinidos
      4.2.3. Mantenimiento del empleo (expedientes temporales de regulación de empleo)
5. La ley 35/2010: ¿la reforma requerida por esta medida de empleo?

1. MERCADO DE TRABAJO: CONDICIONANTE DE LA NECESARIA EVALUACIÓN Y REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE POLÍTICA DE EMPLEO

La efectividad de una medida de política de empleo pasa, necesariamente, por su evaluación, en la que confluyen una serie de factores. Entre ellos, cabe destacar, prioritariamente, el grado de inserción o reinserción laboral de la correspondiente medida. Una inserción que debe entenderse, conforme a las exigencias comunitarias, nacionales y regionales, en términos de calidad en el empleo. Esto es, mediante un vínculo contractual de carácter indefinido o, cuando menos, con un empleo significativo[1] -concepto que ya supone una enorme concesión en materia de política de empleo-. Y en esta dirección se mueve la actual Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo[2] (en adelante, Ley 35/10) al fijar, en su preámbulo, como uno de los objetivos de la reforma impulsar "*la creación de empleo estable y de calidad*"[3].

Ahora bien, la evaluación de una medida de empleo conlleva un juicio adicional: la ecuación costes-beneficios; dicho de otro modo, si la inversión pública es proporcional con el nivel previsto de integración laboral. Y con

[1] Por empleo significativo hay que entender "*aquel que se ha realizado de manera continuada durante al menos seis meses en la misma empresa y con un horario de trabajo de al menos 20 horas semanales*", Informe del CES, "*Sistema educativo y capital humano*", 01/2009, p. 192.

[2] BOE de 18 de septiembre.

[3] De igual forma se reconocía en el RDL 10/2010 convalidado por las Cortes con la Resolución de 22 de junio de 2010 (BOE de 25 de junio).

este doble propósito, debe enjuiciarse periódicamente toda medida de empleo. Máxime en situaciones de crisis como la actual, que demanda una ambiciosa y, al mismo tiempo, económica política de empleo.

El carácter generalizado de la crisis ha conducido a que la propia Unión Europea se vea profundamente afectada por el paro[4]. Las altísimas tasas de desempleo debieran obligar a las instituciones comunitarias a adoptar, dentro de su ámbito competencial, una contundente batería de medidas; y hasta ahora, excluidas consideraciones de tipo financiero y económico, se ha limitado a constatar realidades y a realizar declaraciones de buenos propósitos e intenciones. Buena muestra de ello es la propia Estrategia de Lisboa 2020 que, tras incorporar los objetivos en materia de empleo, afirma que éstos "*son representativos, no exhaustivos*"[5].

Con ser alarmante la situación en Europa, hay que aceptar, como es sabido por todos, que ésta es, si cabe, más dramática en España –colocada en la peor situación dentro de los países de la Unión Europea- con una tasa de desempleo cercana al 20%[6], como se encarga de corroborar el preámbulo de la Ley 35/10.

Dentro de nuestras fronteras, el desempleo ha afectado por igual a todas las Comunidades Autónomas aunque, si bien es cierto, Andalucía ha liderado un ascenso espectacular de su índice de paro hasta llegar a más del millón de desempleados[7]. Y si en lugar del criterio territorial se acude a uno subjetivo, se aprecia como el paro ha aumentado significativamente en todos los colectivos de desempleados. Pese a ello, los jóvenes, y dentro de ellos los varones, son los que están sufriendo de manera más virulenta la crisis del empleo.

Por su parte, la temporalidad tampoco arroja unos mejores resultados. No obstante, se puede afirmar que se ha mantenido relativamente estable, desde los años ochenta, en sus altísimos índices, próximos al 25%[8]. Se ha convertido, de esta forma, en un mal endémico de nuestro mercado de trabajo al que ha

[4] De acuerdo con la Comunicación de la Comisión "*Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*", "*23 millones de personas (el 10% de nuestra población activa) se encuentran actualmente en paro*", Bruselas, 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020, p.6.

[5] Comunicación de la Comisión "*Europa 2020...*", opus. cit., p. 11.

[6] Según los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración, el paro se situó en agosto de 2010 en 3.969.661 desempleados. Un porcentaje que sólo fue superado en los años 1994 y 1995 pero que, en términos cuantitativos, afectaba a un menor número de desempleados como consecuencia del porcentaje de población activa (www.spee.es; fecha de 19 de septiembre de 2010).

[7] Durante el primer trimestre de 2010, Andalucía contaba con 1.080.900 parados que, en términos porcentuales, suponía el 27.12% -precedida por Canarias y seguida de Extremadura con el 23.45% y de la Comunidad Valenciana con el 23.04%; sin embargo, todas ellas cuentan con un menor número de desempleados-.

[8] Exactamente, en 2009 se situó en el 25.2%, lo que supone una bajada progresiva –aunque continúe siendo una temporalidad excesivamente alta- desde el 33.3% del año 2005 –www.spee.es-.

coadyuvado, de manera importante, esa flexibilización de la entrada, que caracterizó, en un tiempo no demasiado lejano, a la política de empleo española[9]. Y que de alguna forma se ha vuelto a incidir en ella con la Ley 35/10 al facilitar la celebración de contratos formativos, ya que no hay que engañarse, éstos, aún con un fundamento distinto, son contratos temporales.

Esta realidad, con ser preocupante, no es desconocida en España. No hay nada nuevo ni en relación al desempleo[10], ni a la temporalidad; salvo, y es lógicamente lo importante, el aumento considerable de todos los barómetros, que miden la salud de nuestro mercado de trabajo. Por consiguiente, el diagnóstico, por reiterado y conocido, es fácil de realizar, ya que no ha habido, como se acaba de indicar, grandes variaciones cualitativas –excluida, por supuesto, la cuantitativa fruto de las distintas realidades económicas-.

Ahora bien, si el planteamiento es tan lineal y simple, hay que preguntarse por las razones que han llevado a que la intervención de los poderes públicos en materia de política de empleo no haya paliado o, cuando menos, relativizado los efectos personales y profesionales del desempleo en particular, y de la precariedad de nuestro mercado de trabajo en general.

La respuesta, aunque cargada de numerosas precisiones y matizaciones, puede reconducirse a la grandilocuente idea de que nuestra política de empleo ha fracasado. Y ello, después de los indicados datos, no parece tan descabellado. Ésta, en líneas generales y sin muchas modificaciones, ha permanecido, durante largo tiempo, inalterada. Este estatismo perjudica al empleo. Y en este sentido, la Unión Europea, en 2008, ya indicaría que "*la crisis ser*[ía] *más severa con aquellos países cuyos gobiernos no hayan actuado para respaldar el empleo, sino que hayan seguido aplicando la misma política que en tiempos de situación económica normal*"[11].

Por ello, se hace absolutamente necesario, pese a su enorme dificultad, acometer una reforma en profundidad de las medidas de política de empleo. Quizá, esa necesaria revisión crítica permita concluir que algunas medidas sólo requieren de

[9] Y tampoco quedó frenada por los incentivos a la contratación indefinida *ex novo* –previos a 1997-; dicho de otro modo, éstos "*no contribuyeron en absoluto a remediar el constante recurso empresarial a la temporalidad, lo que de alguna forma contribuye a desmentir que el recurso a la temporalidad sólo sea una cuestión de costes económicos*", PÉREZ REY, "*Estabilidad en el empleo*", Madrid, 2004, p. 99.

[10] España se ha encontrado, hasta en los momentos de bonanza económica, en el furgón de cola del desempleo en Europa; sin que la bajada de los años previos a la crisis haya supuesto un mejor posicionamiento. Y no hay que olvidar en la lectura de este dato, que se está hablando de la Europa de los 27; por tanto, se incorporan países que, *a priori*, debieran presentar, por su situación económica, una peor situación de sus correspondientes mercados de trabajo.

[11] Y ello se afirma en el contexto de la prórroga de las directrices de política de empleo; exactamente, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "*Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros*", COM (2008) 869 final, DOCE de 17 de noviembre de 2009.

pequeñas modificaciones fruto de su inadecuada dinámica; otras, por el contrario, necesitarán de una reforma más incisiva; y, probablemente, un tercer grupo, deben desaparecer del panorama de empleo. Es más, dicha reforma se hace perentoria e imprescindible, no sólo por la situación actual, sino también por nuestro pasado más reciente. Esa reforma, a fecha de hoy, todavía está por hacer en España, sin que la reciente Ley 35/10 haya asumido la labor de rediseñar nuestra política de empleo. A lo más, ha realizado revisiones parciales que, carentes de una visión de conjunto, pueden conducir, otra vez, a enfatizar la precariedad laboral.

Por consiguiente, todos los poderes públicos con participación en el diseño y puesta en funcionamiento de las medidas de empleo deberían adoptar un papel más activo y coherente, que tienda por un lado a conseguir unos mejores resultados y, por otro, a redistribuir, conforme a ese replanteamiento de la política de empleo, el gasto público.

En esa labor de revisión de nuestra política de empleo, hay que prestar atención a los incentivos estatales a la contratación, puesto que se trata, como se desarrollará más tarde, de una de las medidas clave de la política de empleo en España. Prueba de ello es, entre otros datos, su continuidad y su importante inversión pública[12]. Ahora bien, esta significación no quiere decir que sea una medida inmune a críticas y, a la postre, a reformas. De hecho, en el Informe Anual de Progreso de 2009 se puede leer que "*de acuerdo a lo establecido en el Programa Nacional de Reformas, la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios se encarga de realizar evaluaciones anuales del grado de aplicación y éxito de ciertas medidas contenidas en el PNR…* [y, entre ellas,] *la política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*" y, lo mismo, para el 2010. Probablemente, fruto de ello, la Ley 35/10 ha modificado, más en la forma que en el fondo, el régimen de bonificaciones. Pero, sin duda, la sugerencia más interesante se contiene en su Disposición Final Doudécima al proponer la evaluación, más en profundidad, de esta materia. De ahí que las bonificaciones actuales se configuran, siguiendo la tónica iniciada con la Ley 27/09, como medidas provisionales con fecha de caducidad -31 de diciembre de 2011-.

En este orden de ideas, hay que afirmar que pese a la buena voluntad en el diseño de una medida de empleo –incluso cuando cumple el objetivo de prevención y anticipatorio que debe caracterizarla-, sus resultados pueden frustrarse por motivos ajenos y desconocidos a sus artífices. Y ello es perfectamente posible, y no es criticable. Sin embargo, lo que no es admisible es la falta de giro en esa política de empleo cuando los resultados –en nuestro caso de inserción

[12] Como se encargan de destacar las leyes 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre) en su Disposición Adicional III y 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas en su Disposición Adicional I, el gasto generado por las bonificaciones se imputa a la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.

e indefinición- no se corresponden con un ambicioso proyecto de empleo. Quizá, este sea el motivo de la mencionada propuesta gubernamental. En espera de que así sea, el panorama de las bonificaciones, y en particular su diseño conforme a la actual reforma, es el que se va a realizar en los siguientes apartados.

2. LAS BONIFICACIONES EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA DE EMPLEO ESPAÑOLA

La expresión incentivos estatales al empleo ha quedado, tradicionalmente, reducida a las bonificaciones a la contratación, que se han convertido, como indicó la propia Unión Europea, en la piedra angular de nuestra política de empleo[13], lo que, pese a la voluntad de reducción de la Ley 35/10, no se ha visto excesivamente alterado. Pues bien, éstas consisten en un abaratamiento de la mano de obra; eso sí, un abaratamiento discriminado[14]. Con ellas se rebajan, y en algunos casos incluso se exime, al empleador del pago de las cuotas a la Seguridad Social por la contratación de colectivos, que presentan unas mayores dificultades para insertarse en el mercado de trabajo. Siendo dicha dificultad el leitmotiv de esta medida de empleo.

Consecuentemente, el Estado fija, aunque no únicamente, la cuantía y los colectivos sobre los cuales se va a practicar la reducción a fin de garantizar su inserción o reinserción en el mercado de trabajo –art. 17.3 del ET-. Esta configuración, en los últimos tiempos, resulta insuficiente, puesto que, como se verá en otro momento, el ámbito de estas bonificaciones se ha ido ampliando a concretas situaciones –normalmente, como resultado de la crisis-. De tal forma que esos otros supuestos no se crean tanto, que también, con la finalidad de luchar contra el desempleo sino más correctamente de mantener el empleo. Y desde esta óptica también es, por tanto, un incentivo al empleo.

[13] Exactamente, en el Informe Conjunto de 1999 se indicó que "*la reducción de los costes laborales a través de las subvenciones a la seguridad social sigue siendo la piedra angular de la promoción del empleo en España*". Afirmación que once años más tarde sigue teniendo total sentido y vigencia.

[14] La realizada precisión es la que permite distinguir esta medida de fomento del empleo de esa otra de creación de empleo consistente en una reducción generalizada de la brecha fiscal. Como es de sobra conocido, una de las históricas reivindicaciones de la clase empresarial es la reducción de los costes laborales extrasalariales. Reducción que, a juicio de la clase empresarial, conllevaría una creación de empleo por parte de las empresas. No obstante, y según palabras de Aparicio Tovar recogidas por Pérez Rey, la "*vieja idea, nunca demostrada, según la cual parte importante de la causa del desempleo la tienen las cargas sociales a las que han de hacer frente los empresarios*", "*Estabilidad…*", p. 113. Sin entrar en consideraciones del tipo de que reducción de costes es igual a creación de empleo o de que estos costes extrasalariales no son proporcionales a la productividad del trabajador, lo cierto es que se trata de una medida compleja y dificilmente financiable. Es más, podría ir en contra de los propios trabajadores en el supuesto de que la disminución de los ingresos estatales fuese cubierta mediante impuestos indirectos, que gravarían por igual a todos los trabajadores y, en especial, a las rentas más bajas.

Sea cual sea su naturaleza, las bonificaciones son una medida, en cierta manera, extraña a los parámetros comunitarios que, desde las primeras directrices hasta las actuales, no contemplan ninguna propuesta en esta dirección, lo que no significa ni que el Estado español esté innovando, en el contexto europeo, con esta medida; ni tampoco, que ésta no tenga cabida en el panorama de empleo europeo. Simplemente quiere decir que ni la Estrategia Europea de Empleo, ni posteriormente el Programa Comunitario de Lisboa, ni la reciente Estrategia Europa 2020 convierten –al no mencionarse siquiera- este abaratamiento de la mano de obra en una medida eficaz de lucha contra el desempleo. Por contra, se prefiere focalizar el interés y el esfuerzo en todas aquellas otras medidas, que redundan en la empleabilidad del trabajador o, lo que es lo mismo, en su formación. Y esto es importante que se retenga, ya que va a ser un elemento decisivo a efectos de la evaluación de la Ley 35/10.

Así, las directrices mencionan que deben arbitrarse los instrumentos necesarios para fomentar el empleo; y dentro de ellos, por tanto, se incluirían las bonificaciones a la contratación. Es más, cuando la Unión Europea invita a los Estados miembros a adoptar medidas favorecedoras del empleo de los colectivos más perjudicados –o, si se prefiere, desfavorecidos-, estas bonificaciones deben encuadrarse dentro de esa voluntad comunitaria.

Desde esta óptica debe entenderse que, primero, en los Planes Nacionales de Acción y, después, en los Programas Nacionales de Reforma, estas bonificaciones sean uno de los ejes prioritarios de actuación. Ahora bien, su regulación se ha llevado a cabo en disposiciones estatales de naturaleza bien distinta. Y como ejemplo basta con acudir a los artículos 10 y 11 de la Ley 35/10.

Del soporte instrumental de las bonificaciones, hay que destacar un doble dato. De un lado, que su ubicación no siempre ha sido la adecuada. A estos efectos, debe recordarse, por ejemplo, su incorporación a las leyes de presupuestos. Y de otro y más importante, su variedad de soportes normativos. Hoy en día, son varias las normas reguladoras de estos incentivos a la contratación[15], lo que genera una dispersión[16] de la que es consciente el Gobierno.

[15] Incluso, hay ocasiones, en las que los incentivos a la contratación se contemplan en "*disposiciones no sólo laborales sino también de origen fiscal, orientadas a la creación de empleo mediante incentivos diversos, directos e indirectos, dirigidos a la contratación en general o a la de grupos específicos de trabajadores*", García Gil, "*Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*", Navarra, 2006, p. 223.

[16] Con independencia del momento temporal y de la regulación, lo cierto es que se trata de una crítica que se viene realizando desde los primeros programas de empleo. Y así lo pusieron de manifiesto, Morón Prieto, "*La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica*", Relaciones Laborales, 1995/II, pp. 48, 49 y 67 o Escudero Rodríguez, en diferentes trabajos, como "*Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, a favor del empleo estable*", Relaciones Laborales, nº 6, 2000, pp. 14 y 15 o en "*Propósitos y despropósitos de la reforma laboral del 2001*", Relaciones Laborales, nº 10, 2001, p. 144.

De hecho en el Informe de Progreso de 2009, se afirma que "*en la dirección de ordenar y racionalizar las políticas activas de empleo, se va a proceder a la próxima publicación de un real decreto que refundirá y actualizará las medidas dispersas existentes*". Real Decreto que, hasta el momento, no se ha publicado. Se podría haber aprovechado esta reforma para dicho cometido. Sin embargo, se quiere pensar que han sido razones de urgencia, las que han impedido dicha tarea. Más difícil es encontrar el motivo a que el Gobierno no haya cumplido con dicha labor con anterioridad.

A falta de esta sistematización, debe denunciarse esta dispersión y variedad de normas, ya que genera importantes problemas aplicativos –no sólo para su utilización sino también para conocer las posibles compatibilidades entre bonificaciones-, por lo que debería ser, por su simplicidad, una de las primeras tareas acometidas por la autoridad competente. Puesto que así, la medida gozará de una claridad y transparencia que, indefectiblemente, cooperará a su efectividad –sin entrar, como es lógico, en las ayudas autonómicas, con las que puede concurrir-. Sin embargo, no existe ningún tipo de referencia, ni de voluntad, en esta dirección, en la reforma de 2010.

Hasta el momento y por razones obvias, se ha tratado el tema de las bonificaciones desde la óptica estatal; no obstante, hay que cuestionarse si los interlocutores sociales tienen alguna responsabilidad en este ámbito de las bonificaciones y, de tenerla, cómo se articularía.

Como muchos estudios se han encargado de subrayar, el empleo todavía no tiene, en el contexto de nuestra negociación colectiva, demasiada significación. Normalmente, no dejan de ser cláusulas programáticas y declaraciones de buenas intenciones, que ponen de manifiesto el rechazo a asumir obligaciones vinculantes en esta materia[17].

Pues bien, aún aceptando esta realidad, lo cierto es que los interlocutores sociales podrían desempeñar un papel más activo, por ejemplo, en la aplicación de estas bonificaciones –sobre todo en las situacionales y, en particular, en las conversiones de contratos temporales en indefinidos[18]-. De hecho, la Ley 35/10 apuesta por este papel más relevante cuando condiciona el aumento de la bonificación, en los supuestos de expedientes temporales de regulación de empleo, a que se haya pactado con los representantes de los trabajadores un

[17] No obstante, como afirma Navarro Nieto, "*frente a la prevalencia tradicional de meras declaraciones de buena voluntad y la diversidad y dispersión de sus contenidos, hoy parece propagarse en la negociación, más allá de las declaraciones programáticas, una serie de contenidos con cierta homogeneidad y concreción*", "*Guía sobre el empleo*", Sevilla, 2006, p. 73.

[18] Prueba de ello es que "*son más bien marginales tanto en el ámbito estatal como en el de la CCAA…* [los] *pactos que establecen compromisos de conversión de contratos temporales en indefinidos*" y, en todo caso, "*son más frecuentes en convenios sectoriales estatales. Algunos de ellos se remiten a los convenios de empresa para su concreción*", Navarro Nieto, "*Guía…*", opus., cit., p. 75.

paquete de medidas adicionales. Ahora bien, en el caso de que esta invitación se haga realidad, hay que admitir que los interlocutores sociales no deberían esperar al impulso estatal. Ellos, de *motu proprio*, tendrían que incorporar cláusulas atinentes a esta medida de empleo, aunque sólo fuese como invitación a su uso, no ya sólo en los convenios colectivos ordinarios sino en los grandes acuerdos, como el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012[19].

La total ausencia de esta medida de empleo choca con la manifestada preocupación de los interlocutores sociales por el tema del empleo. Así, por ejemplo, el mencionado Acuerdo se limita a instituir unos genéricos objetivos en materia de empleo y contratación –"*promocionar la contratación indefinida,…la transformación de contratos temporales en contratos fijos…fomentar la contratación de jóvenes*"- pero, en ningún momento, contempla la posibilidad de que, para alcanzarlos, se haga uso de estas bonificaciones o de cualquier otra medida de empleo.

En efecto, no pasaría de ser una mera sugerencia pero, al mismo tiempo, podría ser una forma de disuadir al empleador del uso de la excesiva contratación temporal o, si se prefiere, de comprometerlo por la indefinición del vínculo laboral. Sin entrar en la importante labor de difusión de esta medida, ya que no son pocas las empresas que, posiblemente por sus raquíticas estructuras, por dejadez o por desconocimiento, no aplican las oportunas bonificaciones. En consecuencia, el papel de los interlocutores sociales en la aplicación de la política de empleo en general, y de esta medida en particular, no es baladí.

3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS BONIFICACIONES CONFORME A LAS ACTUALES COORDENADAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 35/2010

Hoy en día, las bonificaciones están repartidas a lo largo de cinco textos normativos. Siendo así, es imposible hablar de un programa unitario. No obstante, del análisis conjunto de los mismos, se deriva su régimen, que va a ser afrontado en dos grandes bloques: características generales y comunes y colectivos beneficiarios. No obstante, hay que realizar una precisión metodológica.

En la medida en que este estudio se encuadra en un análisis de la Ley 35/10, la atención se va a centrar en las innovaciones introducidas por ésta. Las referencias a sus restantes elementos delimitadores van a ser, cuando se haga, meramente instrumentales[20]. Ello partiendo de un doble dato. De un lado, su

[19] BOE de 22 de febrero de 2010.

[20] Aunque, como indica la Disposición Transitoria VI de la Ley 35/10, el régimen de bonificaciones precedente queda plenamente en vigor para las obtenidas conforme a él.

Disposición Derogatoria, por la que quedan derogados los artículos 2.1 y 2.6, 3 y 7.1.3 de la Ley 43/06 –sujetos bonificados y conversiones, Plan extraordinario de conversiones y concurrencia de bonificaciones con el tope del 60%- y el art. 5 de la Ley 27/09 –beneficiarios de la protección por desempleo-. Y de otro lado, la referencia de los artículos 10.7 y 11.3, por la que se aplica supletoriamente "*lo establecido en la Sección 1ª del Capítulo I y en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006…salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su art. 6.2*".

Como se ha anticipado, la política de empleo actual tiene como fin primordial la calidad en el empleo, cuyas expresiones son variadas pero todas ellas parten de un mismo presupuesto: la estabilidad en el empleo[21]. Por consiguiente, el diseño de una medida de empleo tiene, necesariamente, que contar con esta exigencia. De lo contrario, el resultado será, como es fácilmente previsible, la precariedad y segmentación del mercado del trabajo. Y este debe ser el espíritu de estas bonificaciones[22]; sobre todo, en casos como el español, en el que la temporalidad es verdaderamente alarmante[23]. Este planteamiento ha sido asumido por las bonificaciones a la contratación que, desde los primeros programas de empleo hasta la reciente Ley 35/10, han sido concedidas para un concreto tipo de contrato; esto es, la contratación indefinida –tanto a tiempo parcial como a tiempo completo, incluidos los fijos discontinuos- siendo residual, tanto cualitativa como cuantitativamente, las posibilidades empresariales de obtener la correspondiente bonificación por la contratación temporal –reducida a los excluidos sociales, discapacitados y víctimas de la violencia de género y de la violencia doméstica-.

Siendo así, hay que aceptar que estos incentivos condicionan el propio mercado de trabajo. De este modo, con esta medida de fomento del empleo se está consiguiendo un doble objetivo. Por un lado, la inserción o permanencia del trabajador en el mercado de trabajo y por otro, y más importante, que ésta se realice en términos de indefinición del vínculo contractual o, lo que es casi

[21] Como escribe Pérez Rey, la estabilidad es "*dotar a las relaciones de trabajo de un marco de continuidad y seguridad que estaba en exceso mermado en nuestro país*", "*Estabilidad…*", opus., cit., p. 19.

[22] Aunque no siempre ha sido así, ya que en los primeros programas de empleo también se bonificaba la contratación temporal en clara sintonía con esa tendencia tan española de flexibilizar, como medida de empleo, la entrada en el mercado de trabajo. Factor de capital importancia para entender ese mal endémico en nuestro mercado de trabajo que es la contratación temporal o, lo que es lo mismo, su precariedad. El cambio de rumbo de la política de empleo española que no, desgraciadamente, del comportamiento empresarial fue el Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo de 1997. Este supuso un empuje decisivo y determinante en la apuesta por la indefinición del vínculo contractual. En el mismo sentido, Pérez Del Rey, "*Estabilidad…*", p. 20 y 67.

[23] De acuerdo con los datos publicados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a agosto de 2010, los contratos temporales representaban 8.447.083, lo que supone un incremento interanual del 4.24, y 67.282 más que en el mismo mes de 2009 –www.spee.es; fecha de 19 de septiembre de 2010-.

lo mismo, de calidad en el empleo. Ello no está reñido con el hecho de que se fomente el trabajo a tiempo parcial indefinido[24]. Es más, la normativa prevé la opción de novaciones contractuales en este sentido[25], de modo que la bonificación, como es natural, se adapta al tipo de contrato.

Durante largo tiempo, los Programas de Empleo caracterizaron a estas bonificaciones como reducciones porcentuales aplicables automáticamente sobre las cuotas –en la mayoría de los casos, limitadas a la cuota por contingencias comunes- a ingresar por los empleadores a la Seguridad Social. Un sistema que era coherente, y ello hay que subrayarlo, con el salario del trabajador y, a la par, con su productividad. De forma que a mayor salario, mayor reducción.

Sin embargo, con el Programa de Empleo de 2006 se modificó el criterio, por lo que ahora estas reducciones son unas cantidades, en casi todos los casos, a tanto alzado y fijas, que no tienen en cuenta ni el salario del trabajador ni, por tanto, su productividad.

Este cambio puede tener una lectura positiva y otra negativa. La última, porque el empleador va a ver aumentadas sus cotizaciones, por ser inferior la bonificación, por los trabajadores con más altos sueldos, que suelen estar vinculados a los de mayor productividad y, por serlos, no va frenar su contratación. De este modo, la bonificación actúa sobre un colectivo, que no presenta normalmente importantes problemas de inserción.

Mientras que la lectura positiva es que dichas bonificaciones aumentarán en el caso de los empleados con más bajos salarios o, lo que es casi lo mismo, con más bajas cualificaciones y productividad[26]. Lo que siguiendo el argumento conduce a que esta medida de fomento del empleo puede actuar directamente sobre los colectivos de desempleados con unas tasas de paro más elevadas. De este modo, se convierte en un aliciente para la clase empresarial, que siempre ha criticado la falta de correspondencia entre productividad y costes laborales extrasalariales.

Como es obvio, la cuantía de estas bonificaciones difiere en función de la dificultad de inserción del colectivo desempleado o de las circunstancias que

[24] Y no lo es por su escaso uso que, en 2009, suponía sólo el 13.5% -www.spee.es-. Es cierto que ha ido en aumento pero, tan lentamente, que no puede considerarse como un importante logro. Es más, este porcentaje abarca tanto el trabajo a tiempo parcial temporal como indefinido, con lo cual el incremento sufrido desde 2003 –8.6%-, fecha de incorporación de las bonificaciones por contratos a tiempo parcial indefinidos, puede, a falta de datos, que no se haya debido a estos incentivos.

[25] A fin de evitar continuas novaciones, y en especial a tiempo parcial, la Ley 43/06 indicó que la segunda conversión conlleva la pérdida de la bonificación salvo que sea a tiempo completo o jubilados parciales, que incrementen la reducción de su jornada.

[26] En el mismo sentido y por todos, Pérez Infante, "*La reforma laboral de 2006 y el cambio en el sistema de incentivos a la contratación indefinida en España*", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 66, 2007, p. 36.

rodean la situación objeto de la bonificación. Prueba de ello es que el colectivo de las mujeres es beneficiario de estas bonificaciones, en una cuantía mayor, que los jóvenes o los mayores de 45 años varones. Sin embargo, no siempre es así. Como prueba, el hecho de que en la actualidad la mayor cuantía es concedida por la contratación de mayores de 45 años; y, con el índice de desempleo juvenil y de temporalidad, cuesta trabajo entender esta decisión estatal.

Otro dato común a este régimen general es que la empresa tenga que cumplir con una serie de exigencias. Excluidas, por conocidas y por inalteradas, otras obligaciones empresariales, se va a focalizar el tema en la incorporada con el RDL 10/10; y convalidado por la Ley 35/10. Esto es, la necesidad de que la contratación bonificada suponga un incrementado del nivel de empleo fijo en la empresa. Con ésta, se busca neutralizar el llamado efecto sustitución. Un efecto derivado de una inadecuada dinámica empresarial de utilización de estos incentivos; y que se ha pretendido corregir desde los primeros programas de bonificaciones. Así, junto a las medidas tradicionales, se ha incorporado el indicado presupuesto empresarial, quizá la medida más ambiciosa en materia de bonificaciones, de la reforma.

Este presupuesto, común a todas las nuevas bonificaciones, tiene claramente como objetivo que se produzca un aumento neto del índice de contratos indefinidos en la empresa beneficiaria de la bonificación, lo que antes no sucedía necesariamente. Desde este planteamiento, la novedad es perfectamente loable.

La determinación de ese incremento es resultado de la siguiente operación: la suma de todos los contratos indefinidos en la empresa en el período de los 90 días, inmediatamente anteriores a la contratación indefinida *ex novo* o conversión de contrato temporal, dividido entre 90. El resultado será el índice, que permite conocer si se ha dado o no el exigido aumento de empleo indefinido.

Como es fácil adivinar, las empresas con altas tasas de temporalidad van a ser las que más fácilmente van a poder cumplir con este requisito. De este modo, se lucha contra la elevada temporalidad. Ahora bien, las bonificaciones son una medida atractiva para toda empresa, por lo que aquellas con un mayor número de contratos indefinidos van a tener un handicap superior. Y ello, en un primer momento, puede ser un factor que distorsione la lucha contra la temporalidad, ya que, de alguna forma, se está sancionando, en términos de bonificación, a las mejores empresas. Para éstas, la opción más viable será la contemplada, también por la Ley 35/10, de cubrir las vacantes por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o rescisión en período de prueba. Y ello, puesto que ninguna de estas extinciones computa a efectos de hallar el incremento neto de empleo.

Al igual que las restantes obligaciones, la empresa tendrá que "*mantener, durante el período de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo*

alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada". Sin que, de nuevo y por el mismo motivo, computen las enumeradas causas de extinción.

Como el objetivo es el aumento del empleo –esto es muy significativo, ya que, con la regulación actual, las bonificaciones no sólo luchan contra el desempleo de los colectivos desfavorecidos-, su incumplimiento obligará a la empresa a contratar o convertir en indefinido, en el plazo de dos meses[27], a otro trabajador. De lo contrario, tendrá que reintegrar las cantidades obtenidas con la bonificación. Y, aunque el RDL 10/10 no dijese nada, la Ley 35/10 ha superado el vacío al indicar que el derecho a la bonificación sería por el tiempo que restase de la misma con el tope máximo de los 3 años.

Llegado este punto, hay que llamar poderosamente la atención sobre una precisión de la Ley 35/10, que puede pasar inadvertida pese a sus importantes y significativas consecuencias. De acuerdo con el tenor del art. 10, de darse esta circunstancia, el empleador podrá optar por "*la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos*". Si como se acaba de indicar y es lógico pensar, la empresa va a disfrutar de la bonificación por el tiempo restante, se está admitiendo, se desconoce si consciente o inconscientemente, la posibilidad de obtener parte de una bonificación por la conversión de un contrato temporal distinto, de los que habilitan al correspondiente incentivo. Siendo así, se está ampliando subrepticiamente el margen de los contratos temporales con derecho a bonificación. Por consiguiente, se suscita una contradicción difícil de comprender. Y lo es, salvo que se acuda a un doble argumento. Por un lado, la imposibilidad material de la conversión, por parte de la empresa, por carecer de contratos formativos, de relevo o de sustitución. Aunque ello es perfectamente factible, nada impediría que se obligara únicamente a una nueva contratación indefinida –y no a una conversión-. Máxime cuando la Ley 35/10 exige que, como mínimo, se cubra la jornada del trabajador, que ha visto irregularmente extinguido su contrato. Y por otro lado, este desliz normativo puede ser el resultado de una búsqueda, a través de cualquier medio, del aumento del empleo indefinido.

La efectividad de esta exigencia a la empresa demanda un correcto funcionamiento y comunicación de los órganos competentes. De ahí que la Disposición Final III de la Ley 35/10 autorice al "*Ministro de Trabajo e Inmigración a adaptar los métodos de cómputo del incremento y mantenimiento del empleo a que se refieren los artículos 10 y 11 de esta Ley en función de los requerimientos técnicos de los sistemas informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social y de los servicios públicos de empleo*". En espera de que se

[27] En el RDL 10/10, el plazo era sólo de 1 mes, lo que resultaba más coherente con una correcta dinámica laboral. Su ampliación es difícil de entender, ya que ni tan siquiera la posible dificultad en la búsqueda del trabajador podría justificar dicha ampliación.

haga realidad, sin excusas administrativas o técnicas, y en colaboración con el control de la Inspección de Trabajo y de los representantes legales de los trabajadores, se está ante uno de los más acertados diseños, en los últimos tiempos, de estas bonificaciones.

El tipo de empresas con derecho a recibir bonificación también se ha ido ampliando paulatinamente, dando cabida con la Ley 35/10 a distintos sujetos[28], pero siempre se ha excluido, salvo los Centros Especiales de Empleo Públicos, a las Administraciones Públicas y organismos autónomos. Este es el motivo de que la nueva bonificación del contrato para la formación –art. 11 de la Ley 35/10- no pueda ser disfrutada por una Escuela Taller o Casa de Oficios o Taller de Empleo –Disposición Adicional III de la Ley 35/10-.

El último, pero no por ello de menor importancia, de estos aspectos comunes a las bonificaciones es la posibilidad de concurrencia. Es decir, que un mismo individuo genere derecho a dos bonificaciones distintas. El régimen general –salvo alguna opción aislada siempre con el lógico límite del 100%- es la incompatibilidad. Pues, de lo contrario, se estaría, como mínimo, duplicando el gasto cuando el objetivo de la medida de empleo se estaría consiguiendo con parte del mismo. Ahora bien, con la Ley 35/10 ha desaparecido la imposibilidad de concurrencia con otras ayudas públicas con el límite del 60%. Aunque esta eliminación beneficia al desempleado, en el que concurren ambos incentivos, en realidad supone, primero, una mayor inversión pública, y, después, una merma para reorientar ese dinero público hacia otras medidas de empleo.

4. SUJETOS Y SITUACIONES BONIFICADAS

4.1. Colectivos desfavorecidos: una particular atención a jóvenes, mayores y mujeres

La Ley 35/10 ha roto la tendencia de los precedentes programas. Éstos fueron aumentando progresivamente el número de los colectivos beneficiarios[29] de estos incentivos. Esta ampliación, según el preámbulo de esta norma legal, "*ha limitado gravemente* [la] *eficiencia*" de las bonificaciones. Así, se ha pasado de una tendencia aperturista –con una significativa ampliación de

[28] El art. 10.4 de la Ley 35/10 permite obtener la correspondiente bonificación a las "*empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedad laborales 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*".

[29] Pese a la clásica caracterización de los empleadores como beneficiarios de esta medida es más correcto entender como tales a los colectivos de desempleados y empleados que son, en definitiva, los que van a ver mejorada su situación por insertarse o mantenerse en los puestos de trabajo.

colectivos y situaciones- a una pretendida reducción. Y se dice pretendida, ya que la comparación de las diferentes normas reguladoras de estas bonificaciones permite afirmar que no han sido tantos ni los colectivos, ni las situaciones eliminadas del actual programa de bonificaciones.

Antes de entrar en los diferentes colectivos, hay que llamar la atención sobre el idéntico tenor de los artículos 10.8 y 11.4 de la Ley 35/10. De acuerdo con éstos, "*los trabajadores contratados* [con bonificación]*...serán objeto 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, al objeto de incrementar su cualificación profesional*". Esta voluntad está conectada con el colectivo de jóvenes –sin que tenga mucho sentido en el caso del contrato para la formación debido a su naturaleza formativa- y de mayores –dos de los más afectados por la reforma-. Con ella se busca que la bonificación sea, igualmente, un instrumento, que coopere a la empleabilidad del trabajador. Ahora bien, la lectura, sin precipitación, de estos preceptos permite afirmar que dicha vinculación –empleabilidad y bonificación-, por no ser obligatoria, por ser demasiado inconcreta y por estar limitada a estos colectivos, parece más una declaración de buenas intenciones y, por parecerlo, permite pronosticar que la misma no se va a convertir, con todo lo que ello conlleva, en un instrumento condicionante de su empleabilidad. En suma, se está ante una consecuencia más de la falta de coordinación y coherencia de esta medida de fomento del empleo.

4.1.1. Jóvenes

Los jóvenes, desde siempre, han padecido la crisis del empleo con especial virulencia[30]. Y con el problema añadido de que, en la gran mayoría de las ocasiones, están ante la búsqueda de su primer empleo, lo que dramatiza, si aún es posible, su situación laboral y personal.

Tal como demanda la Unión Europea, el desempleo juvenil requiere de una férrea batería de medidas. De un plan integral, que ha querido ser afrontado por la Ley 35/10. De ahí la reforma de los contratos formativos y del régi-

[30] De acuerdo con los datos del Servicio Público de Empleo Estatal (www.spee.es) el paro juvenil alcanzó en 2009 el 17.3%. Un porcentaje muy superior a años anteriores que rondaba, con variaciones, el 10% -la cifra más baja fue en 2007 con el 8.7%-. Lo que nos aleja enormemente de la media comunitaria. "*Así, mientras que en la UE-27 dicha tasa se situó a finales de 2008 en el 7.3 por 100 de la población activa, 4 décimas más que en 2007, en España el aumento superó los 5 puntos hasta situarse en el 13.9 por 100 a finales de año. Esta tasa es la más alta del conjunto de la Unión, agravándose de manera notable conforme pasan los meses*", CES, Memoria de 2008, Madrid, www.ces.es, p. 265. Según la Unión Europea, "*los jóvenes se han visto especialmente afectados por la crisis, con una tasa de desempleo superior al 21%. Existe un gran riesgo de que personas alejadas del mercado laboral o con débiles vínculos con el mismo los pierdan efectivamente*", Comisión Europea, "*Europa 2020...*", opus., cit., p. 19.

men de bonificaciones. No parece que sea la reforma esperada, puesto que, de nuevo, se carga las tintas sobre el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo y su abaratamiento a través de las correspondientes bonificaciones; y no, como hubiese sido lo deseable, en las medidas de contenido formativo.

Como hacían los programas precedentes, la delimitación del concepto joven abarca a las personas entre 16 y 30 años –ambos inclusive-; y la actual bonificación asciende a 800 euros durante los tres primeros años de contrato. Igual cuantía pero inferior tiempo que con la Ley 43/06. Por ello cabe aventurarse a afirmar que si con la mayor duración, estas bonificaciones no captaron la atención empresarial, su menor duración puede que no contribuya al éxito de la medida. Pues bien, ésta no es la principal, ni la más importante de las novedades. Esas otras novedades, de mucho mayor calado, son tres.

En primer lugar, que las bonificaciones serán recibidas por las empresas que contraten a jóvenes con especiales problemas de empleabilidad. De este modo, se está realizando una selección o, dicho de otro modo, no todo joven va a ser, a partir de ahora, beneficiario de una bonificación. Este requisito es muy llamativo y preocupante. Y lo es por la sencilla razón de que, como ha precisado la Ley 35/10, dichos problemas de empleabilidad están vinculados a los jóvenes que no han completado la escolaridad obligatoria o que carecen de titulación profesional, se está, de acogerse una interpretación literal, excluyendo a un colectivo, el de los jóvenes con formación, que acusa, quizá por un sistema educativo desfasado de la realidad, de manera muy significativa el problema del paro. Más exactamente, una empresa no obtendría la bonificación de contratar a un joven graduado, con independencia de la formación cursada, cuando es de sobra conocido que no todas ellas –excluyendo otros problemas como el de la falta de una real orientación laboral en la enseñanza obligatoria- tienen las mismas oportunidades de inserción. Ni que decir tiene que se está ante un absurdo. Pero de no ser literal la interpretación, el resultado puede ser aún peor, ya que va a depender, se supone, del servicio público de empleo la concreción del joven con derecho a bonificación. Ello obligará a fijar directrices comunes, ya que en ningún momento se menciona el posible desarrollo reglamentario de este apartado, o, de lo contrario, la arbitrariedad en las concesiones puede ser la consecuencia de este nuevo requisito.

En segundo lugar, que el joven lleve desempleado, como mínimo, 12 meses o, lo que es igual, inscrito, en el servicio público de empleo, como demandante de empleo ese tiempo. Por tanto, esta bonificación se ha configurado como una medida de lucha contra el paro de larga duración de los jóvenes. Uno de los colectivos que representa un porcentaje nada despreciable en este tipo de paro. Sin embargo, este requisito es bastante desafortunado, ya que se trata de un periodo lo suficientemente dilatado como para hacer mella tanto profesional como personal en el joven. Es más, con la Ley 35/10, en relación con

el RDL 10/10, se ha incorporado la precisión de que ese período de 12 meses debe darse en un marco de referencia de 18, previos al hecho causante que, en este caso, es la contratación. Por un lado, con esta novedad, se está, de alguna forma, atendiendo a una realidad: las posibles entradas y salidas del mercado de trabajo, de modo que una breve experiencia laboral –que puede ser, de manera continua o discontinua, de hasta 6 meses- no impida a la empresa obtener la correspondiente bonificación. Y por otro lado, se está, con este requisito, ampliando el número de jóvenes con derecho a esta bonificación al facilitarse el cumplimiento de esta exigencia legal.

Este período mínimo de inscripción, por el contrario, no es requerido en el contrato para la formación. De este modo, sólo se está previniendo el paro de larga duración de un concreto, y preocupante, colectivo: jóvenes menores de 25 años sin cualificación. El resto, cuyas dificultades de inserción aumentan con la edad, tiene que cumplir el señalado requisito temporal.

Por consiguiente y a fin de evitar dicho paro de larga duración de un gran número de jóvenes se ha facilitado, y de ahí, en parte, la reforma de los contratos formativos, el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo. Ahora bien, esta modificación tendente a que el empleador haga un mayor uso de estas modalidades contractuales, de materializarse, va a ir acompañada de la precariedad inherente a las mismas. Simplemente ha prevalecido el componente de inserción. En esta dirección y por ejemplo, el contrato en prácticas ha visto ampliado a cinco años el plazo para su celebración. Con lo cual y conectado con los problemas de empleabilidad, los jóvenes con formación van a tener, excluida presuntamente la bonificación, como único atractivo el abaratamiento de sus costes laborales.

En tercer lugar e íntimamente relacionado con lo anterior, que para fomentar el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes sin cualificación se bonifica el 100% de las cuotas empresariales por contingencias comunes así como las correspondientes a accidente de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional –no en el caso ya comentado de las Escuelas Taller y Casas de Oficio y Talleres de Empleo- durante toda la duración del contrato para la formación –incluidas las prórrogas; e incluso cuando éstas sean de un contrato que se hubiese firmado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/10 siempre que, como afirma la Disposición Transitoria VI en relación con el art. 11.1 de la Ley, dicha prórroga se concierte en el plazo de vigencia; esto es, antes del 31 de diciembre de 2011-. Es uno de los pocos supuestos que quedan de total exoneración empresarial. Sin duda, puede ser un aliciente para los empleadores: total bonificación, temporalidad y menor régimen salarial. Con las escasas contraprestaciones por su parte, como son el incremento de plantilla y la formación. En consecuencia y *a priori*, se sientan las bases de un favorecedor régimen de entrada del joven –o

no tan joven en cuanto que la Disposición Transitoria VII ha ampliado la edad para celebrar este contrato hasta los 25 años- sin cualificación en el mercado de trabajo. Y además, como se dijo al inicio de este apartado, el primer empleo del joven, debido a su falta de experiencia, es uno de sus grandes retos, al que esta bonificación quizá pueda hacer frente.

Independientemente del precio a pagar por el joven con esta inserción, y no por carecer de importancia, lo cierto es que se tenía que haber aprovechado la reforma para fortalecer el componente formativo de este contrato. Lo que no se puede entender satisfecho con la previsión de la Disposición Adicional II[31], puesto que se reduce a una simple declaración de intenciones y a permitir la compatibilidad de la nueva bonificación con la que corresponde en materia formativa.

Por el contrario y a la vista de la trayectoria y actitud de los empleadores y trabajadores ante la formación, mejor se tendría que haber ampliado su duración, que no se utilizara este vínculo contractual para que el joven adquiera la formación obligatoria –trasladándose este objetivo al ámbito de la política educativa- o que se hubiera impedido la celebración de este contrato cuando el trabajador ya tuviese algún tipo de formación. La desatención de estos y otros aspectos puede conllevar a que la inserción del joven, aun siendo real, no sea de calidad ni por su duración, ni por su adquisición de empleabilidad.

Junto a estas bonificaciones a las contrataciones indefinidas *ex novo*, merece una especial atención las conversiones en indefinido de los contratos en prácticas y del contrato para la formación. En este caso no se está ante una novedad de la Ley 35/10 sino ante una expresión del continuismo de nuestra política de empleo. Así, se bonifica estas conversiones, cualquiera que sea la fecha de celebración del contrato formativo, con 500 euros durante, y es la única novedad, los tres primeros años –con anterioridad, eran cuatro-.

El fundamento de esta bonificación es obvio: facilitar el acceso a un empleo indefinido a los jóvenes, que han superado el filtro selectivo que, en el fondo, suponen los contratos formativos. Y desde esta óptica debe ser entendido este incentivo. Sin embargo, acudiendo a los datos, la conclusión que se extrae es que el número, hasta ahora, de estas conversiones no es especialmente significativo. En concreto, en agosto de 2010, del total de conversiones, sólo el 3.33% correspondían a contratos formativos. Pero hay más, el 0.47% fue el porcentaje de las conversiones procedentes del contrato para la formación. Los motivos que llevan a esta realidad son, sin duda, muy diversos pero, principalmente, se pueden reconducir a la utilización empresarial de estas modalidades

[31] "*El Gobierno, a través de los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Educación, establecerá procedimientos que flexibilicen y faciliten a los empresarios la organización de la correspondiente formación teórica a los trabajadores contratados para la formación, especialmente en el supuesto de empresas de hasta 50 trabajadores*".

contractuales como instrumentos para conseguir mano de obra barata que, en el caso del contrato en prácticas, además es cualificada. Y contra esta conclusión, en absoluto voluntarista, estos incentivos a la contratación poco pueden hacer, ya que se trata de un problema mucho más profundo.

4.1.2. Mayores

La inclusión del colectivo de los mayores en los planes de empleo es por un doble motivo. Por un lado, es resultado del conocido envejecimiento de la población[32]. De ahí que se promueva, desde las instancias comunitarias e internacionales, la prolongación de la vida activa. Y por otro, la dificultad extrema a la que se enfrentan los desempleados mayores de 45 años, cuyas posibilidades de reinserción merman considerablemente con la edad. Pero no debe olvidarse que en ambos casos la permanencia o reinserción del mayor en el mercado de trabajo está muy vinculada con la necesidad de una formación actualizada y coherente con las exigencias del mercado. De ahí que deba adoptarse medidas que favorezcan y propicien el uso de los instrumentos formativos existentes. La ausencia de una acertada política en esta dirección, -no parece que la respuesta sea el art. 10.8 de la Ley 35/10- conduce a que los mayores tengan en la bonificación su principal apoyo de cara, según los casos, a su permanencia o acceso al mercado de trabajo.

Comenzando con los mayores de 45 años[33], hay que indicar que es el colectivo con una mayor bonificación -1.200 euros- pero al que la reforma le ha hecho un flaco favor al limitar su duración a tres años frente a la indefinición anterior. Y esta afirmación es resultado, una vez más, de que cuando una medida de empleo se focaliza esencialmente en el abaratamiento de costes; una disminución de los mismos puede conducir a la pérdida del interés empresarial. Si a ello se suma que hasta el momento el número de contratos bonificados celebrados con este colectivo no ha sido relevante, la conclusión, sin que resulte forzada, es, como mínimo, cuestionar el sentido de esta bonificación.

Ahora bien, no todo mayor de 45 años da derecho a la correspondiente bonificación. Esta queda circunscrita a los inscritos, como demandantes de empleo, al menos 12 meses en un período de 18. En este caso hay que dar por

[32] La Comisión Europea ha afirmado que "*entre 1995 y 2015 el grupo de edad 20-29 descenderá en 11 millones (-20%), mientras que el grupo de edad 50-64 aumentará en 16.5 millones (+25%)*", "*Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones*", Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 1999.

[33] La cada vez mayor cualificación de los jóvenes hace que el trabajador, desde los 40 años, pierda atractivo para el empleador; ahora bien, con la política de reducción subjetiva de las bonificaciones, no cabría haber ampliado el margen de edad pero sí, por lo menos, haber abarcado los 45 años. Edad que, como dijera, en su momento, Rojo Torrecilla, es "*maldita*", "*Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos*", Relaciones Laborales, nº 8, 1998, p. 31.

reproducidas las observaciones realizadas, sobre este particular, en el caso de los jóvenes, a las que hay que añadir, como se insistirá al estudiar el paro de larga duración, que esta exigencia no evita este tipo de paro sino que pretende neutralizarlo una vez que existe y, con demasiada frecuencia, ya será, por la descualificación y por la edad, demasiado tarde.

En relación con los mayores de 59 años, la Ley 35/10 mantiene intacta la regulación anterior. No obstante, en su preámbulo, puede leerse que "*debe reflexionarse si estas bonificaciones deben seguir incardinadas en las políticas de empleo, como ocurre en la actualidad, o deben formar parte de las políticas de Seguridad Social*". Posiblemente, algo de razón tenga esta propuesta, ya que con esta bonificación se está dando cumplimiento a un objetivo distinto a los propios de la política de empleo. Ahora bien, la prestación por desempleo tampoco satisface dichos objetivos –salvo en la vertiente de la capitalización del desempleo y el compromiso voluntario de actividad- y, sin embargo, está, a falta de todo cuestionamiento, presente en el art. 1 de la Ley de Empleo. Por tanto y como mínimo, esa reflexión debería extenderse a otras expresiones conectadas, en la actualidad, con la política de empleo.

4.1.3. Mujeres

Las dificultades de la mujer para acceder al mercado de trabajo son muchas pero, casi todas ellas, se pueden reconducir a factores de discriminación. Tales factores están vinculados, fundamentalmente, con el rol ocupado por la mujer en nuestra sociedad. Su tradicional posición de cuidadora se ha convertido en un pesado lastre que hace muy compleja –y en algunos casos imposible- su inserción o reinserción laboral. Ahora bien, ese lastre va, desgraciadamente, acompañado de un prejuicio empresarial a su contratación –o, quizá, sea más acertado decir de discriminación-.

Atendiendo, como no podría ser de otro modo, a esta realidad –que únicamente podrá superarse cuando sea cierta la corresponsabilidad familiar y doméstica entre mujeres y hombres- las bonificaciones incentivan la contratación indefinida de la mujer. De nuevo, hay que insistir que esta medida debe formar parte de un programa de empleo más ambicioso, en el que, por ejemplo, y así se daría cumplimiento a las recomendaciones comunitarias, estuviese presente la creación de una adecuada red de guarderías y centros de atención a personas dependientes. Una medida que, sin ningún género de dudas, favorece enormemente más la inserción laboral de la mujer.

Hecha esta aclaración y mientras tanto, las bonificaciones ocupan un puesto privilegiado entre las medidas para luchar contra el desempleo femenino. Quizá, ésta sea la razón de que un porcentaje nada desdeñable de los contratos bonificados haya sido firmado por mujeres. Pese a ello, no puede considerarse que ese aumento –más llamativo en los años inmediatamente previos a la cri-

sis- sea fruto, exclusivamente, del sistema de bonificaciones, ya que la mujer ha sido el colectivo que mas se benefició del incremento del empleo.

Excluida alguna bonificación particular, tras la Ley 35/10, la mayoría de las mujeres goza de un régimen de bonificaciones bastante similar al del hombre. Para ser más exactos, los supuestos de hecho son, en términos generales, los mismos y, con ellos, los requisitos y las duraciones, la única diferencia está en las cantidades. En el caso de las jóvenes, pasan de 800 a 1000 euros, en el de las mayores de 1.200 a 1.400 euros, y las conversiones de 500 a 700 euros. La diferencia en todos los casos es de 200 euros; por lo tanto, la cuantía no tiene tal entidad como para favorecer, al menos en teoría, su contratación indefinida.

Además para las jóvenes, al no hacer distinción la norma legal, debe aceptarse que los problemas de empleabilidad ya comentados son exigidos, en los mismos términos, para ellas. Quizá hubiese sido más acertado partir de que el mero hecho de ser mujer, hoy por hoy todavía, es, con independencia de la mayoritaria formación sexista de este colectivo, un handicap a vencer que no se supera con esos 200 euros.

Lo anterior unido a la eliminación del art. 1 de la Ley 43/06, según la Disposición Derogatoria de la Ley 35/10, puede suponer un freno a la contratación indefinida de este colectivo. Esta derogación supone la desatención a la realidad de la mujer y, a la postre, a la tendencia a la individualización, que debe guiar el diseño de toda política de empleo. Las dos únicas bonificaciones mantenidas en atención al inveterado rol femenino son las siguientes.

En primer lugar, las contrataciones indefinidas celebradas con mujeres, que tienen contratos –sean temporales o indefinidos- suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijos. En el caso de ser temporal, es necesaria su conversión en indefinido en el momento de la reincorporación. En un caso o en otro, el contrato debe haberse firmado en los dos años siguientes al inicio del permiso por maternidad y que el supuesto de hecho sea posterior al 1 de julio de 2006.

Esta bonificación no se ha extendido, y la Ley 35/10 hubiese sido una buena oportunidad para ello, a una significativa realidad como es el cuidado de personas por edad, enfermedad o discapacidad. Aunque se carece de datos, no es demasiado atrevido afirmar que un porcentaje importante de las mujeres puede ver entorpecida su carrera profesional por este motivo. De ahí que no hay razón alguna para, en los mismos términos del Estatuto de los Trabajadores, haber incorporado esta realidad que, sin duda, es otro importante lastre para la mujer. Al no haber sido así, la decisión femenina –se insiste, casi nunca masculina- se castiga con la pérdida de esta medida de fomento del empleo, lo que hará, en el mejor de los casos, que se tenga que debatir entre su desarrollo profesional y su intención personal. Sin entrar en la descualificación de la mujer que adopta esta decisión, y que requerirá, en unión con estas bonificaciones –eso sí, cuando están previstas-, de medidas de carácter formativo.

Pero si esta bonificación pretende la reinserción laboral de la mujer, se ha mantenido otra que busca superar las reticencias empresariales a su contratación como consecuencia de la posible baja por maternidad. Pues bien, con tal finalidad, se instituyó el llamado coste cero, con el que se bonifica tanto la baja por maternidad, adopción y acogimiento[34] como el riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia; así como las cotizaciones del trabajador o trabajadora firmante del contrato de interinidad.

Algo más esperanzadora, al menos en política de empleo, es la situación de las mujeres víctimas de la violencia de género y de la violencia doméstica; y lo es en la medida en que se ha abordado un plan integral[35].

El art. 2.d) del RD 1917/2008 contiene un catálogo de medidas de actuación a favor de la mujer víctima de la violencia de género, y a éste se incorpora los "*incentivos para las empresas que* [las] *contraten*"; sin que sea necesaria su condición de desempleada. Ello queda concretado en el art. 9 de esta normativa cuando se remite al programa de bonificaciones, inalterado en este punto por la Ley 35/10, al indicar que "*la contratación de mujeres víctimas de la violencia de género es objeto de bonificación en las cuotas a la seguridad social, tanto si es indefinida como temporal, según lo establecido en el artículo 2.4 de la Ley 43/2006…para la mejora del crecimiento y del empleo*". Remisión que, conforme a la Disposición Final I de la normativa reguladora de este colectivo, hay que precisar, ya que en ella se modifica los términos de la bonificación. A partir del RD 1917/08, la bonificación asciende a 1.500 euros durante los primeros cuatro años de la contratación. Cantidad que se reduce en los supuestos de contratación a tiempo parcial o de contrato temporal conforme, ahora sí, al programa general.

4.1.4. Otros colectivos

Los restantes colectivos no se han visto afectados con esta reforma del mercado de trabajo. Así, los excluidos sociales o los discapacitados –exceptuada alguna precisión que se hará inmediatamente- continúan su régimen de bonificaciones de los últimos años. Aunque no sea objeto de este trabajo no se quiere dejar pasar la oportunidad de insistir y recordar que las tasas de desempleo de sendos colectivos son altísimas. Razón más que suficiente como para afrontar el reto de la reforma de sus respectivas políticas de empleo, incluidas las bonificaciones. En esa pretensión reformista, probablemente, no sea viable, pese a los indicados efectos positivos, la extensión del requisito del aumento

[34] Esta bonificación viene contenida en el RDL 11/98 de 4 de septiembre (BOE de 5 de septiembre) modificado por la Ley 39/99 de 5 de noviembre (BOE de 6 de noviembre).

[35] RD 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de la violencia de género (BOE de 10 de diciembre de 2008).

del índice de empleo neto para que sus contrataciones den derecho a la correspondiente bonificación, ya que se trataría de un óbice a añadir a su penosa situación laboral.

No obstante lo anterior, no se puede ocultar que los excluidos sociales y los discapacitados tienen un reto mucho mayor, y más difícil de vencer, como es su discriminación que, con toda seguridad, es la causa de su falta de inserción laboral.

La anticipada precisión está referida al colectivo de los discapacitados, cuya normalización en el mercado de trabajo se presenta como un objetivo de tremenda dificultad, la cual se agrava, si todavía es posible, de realizarse en términos de indefinición del vínculo contractual. De ahí que su régimen de bonificaciones sea amplio, alto y permita la contratación temporal. Pues bien, dentro de esta última, y sin que se pueda perder de vista su régimen privilegiado, la Disposición Adicional II del Estatuto de los Trabajadores concede la posibilidad al empleador de bonificarse el 50% por contingencias comunes, tanto en el contrato en prácticas como en el contrato para la formación.

La Disposición Transitoria IX de la Ley 35/10 concede a la empresa la opción de elegir entre dicha cuantía o la nueva establecida del 100% en el caso del contrato para la formación. Ni que decir tiene que se trata de una alternativa, en gran medida retórica, puesto que la opción siempre va a ser clara. Por lo que su incorporación puede deberse, partiendo del carácter caduco de este tipo de medidas en la Ley, a un motivo de lógica jurídica o, si se prefiere, de aclaración. De nuevo, los datos nos pueden dar una pauta para interpretar esta ampliación. Si hasta la fecha, este tipo de contratos no han supuesto, aún con la bonificación, una efectiva vía de acceso del discapacitado, probablemente, se pueda aventurar que tampoco lo sea en un futuro.

4.2. Bonificaciones situacionales

Hasta este momento, se ha estudiado un conjunto de bonificaciones, cuyo nexo de unión no es otro que luchar contra el desempleo sufrido por determinados colectivos que, por diferentes razones personales, ven enormemente entorpecido su acceso al mercado de trabajo. Sin embargo, los programas de bonificaciones han ampliado considerablemente su radio de acción aplicando estos incentivos a contrataciones, en las que, con independencia del colectivo al que pertenezca el desempleado, lo que se está protegiendo es una particular situación. Y con esta protección se pretende, como en todos los casos ya analizados, reconducir nuestro mercado de trabajo hacia el empleo de calidad, al tiempo que se lucha contra el desempleo.

Estas bonificaciones situacionales no son ajenas, ni desconocidas por la política de empleo española. Todo lo contrario. Situaciones como el paro de

larga duración o la lucha contra la temporalidad han tenido cabida, como mayor o menor detenimiento y énfasis, en los diferentes programas de empleo. Junto a las habituales, otras han aparecido y desaparecido como consecuencia directa de la crisis, como ha sido el caso de la bonificación para los perceptores de la prestación por desempleo.

4.2.1. Parados de larga duración

Pasado un año de desempleo, el parado, cualquiera que puedan ser sus circunstancias personales, se entiende como de larga duración –siendo de muy larga duración pasados dos años-. Una situación que agrava considerablemente sus posibilidades de reinserción; fundamentalmente, por su desgaste personal y por su descualificación profesional. En principio, cualquier desempleado es potencialmente parado de larga duración. De ahí la necesidad imperiosa de evitar este tipo de paro que, en España, presenta unas tasas altas y estancadas[36]. Y ello, probablemente, es resultado de una inadecuada política preventiva del paro de larga duración. Ésta, hasta el RDL 10/10 y, con posterioridad, con la Ley 35/10, se centraba fundamentalmente en las bonificaciones, ya que se concedían por la contratación de un desempleado, inscrito, con una antigüedad de seis meses, como demandante de empleo.

De acuerdo con la regulación actual, los dos colectivos más vulnerables a este tipo de paro, jóvenes y mayores, para ser beneficiarios de la bonificación han debido estar inscritos un tiempo mínimo de doce meses en un margen de 18 –excepto el supuesto, ya comentado, del contrato para la formación-. Por tanto, ya son parados de larga duración. Esta es una prueba clara del carácter paliativo y no preventivo de nuestras medidas de empleo. Es cierto que la regulación anterior presentaba disfunciones, que justificaban su reforma. Por ejemplo, el hecho de que era la bonificación con una menor cuantía, de modo que de concurrir el requisito de los seis meses con alguna de las que daban derecho a otra bonificación, que era lo habitual, el empleador siempre optaría por la bonificación mayor, es decir, la no preventiva del paro de larga duración. Sin embargo, el hecho de que hoy en día no exista, al menos desde estos incentivos, ninguna medida preventiva puede coadyuvar, de manera importante, a que el paro de larga duración se perpetúe como uno de los grandes problemas de nuestro mercado de trabajo.

Esa labor preventiva parece haberse trasladado al contrato de fomento de la contratación indefinida. Y ello, en la medida en que se puede concertar con parados inscritos ininterrumpidamente durante un mes –quizá, ya, un plazo

[36] Así, en 2009, la cifra de paro de larga duración se elevó hasta el 4.7%. Porcentaje que supuso un aumento considerable, pero no desconocido, con respecto años precedentes –www.spee.es-.

bastante breve, que no actúa como medida preventiva sino como ampliación, sin demasiada justificación, de la posibilidad de concertar este tipo de contrato- en el servicio público de empleo. Sin embargo, todavía es demasiado pronto para juzgar su efectividad como medida de lucha contra el paro de larga duración. Pero, con independencia de ésta, la única salida de esto tipo de desempleo es fortalecer el componente formativo de los itinerarios de inserción. Es la esperanza, y a ella hay que acogerse.

4.2.2. Conversiones de contratos temporales en indefinidos

La precariedad, característica principal del contrato temporal, se opone frontalmente a la calidad en el empleo. Y por hacerlo, deben arbitrarse medidas que eviten el uso incorrecto, abusivo y fraudulento de la contratación temporal.

Como se dijo al inicio, la lucha contra la temporalidad en España es una de las principales batallas, a la que se enfrentan los poderes públicos y los interlocutores sociales. Y en esa batalla, una de las armas, aparentemente fundamentales, es las bonificaciones a las conversiones en indefinido de algunos contratos temporales; en concreto, formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación. Siendo indiferente la fecha de celebración de los mismos siempre y cuando la conversión se realice antes del 31 de diciembre de 2011. La Ley 35/10 no ha llevado a cabo grandes modificaciones. De hecho, y excluido el plazo de caducidad, la única reforma es la reducción del tiempo de disfrute de la bonificación que pasa de 4 a 3 años, y que la cuantía aumenta de ser una mujer la beneficiaria -700 euros frente a los 500, en el resto de las ocasiones-. Pero no debe pasar inadvertida la exigencia, común a otras bonificaciones, de que la conversión tiene que suponer un incremento neto del empleo en la empresa.

Descendiendo a los datos, en agosto de 2010 se firmaron 29.937 conversiones que, en el total de los contratos indefinidos, supuso el 44.78%. Un porcentaje nada despreciable atendiendo a nuestra alta temporalidad. En cuanto a los colectivos, la franja de 25 a 44 años lidera tanto las contrataciones indefinidas *ex novo* como estas conversiones. Ello pone de manifiesto, a falta de una mayor desagregación, que los jóvenes y los mayores son los más perjudicados por la temporalidad y, a la postre, los más precarios en sus condiciones de trabajo.

Como se acaba de indicar, las conversiones ascendieron a 29.937, de las cuales sólo 1.603 pudieron dar lugar a la bonificación por provenir de cualquiera de los contratos temporales con derecho a ella. Incorporando este criterio, sólo el 5.35% de las conversiones puede ser resultado de la correspondiente bonificación –frente, por ejemplo, al 69.11%, que suponen las conversiones del contrato eventual por circunstancias de la producción-. Por lo que hay que concluir que el panorama no es demasiado esperanzador. O si se prefiere, que

las bonificaciones por conversiones no son lo suficientemente atractivas para la clase empresarial.

El motivo puede estar en la antedicha limitación de los contratos temporales, ya que si se acude al número de conversiones bonificadas llevadas a cabo tras la aprobación del Plan Extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo de 2006, se observa un aumento muy significativo de las mismas. Ello lleva a que haya que preguntarse por la razón justificativa de que sólo se bonifiquen las conversiones de estos contratos temporales. Esta limitación puede entenderse exclusivamente desde la óptica de la contratación temporal regular. Son cuatro contratos que, por sus especiales características, pueden ser la antesala de un contrato indefinido. Sin embargo, nuestra temporalidad obedece a presupuestos mucho más complejos y, sobre todo, más irregulares. Sólo una contratación temporal que no bordease continuamente los márgenes de la legalidad fundamentaría dicha limitación.

En definitiva, temporalidad e irregularidad son los dos factores que debieran comprometer el diseño de este tipo de bonificación. Y en este orden de ideas, hay que lanzar la propuesta de extender, sin acotación temporal o con la general prevista en la Ley 35/10, las bonificaciones a las conversiones de cualquier contrato temporal[37]. Algo parecido a lo que se admite, aunque sea indirectamente, y que ya se ha comentado, con las conversiones ante el incumplimiento de la exigencia empresarial de mantener, durante la bonificación, el índice de empleo neto. A fin de garantizar que dicha extensión sea coherente con los objetivos de la política de empleo, hay que incorporar una doble reflexión.

En primer lugar, que esta propuesta puede conllevar un efecto perverso. Este no es otro, excluida la contratación temporal ilegal[38], que la realización de contratos temporales con la única finalidad de que el empleador pueda, con posterioridad, obtener la bonificación. Es más, podría darse la situación, ya denunciada, de que con un día de contratación temporal se hubiese cumplido el requisito para la conversión. En efecto, se trata de un riesgo difícil, o casi

[37] A juicio de Pérez Rey, "*el fomento de la estabilidad es seguramente más eficaz alentando la transformación de contratos temporales, que primando la contratación ex novo, pues, en un marco legal tradicionalmente favorecedor de la asunción a tiempo determinado, no parece posible contrarrestar la seducción de la temporalidad a través de apoyos instrumentales a la estabilidad de las nuevas contrataciones*", "*Estabilidad…*", opus., cit., p. 96.

[38] Pérez Rey escribe que "*lo que comprende el objeto de las ayudas a la estabilidad es el pacto novatorio, es decir, el voluntariamente acordado por las partes del contrato. Evidentemente no cabe acogerse a los incentivos cuando la transformación trae causa de la infracción de las disposiciones legales*", ni cuando el trabajador permanece en la empresa tras finalizar el plazo del contrato temporal, "*Estabilidad…*", opus., cit., p. 115.

imposible, de evitar[39]. No obstante, el factor probabilidad y riesgo existe en el diseño de toda medida de empleo; y jugando con él, se podría, aunque fuese indirectamente, fomentar el acceso a un empleo indefinido.

En segundo lugar, que dicha ampliación contractual debería ir acompañada de un aumento de la cuantía de la bonificación pues, con la actual, no parece incentivarse demasiado a la clase empresarial para que apueste por este tipo de conversiones. Claro que esto podría traducirse en un incremento considerable del gasto público por un uso incorrecto, y aún mayor si cabe, de la contratación temporal.

Esta extensión, aún con sus riesgos, no parece formar parte de la voluntad de los artífices de las bonificaciones. De ahí que sigan siendo estas conversiones un espacio marginal en la lucha contra la temporalidad. Sólo, y en el caso hipotético de que la actual regulación de los contratos formativos dispare su utilización, puede favorecerse estas conversiones a un empleo de calidad.

4.2.3. Mantenimiento del empleo: expedientes temporales de regulación de empleo

La grave crisis actual ha propiciado la aparición de nuevas bonificaciones situacionales como es la creada, por el art. 1 de la Ley 27/09, con la finalidad del mantenimiento del empleo de los trabajadores sometidos a expedientes temporales de empleo debidamente autorizados.

Desde su configuración, la bonificación de asegurar algo, asegura el mantenimiento del empleo que, con la Ley 35/10, se ha objetivado al demandar que dicha permanencia sea de, al menos, seis meses. No obstante, no podía pasar desapercibido que durante el tiempo, más de la suspensión que de la reducción de la jornada, el trabajador puede estar sometido a un proceso de descualificación o, en el mejor de los casos, de debilitamiento de su empleabilidad. Este ha podido ser el motivo de que la Ley 35/10, como ya hiciera el RDL 10//10, haya adicionado al señalado precepto de la Ley 27/09 un nuevo apartado –en concreto, el 2.bis-. Conforme al cual, la bonificación creada para estos supuestos del 50% se amplía al 80%, siempre y cuando en el acuerdo con los representantes de los trabajadores se haya previsto la realización, durante el período de desempleo, de cualquier medida de empleo, y en particular de contenido formativo. Ello es muy positivo, aunque solo se condicione el 30% de la bonificación, al asegurarse un perfeccionamiento de la empleabilidad del trabajador.

[39] Sin embargo, el art. 3 de la Ley 35/10, al formular la nueva regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida, establece la necesidad de que transcurran 20 días como mínimo entre la contratación temporal y la conversión. Ni que decir tiene que esta solución no solventa el problema pero sí hay que reconocerle que palia, aunque sea de manera mínima, el efecto perverso de esta opción empresarial.

Cuestión distinta es si se cumple y cómo se cumple dicho compromiso pactado, o qué sucede de no haber acuerdo con los representantes. Además puede ocurrir que el pacto no se ejecute, que no resulte adecuado a los intereses de los trabajadores o que simplemente se incumpla. Estas consecuencias no siempre van a depender del empleador y, probablemente, esta sea la razón de que no se haya previsto sanción alguna ante el incumplimiento total o parcial por cualquiera de las partes. Por contra, hubiese sido lo procedente y factible. De modo que se sancionase a los empleadores con la devolución del 30% o a los trabajadores, en el caso de ser beneficiarios de la prestación por desempleo, con su pérdida.

5. LA LEY 35/2010: ¿LA REFORMA REQUERIDA POR ESTA MEDIDA DE POLÍTICA DE EMPLEO?

En el contexto de la política de empleo, la valoración de la efectividad de una medida está muy vinculado, con lo que los analistas económicos califican como efecto peso muerto.

Este efecto, de manera muy simple, quiere decir que la medida de empleo no produce más consecuencias sobre el empleo y/o el desempleo que de no haberse instituido la correspondiente medida. Trasladado este concepto al ámbito de los incentivos a la contratación, el efecto peso muerto se daría cuando el número de contrataciones indefinidas, celebradas a partir de la entrada en vigor de la medida, no haya tenido una progresión significativa y positiva, lo que a partir del RDL 10/10 y de la Ley 35/10 puede presumirse, en un primer momento y para ciertos colectivos, debido a la exigencia del aumento de los índices de empleo en las empresas. *A sensu contrario*, si dicho número se mantiene en la tónica y trayectoria habitual, la conclusión no puede ser otra que aceptar la inocuidad de estos incentivos a la contratación.

Como es lógico, la comprobación de este efecto peso muerto obliga a acudir a los datos que, por lo que aquí importa, serían fundamentalmente el porcentaje de contratos indefinidos, las conversiones de contratos temporales en indefinidos y los índices de desempleo de los colectivos desfavorecidos.

Hasta agosto de 2010, los contratos indefinidos, con independencia de que estén o no bonificados –esta distinción no es realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal-, han alcanzado la cifra de 786.400, lo que ha supuesto un descenso interanual del 9.01%; acudiendo al mes de agosto, se han firmado 66.846, un 6.62% del total de la contratación. Desglosando este total, las conversiones ascendieron al 44.78%, el contrato indefinido ordinario, al 45.97%, y, por último, el indefinido para el fomento de la contratación indefinida, al 8.6%.

De este último dato, hay que destacar que la gran mayoría fueron contratos bonificados, lo que es lógico, ya que los colectivos con los que se puede concertar este último contrato son, en gran medida, coincidentes con los destinatarios de las bonificaciones a la contratación. No se puede ocultar que, de esta forma, se está ofreciendo al empleador un régimen de indefinición bastante favorable para él, puesto que no sólo obtiene el incentivo sino que, al mismo tiempo, consigue un despido objetivo improcedente más barato. Con lo cual, el atractivo de estos colectivos desfavorecidos aumenta considerablemente para la clase empresarial. Es más, con la Ley 35/10 parece que, a modo de vasos comunicantes, el peso de las bonificaciones en la lucha contra la temporalidad y a favor del empleo estable se ha trasladado a este contrato, lo cual es coherente con una política de reducción del gasto público, pero no parece que lo sea tanto en relación con la protección del trabajador.

Hecha esta importante precisión y retrotrayendo los datos hasta 2004, se observa que la evolución de la contratación indefinida *ex novo*, bonificada o no, ha tenido un constante aumento, muy llamativo en 2007, que quedó frenado en 2009. Por su parte, el contrato para el fomento de la contratación indefinida, hasta 2007, mantuvo unos índices muy similares desplomándose en 2008 y 2009. Las conversiones también fueron en aumento hasta 2007. Año, en el que llegaron a 1.149.485 conversiones –sin duda, resultado del Plan Extraordinario de 2006- descendiendo llamativamente en 2009 –sólo, 520.427-.

Por su parte, la desagregación, en agosto de 2010, se va a realizar distinguiendo entre hombres y mujeres firmantes de alguna de las modalidades de estabilidad del vínculo contractual. Exactamente, se alcanzaron los siguientes porcentajes: contratos indefinidos iniciales, hombres, el 31.73% y mujeres, el 23.48%; y, por su parte, las conversiones en indefinido, hombres, el 24.43% y mujeres, el 20.34%[40].

En ambos casos existe un sensible aumento del colectivo masculino, que ha roto la tendencia a una mayor paridad mostrada por estos mismos indicadores en los meses precedentes. Siendo así, hay que aceptar una doble hipótesis. O bien, de continuarse esta tónica, que las bonificaciones, que recaían mayoritaria y principalmente en las mujeres, estaban surtiendo los efectos deseados. O bien, de ser una excepción este mes de agosto, que, con la ayuda de estos incentivos, se está corrigiendo la histórica segregación del mercado de trabajo español. Esta última parece la opción más viable si se acude, aunque no sea el único argumento, a la serie de la evolución de la tasa de empleo femenino.

Aún con la cautela que hay que imprimir al discurso como consecuencia, en los últimos años, de la crisis económica, la verdad es que los datos parecen

[40] Todos estos datos se pueden encontrar en www.spee.es (fecha de 19 de septiembre de 2010).

arrojar un balance positivo si se atiende tanto al número de contratos indefinidos[41] como a las conversiones. Siguiendo el ciclo se observa que, aunque existen vaivenes no especialmente significativos, la contratación indefinida bonificada ha ido en constante progresión. Por este motivo, habría, en una primera lectura, que rechazar que se haya producido el efecto peso muerto. Pero ello no debe conducir la cuestión a un falso optimismo, puesto que estos mismos datos ponen de relieve, de manera absolutamente meridiana, su vinculación con las condiciones generales de la economía. De hecho, los mayores aumentos se han producido en los períodos de bonanza. Y así lo confirma la Ley 35/10 cuando, en su preámbulo, reconoce "*la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico*". Por lo que barajando ambas variables, y sin olvidar el ingente gasto público que estos incentivos reclaman, puede afirmarse, aunque con cierta prudencia, que la ecuación, costes-beneficios, con la que se iniciaba este trabajo, se desequilibra a favor de los primeros. Los resultados no justifican, para todos los colectivos y situaciones, el desembolso público. Y este puede ser el argumento que ha llevado al proceso de racionalización y reducción de las bonificaciones en la Ley 35/10.

Pero aún se puede añadir algo más. Independientemente de la efectividad cuantitativa de los incentivos a la contratación, sus consecuencias cualitativas dejan, en términos generales, bastante que desear, ya que, como mucho, estas bonificaciones se han convertido, en España, en la llave de acceso pero, en ningún caso, en la de permanencia en el mercado de trabajo. Buena muestra de ello es que los índices de desempleo de los colectivos desfavorecidos –uno de los grandes objetivos de esta medida-, sobre todo en los momentos anteriores a la crisis, han sido sumamente altos. Con lo cual estas bonificaciones no son, ni por asomo, la medida más eficaz de lucha contra el desempleo estructural que caracteriza a nuestro mercado de trabajo.

Y ello se debe, principal y prioritariamente, al hecho de que lo único que asegura, tal como se ha dicho que recomienda la Unión Europea, la estabilidad y la calidad en el empleo[42] es la empleabilidad del trabajador, es decir, su formación y capacitación acorde con las exigencias y realidades del mercado de

[41] La contratación temporal bonificada no tiene, por los colectivos a los que va dirigida, una especial incidencia. Basta con acudir, por ejemplo, a los índices de desempleo del colectivo de discapacitados para comprobar que, ni tan siquiera con las bonificaciones a la contratación temporal, se consigue su reducción. Siendo así, y sin entrar a valorar las medidas arbitradas a favor de este colectivo ajenas a estas bonificaciones, sí hay que admitir, no ya el efecto peso muerto, sino lo que es más relevante el fracaso de su política de empleo.

[42] Como ya dijese el CES, "*allí donde el nivel de estudios de los participantes es mayor, tienden a registrarse mayores tasas de permanencia en el empleo*", "*Desequilibrios ocupacionales…*", opus., cit., p. 91.

trabajo[43]. Por ello, lo ideal sería que, sin abandonar drásticamente el sistema de incentivos, su gasto paulatinamente se fuese reorientando a una mayor financiación pública –y, en última instancia, privada- de la formación a lo largo de la vida del trabajador.

Con esta voluntad, probablemente, se ha incorporado, en la Ley 35/10 –así como se hizo en el RDL 10/10-, la vinculación de las bonificaciones a la formación. Vinculación, no obstante y como se ha anticipado en este trabajo, demasiado tímida. Casi es como no decir nada o, quizá y deseablemente, pueda convertirse en el núcleo del debate de esa evaluación gubernamental prevista en la Disposición Adicional Duodécima. De acuerdo con ésta, "*el Gobierno evaluará con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 el funcionamiento de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas establecidas en los artículos 10 y 11 de esta Ley, incluyendo en dicha valoración un informe de evolución de impacto de género de las mismas. A la vista de dicha evaluación, y en función de la evolución del empleo durante 2010 y 2011, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adoptará las medidas que correspondan sobre su prórroga o modificación*". Esta evaluación se va a ver acompañada, como indica la Disposición Adicional IX, de otras anuales destinadas a "*conocer la efectividad de la medida a fin de ajustar las políticas activas a la realidad del mercado laboral*".

Con independencia del absoluto silencio sobre el régimen de todas las restantes bonificaciones que, como se ha apuntado en estas páginas, requiere de una profunda revisión, hay que quedarse con la buena voluntad de estas disposiciones y, sobre todo, con la idea de que esa evaluación suponga que bonificación y formación –al amparo de esos futuros planes de formación profesional propuestos por la Disposición Adicional IV de esta Ley- no sean dos realidades paralelas sino convergentes, por lo que de nuevo se está a la espera de una profunda y verdadera reforma, distinta a la llevada a cabo por la Ley 35/10, del régimen de bonificaciones a la contratación.

[43] Según la Comisaria de Educación, en el año 2020, "*15 millones de trabajos más requerirán altas cualificaciones, pasando del 29% actual al 35% del total, y las previsiones también apuntan a que el 15% de los empleos será de baja cualificación en el año 2020, frente al 20.8% actual*". Y, al mismo tiempo, el Comisario de Empleo afirmó "*la necesidad de casar mejor las capacidades con las necesidades del mercado laboral para convertir a la UE en la región más competitiva del mundo*", www.mtin.es (8 de abril de 2010).

SEGURIDAD SOCIAL Y REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Reforma del mecado laboral**

El presente trabajo versa sobre las medidas de Seguridad Social que se han introducido en el texto de la Ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo, partiendo de dos ideas básicas: una, que algunas de esas medidas ya habían sido incluidas en otras normas anteriores, también aprobadas para afrontar las consecuencias de la crisis económica en el ámbito sobre todo del desempleo, de forma que la Ley 35/2010 sólo las recoge, las matiza o amplía; otra, que en el marco de la reforma del mercado de trabajo, las medidas de Seguridad Social son sólo de acompañamiento sin ocupar, en ningún caso, un papel central. Partiendo de estos presupuestos, el artículo analiza con detalle las medidas de protección social relacionadas con la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada como alternativa a la extinción, el recurso a la bonificación de las cotizaciones para incentivar la contratación indefinida de ciertos colectivos en situación particularmente frágil en el mercado de trabajo, así como otras medidas de Seguridad Social relacionadas con los contratos formativos, el compromiso de actividad de los desempleados, la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos y, finalmente, el control de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo, fundamentalmente la ocasionada por contingencias comunes.

ABSTRACT **Key Words: Labour market reform**

The present piece of work studies the Social Security measures that were introduced in the 35/2010 Law, about the labour market reform, taking two main ideas: one, that some of these measures were already included in other legislative norms that were created before such reform of the norm, therefore the current 35/2010 Law only reflect the already taken changes and just rewrites, clarifies and broaden its sense. And the second one, is that in the framework of the labour market reform, the Social Security measures do not have a central role. Considering these two premises, the article analyses in detail the social protection measures related to the contract suspension or the reduction of the working hours as an alternative to termination of the contract, the recourse of bonus to pay contributions to incentive the long term contracts in certain sector that are quite fragile in the labour market. And other social security system measures related to training contracts, the compromise with those unemployed and the protection of autonomous workers that have no work, and finally, the effective control of the situations of temporal incapacity to work and fundamentally created by common contingencies.

TEMAS LABORALES núm. 107/2010. Págs. 407-439

ÍNDICE

1. Introducción
2. El tratamiento desde la Seguridad Social de la suspensión del contrato y de la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
   2.1. Modificación de la protección por desempleo: situación legal de desempleo y consumo de prestaciones
   2.2. Las medidas de Seguridad Social de incentivo a la suspensión y a la reducción de jornada
      2.2.1. En cuanto al trabajador: la reposición del derecho a la prestación por desempleo
      2.2.2. En cuanto a la empresa: la bonificación de la cotización empresarial
3. La bonificación de las cotizaciones a la Seguridad Social como incentivo a la contratación indefinida, por la conversión de los contratos y para los contratos para la formación
   3.1. Las bonificaciones de carácter general
   3.2. Las bonificaciones relacionadas con la conversión de los contratos en indefinidos y para el contrato para la formación
4. La cobertura social de los contratos para la formación
5. Otras medidas de Seguridad Social, en particular, el desempleo y la incapacidad temporal
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

Como ya viene siendo habitual en los últimos tiempos, las últimas medidas legales de reforma del mercado de trabajo se han aprobado en dos momentos sucesivos, cercanos en el tiempo, sin que ello signifique, lo que seguramente sería lo lógico, que, en cada ocasión, se hayan abordado materias distintas. Por el contrario, en ambas ocasiones se han regulado los mismos temas, en gran parte de forma idéntica, pero sin que ello haya impedido que lo que se aprobó meses antes quede parcialmente alterado por la intervención normativa posterior sobre la misma materia y, lo que es más llamativo, sin que existan razones particulares que justifiquen este cambio normativo reformador de la reforma inmediatamente anterior.

Esta práctica, absolutamente criticable desde el punto de vista de la técnica normativa y de la seguridad jurídica, está propiciada por el art. 86.3 de la Constitución (CE) que habilita a las Cortes a tramitar como proyectos de ley y por la vía de urgencia, los Reales Decretos Leyes aprobados por el Gobierno en los casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE). En la dinámica parlamentaria esta posibilidad se ha convertido en regla; de forma que, una vez aprobado el correspondiente RDLey, en el plazo de treinta días (los que el art. 86.2 CE señala para su convalidación por el Congreso de los Diputados), se inicia el trámite parlamentario de urgencia para aprobar la Ley correspondiente. Pero, como se ha dicho, y contrariando lo que parecía ser la intención del constituyente, no hay ninguna garantía, sino todo lo contrario, de que el texto legal finalmente aprobado sea sustancialmente igual al RDLey del que parte puesto que el debate parlamentario abre así la vía para una discusión del texto

primitivo que, normalmente, resultará alterado en algunos de sus aspectos, a veces no precisamente secundarios. Con ello, como se ha dicho antes, se suscitan graves problemas de seguridad jurídica, por no hablar de las numerosas cuestiones de vigencia y de derecho transitorio que provoca la reforma del RDLey por la Ley posterior.

Esto es lo que ha sucedido en el caso de la reforma laboral de 2010. Materializada en el RDLey 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sobre ella ha vuelto la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, del mismo nombre, sin que por cierto su Disp. Deroga. Única incluya expresamente entre las disposiciones derogadas al propio RDLey, sólo concernido mediante la fórmula general del apdo. 2 de dicha disposición cuando señala que se derogan todas las normas que se opongan a la Ley, estando comprendido en esta referencia sin duda el RDLey 10/2010; aunque de forma particular, al existir hechos jurídicos, comprendidos entre el inicio de vigencia de ambas leyes, que seguirán regulándose por el mismo. En todo caso, puesto que atender simultáneamente a ambas normas puede inducir a confusión, he adoptado el criterio de centrar el análisis en la Ley 35/2010, a la que harán referencia todos los comentarios; sin perjuicio de que, incidentalmente, considere de interés remitirme al texto anterior del RDLey.

Pues bien, respondiendo a un enfoque incorrecto por unilateral, los textos legales de reforma del mercado de trabajo no abordan de forma directa la materia de Seguridad Social, habitualmente remitida a una acción de reforma autónoma, propiamente de la Seguridad Social, a su vez igualmente unilateral y desconectada de lo relativo al mercado de trabajo y guiada por otras preocupaciones como, por ejemplo, la del equilibrio financiero, la reducción de los costes sociales o la protección de situaciones de necesidad. Un tratamiento dual y descoordinado que es contrario a los análisis actuales sobre la dinámica y el funcionamiento del mercado de trabajo, donde las exigencias de flexibilidad, que se proyecta sobre la dinámica del contrato de trabajo y de la negociación colectiva, exige el contrapunto de la seguridad, en su mayor parte encomendada a los sistemas de protección social que aparecen como herramientas indispensables para la implantación no lesiva de la lógica de la flexibilidad y de la adaptación.

La Ley 35/2010 no escapa al enfoque que se critica, por lo que, como se evidencia en el Preámbulo, se dedica, entre otros temas, a la contratación laboral, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, al despido, o a las agencias de colocación y a las empresas de trabajo temporal, sin que la materia de Seguridad Social tengan ningún protagonismo salvo como auxiliar de la innovación normativa de naturaleza esencialmente contractual. En concreto, la presencia de los temas de Seguridad Social en la Ley 35/2010 se limita a los tres grupos siguientes: a) las medidas de Seguridad Social integradas en

la reforma que afecta a la suspensión del contrato o a la reducción de jornada como forma de flexibilización interna de la relación laboral y como alternativa a la extinción del contrato; b) las medidas de Seguridad Social de incentivo a la contratación que se materializan en las bonificaciones; y, c) otras medidas relacionadas con la cobertura de protección social de algunas modalidades contractuales como los contratos formativos. Junto a las anteriores, aún puede señalarse otro conjunto heterogéneo de medidas de protección social, no siempre particularmente conectadas con la reforma laboral, pero para las que se ha aprovechado la Ley 35/2010 para incorporarlas a un texto legal.

2. EL TRATAMIENTO DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y DE LA REDUCCION DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

El art. 7 de la Ley 35/2010 modifica el art. 47 del RDLegislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), mediante cambios normativos que tienen como finalidad facilitar el recurso a esta medida de flexibilización en los casos de necesidades o crisis empresariales frente a la extinción de los contratos por las mismas causas; una manera, en fin, de preservar, aunque sea transitoriamente, el empleo. El favorecimiento de esta medida no sólo se manifiesta en el terreno estrictamente laboral (facilitando el acceso al procedimiento que permita esa suspensión o reducción colectiva de jornada y permitiendo alternativas más amplias a la reducción de la jornada autorizable) sino, y seguramente habría que decir, sobre todo, en cuanto a la protección social vinculada a dichas situaciones. En concreto, lo relativo a la cobertura de desempleo que pueden obtener los trabajadores afectados, así como las ventajas en términos de bonificación de cuotas en beneficio del empresario.

Las reformas introducidas por la Ley 35/2010 (que viene a reproducir y confirmar lo ya establecido en el RDL 10/2010) en relación con el tema que aquí se trata son de menor entidad que las modificaciones, en el plano laboral, del art. 47 ET, en la medida en que, en parte, no son sino una adaptación de lo que fue introducido por el RDLey 2/2009, de 6 de marzo, y por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, ambas normas de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (si bien esta última también ha sido modificada por la Ley 35/2010). Por este motivo, el contenido de la Ley 35/2010 se expondrá integrado en esas medidas, anteriores a la misma y que ésta mantiene, aun con pequeñas modificaciones. En todo caso, sí que la Ley 35/2010 aporta una regulación novedosa (que ya se encuentra en el RDL 10/2010) que es, como reflejo de las modificaciones del

art. 47 ET, lo referido a la prestación por desempleo; o, mejor dicho, al acogimiento en la LGSS de las situaciones de desocupación por suspensión (o de reducción del tiempo de trabajo) que el art. 47, en su nueva redacción, prevé. Empezaré por esto último

2.1. Modificación de la protección por desempleo: situación legal de desempleo y consumo de prestaciones.-

El art. 8 de la Ley 35/2010 modifica, reproduciendo lo establecido en el RDL 10/2010, los arts. 203, apartados 2 y 3 y 208.1.3 LGSS; si bien añade a tales modificaciones una nueva que atañe al art. 210.5, también de la LGSS. El primero de ellos para revisar la distinción entre el desempleo total o parcial; el segundo para, en coherencia con lo anterior, redefinir la situación legal de desempleo originada por la suspensión del contrato o la reducción de la jornada; y el tercero, para establecer de qué forma se consumen las prestaciones por desempleo generadas en el caso de desempleo parcial.

Pues bien, en cuanto a lo primero, el nuevo art. 203 LGSS, establece cuándo existirá un desempleo total o un desempleo parcial, teniendo en cuenta que, en el primer caso, se tendrá derecho a la integridad de la prestación por desempleo por el tiempo que dure ese desempleo total (obviamente con el límite de los derechos generados por cada trabajador conforme a la escala de cotización previa y el tiempo de prestación, todo ello establecido en el art. 210 LGSS); mientras que, en el caso del desempleo parcial, el art. 211.4 LGSS señala que la prestación se determinará *"en proporción a la reducción de la jornada de trabajo"*.

A estos efectos, el art. 203.2 reconoce como desempleo total dos situaciones diferentes. De una parte, la que consiste en el cese en la actividad que el trabajador venía desempeñando, con la privación consiguiente del salario. Si esa privación total es definitiva, se estará ante la situación de desempleo estándar que no es la que aquí interesa. Pero también es total el desempleo derivado de un cese, ahora no definitivo sino temporal, de la actividad; lo que puede calificarse como el ejemplo más general y menos complejo de la suspensión del contrato, esto es la que constituye un cese total y continuado, aunque temporal, de la prestación laboral. Pero, además, y aquí se encuentra quizás la aportación más relevante de la Ley 35/2010 (y, antes, del RDL 10/2010) en este punto, también se consideran desempleo total supuestos, desde el punto de vista laboral (art. 47 ET), de reducción de jornada, que no ya de suspensión, consistentes en una inactividad laboral total por días completos, con independencia de que éstos sean continuados (en realidad, una suspensión) o intermitentes (en realidad, una reducción de la jornada). Aunque es claro que, pese a la calificación como desempleo total, en este segundo caso el trabajador afectado sólo tendrá

derecho a la protección por desempleo correspondiente a los días en que no trabaja (al fin, una prestación parcial, aunque por días enteros). Por lo que se refiere al desempleo parcial, el art. 203.3 LGSS considera tal sólo al cese en el trabajo que, sin afectar a días completos, consiste en una disminución del tiempo diario de trabajo, entre el 10 y el 70 por 100, con la consiguiente y proporcional reducción del salario, aplicándosele, en consecuencia, las previsiones del art. 211.4 LGSS: esto es, la relación proporcional entre reducción de la jornada diaria y de la prestación por desempleo.

En todo caso, la LGSS sigue rechazando como situación de de desempleo protegible por reducción de la jornada, las que sean definitivas o que abarquen todo el periodo que resta de la vigencia del contrato de trabajo. Exclusiones ambas criticables ya que se trata de reducciones reales del tiempo de trabajo que justificarían la tutela del desempleo. Mucho más cuando, en el primer caso, se trataría de una cobertura limitada en el tiempo debido a la propia lógica temporal de la protección por desempleo; y, en el segundo caso, el que la reducción se proyecte a la totalidad del resto de la vigencia del contrato es una circunstancia aleatoria que, finalmente, perjudica a los trabajadores más precarios, es decir, a los trabajadores temporales. Salvo que, lo que no sucede, el art. 47 ET prohibiera reducciones de jornada que no fueran temporales ya que lo que exige es que la causa de la suspensión y/o de la reducción de jornada sea temporal, lo que evidentemente no es lo mismo. Con la regla limitativa que se critica, la norma acaba haciendo incompatible, lo que no lo son en ningún caso, la naturaleza temporal de la causa empresarial, que hace que la suspensión o reducción de la jornada también lo sea, con la temporalidad del contrato. Dicho de otro modo, una causa de suspensión o reducción de jornada puede ser temporal para la empresa y proyectarse, sin perder esa condición de temporalidad, sobre los contratos, sean permanentes o temporales; los cuales merecerían, de forma indistinta, acceder a la prestación por desempleo. Pero no es así y la reforma ha persistido en esta limitación que ya se arrastraba desde las versiones de la LGSS anteriores a la reforma.

Por su parte, el art. 208.1.3, haciéndose eco de la variedad de situaciones que pueden derivarse de la suspensión o de la reducción de jornada, se limita a definir la situación de desempleo como aquella en la que *"se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del art. 203.3"*. Ahora bien, el 203.3 LGSS está pensado sólo para la reducción del tiempo de trabajo como situación legal de desempleo parcial ya que la suspensión está contemplada en el apartado anterior del mismo artículo junto con la reducción de la jornada que afecte a días completos, continuados o alternos. De forma que, cuando el art. 208.1.3 LGSS habla ahora de reducción temporal de la jornada, en realidad se refiere sólo al que la misma norma califica como desempleo parcial, por cuanto la reducción de la jornada calificada como desempleo total seguirá las reglas de

la suspensión. Por eso, la situación legal de desempleo a que se refiere el art. 208.1.3 LGSS es sólo la que se origina a partir de una reducción de la jornada que afecte a todos los días, sin que tenga lugar ningún cese por días completos. Única situación, por cierto, en la que se exige una cierta entidad mínima de dicha reducción para generar el derecho al desempleo (y, antes, para permitir su autorización por expediente de regulación de empleo). Lo que sucede es que, puesto que en el art. 47 ET se exige para la reducción de la jornada (en su concepto amplio, laboral y no de seguridad social) una cantidad entre un mínimo y un máximo, al final, aunque la reducción por días completos, continuados o alternos, se califique, según las normas de Seguridad Social (art. 203.2 LGSS), como desempleo total, su aprobación por expediente de regulación de empleo (requisito necesario, tanto en el terreno laboral como en el de la Seguridad Social) requiere el porcentaje de reducción establecido entre un mínimo y un máximo (lo que no pasa con la suspensión). De forma que, en su origen laboral, es indiferente si se trata de una reducción continuada diaria o intermitente por días completos (en todos los casos se requerirá expediente y una determinada entidad de la reducción); sólo al pasar al ámbito de la Seguridad Social, la primera versión de la reducción (la que se proyecta sobre todos los días) tendrá repercusión sobre el mecanismo de disfrute de las prestaciones por desempleo al ser calificada como desempleo parcial.

Aquí es donde interviene la reforma introducida por la Ley 35/2010, añadiendo un nuevo apartado (el quinto) al art. 210 LGSS, referido a la duración de la prestación. En el sentido de que en el desempleo parcial (a efectos de la Seguridad Social, esto es, como se ha dicho, el que es consecuencia de una reducción de jornada que afecte a cada día) el consumo del tiempo de prestación por desempleo tendrá lugar por horas y no por días, puesto que en cada uno de esos días hay trabajo retribuido y el desempleo que se recibe está en proporción a la reducción diaria de la jornada. Por eso, el nuevo apartado se cierra con la afirmación de que el tiempo consumido de prestación por cada día será el equivalente a la reducción de jornada autorizada; de forma que la duración de la prestación se prolongará en proporción al tiempo de trabajo diario que resta. Siendo evidente que, como sucede con la reducción por días completos (un caso de desempleo total, como se ha visto), sólo se tenga derecho a la prestación por desempleo correspondiente al tiempo de trabajo minorado (horas en el caso de desempleo parcial; días completos tanto en el supuesto de suspensión como de reducción considerada como desempleo total). Por cierto que, aunque el art. 210 no lo establezca, si se trata de una reducción de jornada por días completos (desempleo total, según el art. 203.2 LGSS), para el tiempo consumido se computará sólo los días en los que no se trabajo y se reciben prestaciones. El añadido, pues, del art. 210.5 LGSS obra de la Ley 35/2010 es algo que podía deducirse de la lógica de la norma, si bien no es inapropiado que la LGSS lo establezca con claridad, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia al respecto (por ejemplo, la Sentencia

del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1995[1], la cual estableció que, en el consumo de las prestaciones por desempleo parcial, cada día de prestación se computa como un día completo; argumento basado, fundamentalmente, en el hecho de que para el cómputo del tiempo cotizado, cada día de cotización, aun parcial, se computa como un día entero. Al margen de los cambios producidos en relación con el trabajo a tiempo parcial, lo cierto es que el nuevo tenor legal destierra definitivamente esa interpretación.

2.2. Las medidas de Seguridad Social de incentivo a la suspensión y a la reducción de jornada

Lo que la Ley 35/2010 (siguiendo aquí al RDL 10/2010) modifica en este punto no es ya el ET ni la LGSS sino las normas que contienen los incentivos para fomentar este tipo de recurso suspensivo o de reducción de la jornada frente a la situación de crisis de las empresas; en concreto, la Ley 27/2009. Son dos, el primero es lo que el art. 3 de la norma califica como *"reposición del derecho a la prestación por desempleo"*; el segundo, lo previsto en el art. 1, en términos de bonificación en la cotización empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de regulaciones temporales de empleo. A ambas cuestiones se refiere el art. 9 de la Ley 35/2010 (como ya lo hacía el art. 9 del RDL 10/2010), aunque tenga un epígrafe incorrecto por limitativo como es el de *"medidas de apoyo a la reducción de jornada",* ya que abarca tanto éstas como las suspensiones del contrato, al modificar los arts. 3.1 y 1.2, respectivamente, de la Ley 27/2009; debiéndose tener en cuenta también la Disp. Transit. Quinta de la Ley 35/2010 (y también la misma Disp. Transitoria del RDL 10/2010).

2.2.1. En cuanto al trabajador: la reposición del derecho a la prestación por desempleo

Al margen de analizar la reforma de la Ley 35/2010 en esta materia, por cierto bastante marginal al tocar sólo aspectos accidentales, parece necesario detenerse en la descripción de las bases y de la mecánica práctica de esta reposición del derecho a la prestación por desempleo. Con carácter general, puede decirse que la regulación de la prestación o del subsidio por desempleo está caracterizada, en algún aspecto, por una cierta falta de funcionalidad de dicha regulación para generar una protección eficiente de los trabajadores desempleados provenientes de procesos de reestructuración empresarial.

Se trata de la cuestión regulada por el art. 210, apartados 2 y 3 LGSS. Más concretamente, de la forma de valorar y computar las cotizaciones en los casos de extinción de la prestación, prevista en el art. 213.1,d) LGSS, por el

[1] TOL 236166

desempeño de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses (veinticuatro, si se trata de un trabajador autónomo). En este caso, pese a determinarse la extinción del derecho a la prestación, el art. 210.3 LGSS prevé un derecho de opción para el trabajador entre *"reabrir el derecho inicial por el periodo que le restaba y las bases y tipos que le correspondían o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas"*. Ninguna objeción a esta alternativa que viene a respetar el principio contributivo, ahora en beneficio del trabajador. Lo criticable es el último inciso de apartado 3, conforme al cual, si el trabajador opta por reanudar la prestación anterior extinguida, *"las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior"*. Dicho sintéticamente, las últimas cotizaciones, que habrían generado un derecho a protección que no se ha utilizado, se pierden si el trabajador opta por reanudar la prestación anterior. En cualquier caso, opte por lo que opte y se pueda o no generar un nuevo derecho, o se pierde el resto del tiempo de prestación ya generado y no consumido, o se pierden cotizaciones no utilizadas para generar un derecho del que no se ha disfrutado; todo ello con ignorancia del principio contributivo, en perjuicio del trabajador.

No se entiende bien, salvo por razones de ahorro de costes para el sistema público y de recorte de las prestaciones, esta regla limitativa que, finalmente, acaba desincentivando la aceptación de un nuevo trabajo por parte de un trabajador desempleado cubierto por la prestación por desempleo; consciente de que, mientras que le reste un amplio periodo de tiempo de prestación contributiva generada por el primer desempleo, no le será de interés aceptar una nueva ocupación que, normalmente, supondrá la ineficacia de las nuevas cotizaciones para generar un nuevo derecho al desempleo. Esta regla limitativa del derecho a la tutela se completa con la contenida en el segundo párrafo del apartado 2 del mismo art. 210 LGSS. Según este precepto, en el cómputo de las cotizaciones a efectos de determinar el periodo cotizado, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, no se cuentan las cotizaciones hechas por la entidad gestora durante el tiempo de abono de la prestación anterior; lo que es lógico ya que, si se ha extinguido el contrato, la cotización abonada por la entidad gestora no comprende, entre otras, la de desempleo, a tenor del art. 214.3 LGSS.

Pero no lo es tanto si se trata de una prestación por desempleo derivada de la suspensión de la relación laboral o de la reducción de la jornada. En efecto, en este caso, la cotización por desempleo subsiste y, lo que es más significativo, la abona la empresa, completando sólo la entidad gestora la parte correspondiente al trabajador (art. 214.2 LGSS); y, no obstante (y salvo el caso excepcional del desempleo por suspensión de la relación laboral debida a un caso de violencia de género) esas cotizaciones se pierden igualmente sin que valgan para generar, pese a no haber sido consumidas, una futura presta-

ción por desempleo. De nuevo se está en presencia de una norma que ignora las exigencias del principio contributivo, tan rígidamente reclamado en otras dimensiones de la prestación, siempre con finalidad limitativa. Esta es una cuestión que, en su momento, recibió un trato contrario en los casos en los que la suspensión del contrato (con sus preceptivas prestaciones por desempleo en beneficio del trabajador) era consecuencia de un expediente de regulación de empleo. De forma que el tiempo de prestación durante la suspensión no se consumía respecto de la sucesiva prestación por desempleo derivada de una extinción posterior (ambas, en expediente de regulación de empleo); siempre que la suspensión subsidiada durase, como mínimo, seis meses. Un trato preferencial que se ampliaba también a los casos de prestaciones por desempleo parcial en los casos de reducción de jornada[2]. Una forma, sin duda, de favorecer los expedientes suspensivos y de reducción de la jornada laboral frente a los extintivos y, en general, los procesos de reestructuración empresarial menos agresivos.

Esta regla se recuperó parcialmente, si bien por ahora con carácter transitorio, por el Real Decreto-Ley 2/2009[3], y ha sido confirmada, con alguna modificación, por la Ley 27/2009, también con carácter transitorio[4]. Con dos medidas muy relacionadas. La primera consiste en ofrecer una bonificación

[2] La regla de favor en relación con las suspensiones y reducciones de jornada, adoptadas en el contexto de un expediente de regulación de empleo, se contenía en la primitiva Ley reguladora de la Prestación por Desempleo (art. 8.3) y fue suprimida por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril (luego Ley 22/1992, de 30 de julio). De esta forma, la protección por desempleo eliminó uno de los aspectos más directamente funcionales a las reestructuraciones empresariales, en la medida en que servían para influir en éstas intentando reconducirlas hacia soluciones alternativas a la extinción de los contratos.

[3] Sobre el tema, M.R. VALLECILLO GAMEZ, "Como frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas sociolaborales para el mantenimiento de la ocupación", Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, 30/2009, págs. 67 y ss.

[4] Actualmente, el derecho a la reposición de las prestaciones sólo podrá ejercitarse si la autorización de la suspensión o de la reducción de la jornada (sea administrativa, o judicial en caso de concurso) se ha producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011; mientras que el despido, o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción posterior (imprescindible para hablar de reposición) debe tener lugar entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 (art. 3.1 de la Ley 27/2009, modificado por el RDL 10/2010 y que se ha mantenido por el art. 9 de la Ley 35/2010). Se trata de fechas que han ampliado las inicialmente previstas en el RDLey 2/2009 y en la Ley 27/2009, dado el transcurso de más de un año desde la primera y de seis meses desde la segunda, con la finalidad de favorecer la conexión de este tipo de extinciones con las suspensiones o reducciones previas. En todo caso, es preciso tener en cuenta la Disp. Transit. Quinta, apartado 2, del RDL 10/2010, según la cual los trabajadores que hubieran visto suspendido o reducida la jornada de su contrato conforme al procedimiento exigido, y posteriormente se hubieran extinguido sus contratos después de las fechas establecidas por el RDLey 2/2009 (finales del año 2009), tendrán derecho a reponer sus prestaciones por desempleo si la extinción de sus contratos hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor del RDL 10/2010 (18 de junio de 2010), si bien en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción de los contratos. Un mandato que ha sido reproducido textualmente por la Disp. Transit. Quinta de la Ley 35/2010.

de la cotización empresarial por contingencias comunes a las empresas que opten por la suspensión de los contratos o la reducción temporal de la jornada y siempre que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo o conforme a la aplicación de la legislación concursal y siempre, además, que las empresas se comprometan a mantener el empleo de los trabajadores afectados al menos durante un año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción autorizada (art 1), o, al menos seis meses en algunos casos, según reforma de la Ley 35/2010. Un evidente intento de incentivar, en el marco de situaciones de crisis o de reestructuración, la suspensión o reducción de la jornada de los trabajadores afectados frente a las decisiones puramente extintivas[5].

Junto a esta medida, que se analizará ahora, y en evidente conexión con ella, y a los efectos que aquí interesan, el art. 3 de la Ley 27/2009, al regular la reposición del derecho a la prestación por desempleo, establece que: *"cuando se autorice a una empresa en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo*", y luego, *"se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos o se extinga el contrato al amparo del art. 52,c) ET"* (es decir, la secuencia suspensión o reducción y posterior extinción de los mismos contratos afectados), el trabajador tendrá derecho a que se integren en la nueva y última prestación por desempleo derivada de la extinción, la duración de la prestación que hubiera recibido en la situación de suspensión o reducción de la jornada, aunque con el límite de 180 días[6]. O a sumar los días consumidos al tiempo de la primera prestación por desempleo no agotada por la que se opte; o, finalmente, a reiniciar el disfrute de la prestación si se hubiera agotado durante el tiempo de suspensión o de reducción de la jornada y no haya habido ocasión de generar un nuevo derecho a prestación de desempleo contributiva. A esto es a lo que la norma llama "*reposición del derecho a la prestación por desempleo"*, que no es otra cosa que la consideración como no consumidos, aunque no en su totalidad, de los días de protección en la situación legal de desempleo suspensiva o reductiva anterior, que vendrán a sumarse a los que se generen conforme a la nueva situación de desempleo, si es el caso[7].

[5] No se trata de una bonificación temporalmente ilimitada ya que sólo puede abarcar, como máximo, 240 días por trabajador (es decir, ocho meses) y las solicitudes de suspensión o reducción colectiva deben haberse producido entre el 1 de octubre de 2008 (con un cierto efecto retroactivo, pues) y el 31 de diciembre de 2009; plazo ampliado por la Ley 27/2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y que la Ley 35/2010 ha vuelto a ampliar hasta 31 de diciembre de 2011.

[6] Que se han incrementado por el RDL 10/2010 desde los 120 días previstos por el RDLey 2/2009 y que la Ley 345/2010 ha mantenido en los 180 días.

[7] Vallecillo Gamez, cit., pp. 77-80.

Se trata de una regla compleja que requiere alguna aclaración que permita valorar su alcance. La hipótesis típica sería la de un trabajador que genera un derecho a la prestación por desempleo por suspensión del contrato o reducción de la jornada (en las situaciones limitadas establecidas: autorización laboral o judicial), que consume todo o parte del derecho que hubiera generado (que, conforme a la escala del art. 210.1 LGSS podría llegar a 720 días de prestación) y que, posteriormente, ve extinguido su contrato por despido objetivo, autorización administrativa o resolución judicial. Si la extinción ha tenido lugar sin solución de continuidad (lo que es, obviamente, posible), no podría generarse un nuevo derecho ya que no existirían cotizaciones computables (ya se sabe que las que se abonan durante la suspensión no cuentan a efectos de futuras prestaciones) por lo que se produciría una continuidad en el disfrute de la misma prestación hasta su agotamiento o una nueva ocupación. Sólo que la duración se incrementaría con el tiempo ya consumido (con el límite ahora de 180 días). Una manera, pues, de favorecer a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración a quienes se permite un doble disfrute (con el límite ya dicho de los 180 días) de la misma prestación generada.

Otra hipótesis, también típica (y mucho más de conformidad con las previsiones de la Ley 27/2009) es la de un trabajador que igualmente genera un derecho a la prestación por desempleo por suspensión del contrato o por reducción de la jornada (en las situaciones limitadas establecidas: autorización laboral o judicial), que consume parte del derecho que hubiera generado (que, conforme a la escala del art. 210.1 LGSS, podría llegar a 720 días de prestación), que se reintegra al trabajo tras el fin del periodo de suspensión[8] y que, posteriormente, ve extinguido su contrato por despido objetivo, autorización administrativa o resolución judicial. Puesto que hay retorno a la actividad laboral y luego una nueva situación de desempleo por extinción del contrato, pueden darse a su vez dos situaciones.

Una, que el trabajo se haya mantenido un año o más tras la suspensión. En este caso, el trabajador habría generado un nuevo derecho que podría elegir, o reanudar el anterior interrumpido por el trabajo. Pues bien, según el RDLey 2/2009, sólo si el trabajador optaba por la reanudación tendría derecho al beneficio de la suma o a la recuperación de los 120 días que como máximo permitía dicho RDLey. Pero, y esto es relevante, el art. 3.3 del RDLey 2/2009, exigía que *"la reposición prevista (...) se aplicará al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo"*, insistiendo además en que la base de coti-

[8] Precisamente es lo que pretende la bonificación del art. 1 de la Ley 27/2009, que se verá más adelante, puesto que este beneficio está condicionado al mantenimiento del empleo durante al menos un año (o seis meses) tras la finalización de la suspensión o de la reducción de los trabajadores afectados.

zación y la cuantía a percibir, durante la reposición, serían las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de la reposición.

Frente a esta regla, no se entendía bien por qué la reposición del derecho a la prestación sólo podía operar cuando se reanudaba la prestación anterior y no cuando se optaba por la nueva que pudiera haberse generado. Lo que, por cierto, sería lo habitual si se conectaba este beneficio con el incentivo al mantenimiento del empleo tras la suspensión, fijado en un año como mínimo para que el empresario pudiera conservar el derecho a la bonificación de las cotizaciones; de forma que, de haber trabajado tras la suspensión el mínimo del año exigido a la empresa para mantener la bonificación, el trabajador tendría derecho a una prestación nueva de 120 días (art. 210.1 LGSS) a los que se añadirían, como máximo, los 120 días ya disfrutados durante el desempleo por suspensión o reducción. No era así y quizás se debiera a que el legislador consideraba que, con sólo un año de trabajo, se generaba un tiempo de prestación igual al máximo de la reposición, por lo que considera que lo normal sería que el trabajador eligiera la reanudación del derecho anterior que es, al margen lo que restara, lo que le permitía sumar los días de reposición. Con el coste de la pérdida, a efectos de futuras prestaciones, del tiempo de cotización posterior a la suspensión.

Esta limitación fue suprimida por la Ley 27/2009, la cual ha ampliado (además del número de días de reposición de 120 a 180), en los términos ante descritos, las posibilidades de aplicación de la regla de reposición. De forma que, ahora, el trabajador podrá beneficiarse de la reposición de la prestación en las tres situaciones dichas: reanudación del derecho anterior no consumido plenamente; opción por abrir el disfrute de nuevo derecho generado por el tiempo de trabajo posterior a la suspensión o reducción[9]; o, inicio de la nueva situación de desempleo sin haber generado un nuevo derecho y habiendo agotado el anterior. Por eso sorprende que el apartado 4 del art. 3 de la Ley 27/2009 siga estableciendo (lo que no ha sido tampoco alterado por el RDL 10/2010 ni por la Ley 35/2010), como si nada hubiera cambiado, que "la reposición prevista (…) se aplicará la mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo". Un apartado cuya conservación sólo puede interpretarse como un olvido del legislador de establecer las necesarias correlaciones entre la ampliación de las

[9] Aunque hay que decir que la modificación ampliatoria introducida por la Ley 27/2009 en el art. 3.2 es confusa ya que enumera como situaciones diferentes la "reanudación del derecho a la prestación por desempleo" y la "reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial"; lo que es difícil de entender ya que la reanudación y la reapertura parecen referirse a la misma situación de prestación disfrutada parcialmente, interrumpida por el trabajo y reanudada después. Lo que confunde es el término "reapertura" que, entendido como una errata, debe leerse sencillamente como "apertura". En caso contrario no tendría sentido diferenciar dos situaciones idénticas.

hipótesis de disfrute de la reposición y la prestación de desempleo a la que se suman los actuales 180 días máximos de reposición.

La otra situación, no descartable desde luego, es que el trabajo haya durado menos de un año, en cuyo caso el trabajador no habría generado un nuevo derecho y estaría obligado a reanudar el remanente temporal del derecho anterior, si bien sumando a los días de prestación que restaran los 180 días que como máximo permite el la Ley 27/2009 a partir del RDL 10/2010 y que la Ley 35/2010 no ha alterado. En ambos casos, de nuevo, un doble disfrute del tiempo de tutela pero que, basado en la reanudación del derecho anterior, siempre supondrá la pérdida de las cotizaciones realizadas tras de la suspensión y por el tiempo de trabajo posterior.

Una tercera hipótesis, un tanto excepcional, está prevista en el propio art. 3.3 de la Ley 27/2009 y es cuando, autorizada la primera suspensión del contrato o reducción de la jornada, el trabajador agota el tiempo de la prestación contributiva durante la suspensión o la reducción, para posteriormente, tras un tiempo de trabajo, ver de nuevo suspendido su contrato o reducida su jornada (segunda suspensión o reducción), pero sin haber generado un nuevo derecho (ya que no habrá trabajado el mínimo del año requerido o, haciéndolo, sus cotizaciones no podrán causar un nuevo derecho al desempleo). En este caso, la Ley 27/2009 le otorga el derecho a recuperar (reponer) o disfrutar por segunda vez, aun no pudiendo ni reanudar una prestación que ya está agotada ni generar una nueva por carecer de cotizaciones suficientes, la duración de la prestación contributiva por el mismo número de días que la hubiera percibido en la primera suspensión o reducción, pero ahora con el límite de 90 días. Como se ha dicho, se trata de una previsión un tanto marginal que, además, también está limitada temporalmente de forma muy estricta ya que la primera suspensión o reducción debe haberse autorizado entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, y la segunda suspensión o reducción entre la entrada en vigor del RDLey 2/2009 (8 de marzo de 2009) y el 31 de diciembre de 2010.

2.2.2. En cuanto a la empresa: la bonificación de la cotización empresarial

Como ya se ha indicado, el art. 1 de la Ley 27/2009 se dedica a regular el especial supuesto de bonificación de la cotización empresarial en los casos de regulaciones temporales de empleo. Recordando muy sintéticamente lo que establece dicho artículo puede señalarse que: a) La bonificación de la cotización se aplica a la cotización empresarial que se haya devengado a favor del trabajador durante el tiempo de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, autorizadas en expedientes de regulación de empleo o por resolución judicial en el caso de concurso, si bien con un máximo de 240 días por trabajador; b) La cuantía de la bonificación será del 50 por 100 de la cotización empresarial por contingencias comunes; c) Como requisito necesario para beneficiarse de

la bonificación, el empresario deberá mantener el empleo de los trabajadores afectados durante al menos un año tras la finalización de la suspensión o de la reducción autorizada, debiendo reintegrar las bonificaciones en caso contrario, además de afrontar las sanciones administrativas que procedan por ese comportamiento y pudiendo quedar excluido, durante doce meses, de los beneficios similares asociados al fomento del empleo; d) Se considera incumplimiento si la extinción de los contratos tiene lugar por despido improcedente o por despido colectivo (debe entenderse, aunque la norma no lo diga, también por despido objetivo). Como también se ha señalado, el beneficio de la bonificación apuntada sólo se aplica a las solicitudes de regulación de empleo presentadas entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010 (art. 1.5 Ley 27/2009), siendo compatible con otras ayudas públicas hasta el límite del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes.

En este esquema, el RDL 10/2010 incide sólo marginalmente, al añadir un nuevo apartado al art. 1 de la Ley 27/2009, el 2.bis, que no ha sido afectado por la Ley 35/2010. Lo que hace el nuevo apartado es ampliar la bonificación del 50 al 80 por 100, siempre de la cotización empresarial por contingencias comunes, si la empresa beneficiaria, en la solicitud de expediente de regulación de empleo, incluye medidas cuya finalidad sea reducir el impacto de la regulación temporal de empleo sobre los trabajadores. Medidas que el apartado ejemplifica (sin que pueda entenderse que se trata de una enumeración exhaustiva o excluyente, ya que se habla de "cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa) en "acciones formativas durante el periodo de suspensión de los contratos o de reducción de la jornada" que tengan como finalidad "aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad". Como una manera de favorecer, en fin, la permanencia en la empresa tras la suspensión o la reducción de jornada.

Dos son las innovaciones introducidas por la Ley 35/2010, consistentes, de una parte, en un nuevo párrafo del apartado 2 bis del art. 1 de la Ley 27/2009 y en una nueva redacción para el apartado 5 del mismo artículo. El nuevo párrafo del apartado 2 bis facilita la aplicación de la bonificación empresarial ya que limita el compromiso empresarial de mantenimiento del empleo a seis meses (y no a un año) si se trata de acuerdos (se supone que adoptados en un expediente de regulación de empleo o, en su defecto, autorizados) concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 35/2010, es decir, el 19 de septiembre de 2010, y sin límite máximo más allá del que se haya fijado en general para obtener este beneficio. Sin duda, el diagnóstico de la situación del empleo y la dificultad de mantenimiento del mismo durante un año, ha hecho rebajar las expectativas y las ventajas, en términos de empleo, que se

pueden derivar de la suspensión o reducción unida a la bonificación de cuotas. De forma que seis meses parecen ser el tiempo que es razonable esperar que el empresario mantenga el empleo tras obtener una bonificación de cuotas que, por otra parte, sólo puede abarcar hasta los 240 días.

La segunda de las modificaciones se refiere, precisamente, a los plazos de aplicación de la medida de bonificación de cuotas, en el entendido de que se trata de una medida transitoria y no permanente. Así, el nuevo apartado 5 del art. 1 Ley 29/2009 establece que dicho beneficio se aplicará a las solicitudes de regulación de empleo presentadas entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ampliando en un año el plazo disponible. Si bien marca un tiempo de referencia diferente (que las solicitudes se hayan presentado entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2011) para que puedan beneficiarse de lo establecido en, según cita textual, "el último párrafo del apartado 2 de este artículo". Puesto que ese párrafo hace referencia a la exclusión de las bonificaciones de empresas que hayan incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo durante un año, se trata de una remisión seguramente errónea. Siendo más razonable entender que se refiere al último párrafo del apartado 2 bis del mismo artículo que, como se ha visto, fija el compromiso de mantenimiento del contrato en sólo seis meses que se aplicará sólo a las solicitudes presentadas desde 1 de enero de 2010 hasta 31 de diciembre de 2011, pero cuyo acuerdo haya recaído tras el 19 de septiembre de 2010. En todo caso y como puede apreciarse, una regulación un tanto caótica de los diversos y acumulados periodos transitorios o de los plazos de referencia para aplicar los beneficios establecidos en la ley; lo que se complica, además, al tratarse de tres normas diferentes que aportan cada una sus propios plazos. Una regulación más sistemática y unitaria hubiera sido aconsejable para facilitar la comprensión y el manejo de esta normativa.

Por último, la Disp. Transit. Quinta, primer apartado, del RDL 10/2010 favorece la aplicación del incremento de la bonificación también a empresas que hayan instado expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos y en vigor antes del 18 de junio de 2010 (fecha, como se sabe, de comienzo de la vigencia del RDL 10/2010), siempre que reúnan las condiciones que se han indicado antes y con efecto sólo en relación con cotizaciones posteriores a dicha fecha. Se trata de una fórmula, dotada de una cierta retroactividad, ya que permite (es verdad que sólo a partir del RDL 10/2010) que las empresas cuyos trabajadores ya se encuentran en suspensión o en reducción de la jornada puedan incorporarse a la nueva regla más ventajosa en cualquier momento mientras dure la suspensión o reducción de jornada, adoptando las medidas que permiten el incremento. De forma que no es necesario que ya lo hayan hecho o lo estén aplicando, beneficiándose de la bonificación del 80 por 100 sólo, lógicamente, a partir de la fecha en que lo hagan. Aunque la Disp.

Transit. Quinta nada dice, se supone que la existencia de tales medidas debe ser reconocida por la autoridad laboral que es la facultada para apreciar su existencia en el procedimiento normal iniciado tras el RDL 10/2010. En este punto, la Ley 35/2010, igualmente en su Disp. Transit. Quinta, primer apartado, se ha limitado a sustituir la referencia a la fecha de entrada en vigor de la norma (el RDL 10/2010) por la cita de la fecha misma, esto es, el 18 de junio de 2010.

3. LA BONIFICACIÓN DE LAS COTIZACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO INCENTIVO A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA, POR LA CONVERSION DE LOS CONTRATOS Y PARA LOS CONTRATOS PARA LA FORMACION[10]

Puesto que otro trabajo del presente número monográfico se ocupa extensamente de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social contenidas en la Ley 35/2010, me limitaré en este apartado a dar razón de las mismas y a establecer sus rasgos generales. Pese a la escasa confianza en la eficacia de las bonificaciones en cuanto al objetivo de la creación de empleo, al menos de las que de forma generalizada estaban reguladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, la Ley 35/2010 insiste en este tipo de incentivo, si bien concentrando más selectivamente los beneficios en los contratos indefinidos celebrados con un determinado tipo de trabajadores, conforme a la idea central de que las bonificaciones de cuotas, más que contribuir a crear empleo, desplazan la contratación hacia los colectivos más favorecidos por estas medidas; esto es, un efecto de selección más que de incentivación general al empleo[11]. Esta es, precisamente, la orientación elegida por la Ley 35/2010. Que, pese a todo, existe una cierta reticencia en cuanto a la utilidad real del sistema de incentivos, se manifiesta en la Disp. Adic. Novena de la Ley 35/2010, que ordena al Gobierno presentar ante el Congreso de los Diputados un informe anual que contenga la evaluación y el seguimiento económico de las bonificaciones practicadas.

Con carácter general, las bonificaciones de cuotas se encuentran reguladas en el art. 10 de la Ley 35/2010, si bien hay que anticipar que lo establecido en

[10] Sobre esta materia, PEREZ DEL PRADO, D. Los incentivos económicos de fomento del empleo en la reforma laboral de 2010, en el volumen colectivo *La reforma Laboral 2010,* Lex Nova, 2010, pp. 227 ss.

[11] Esta es una de las principales conclusiones del estudio dirigido por TOHARIA CORTES, L. El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Seguridad Social. Madrid, 2008; que, a su vez, ha servido de base para las Conclusiones de la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados, de fecha 25 de marzo de 2010, sobre los resultados del sistema de bonificación a la contratación establecido en la Ley 43/2006,.

este artículo no significa una sustitución completa del sistema de bonificaciones regulado por la Ley 43/2006, para la mejora y el crecimiento del empleo, donde se incluye el denominado como Programa de Fomento del Empleo. En efecto, la Ley mantiene en vigor gran parte del Programa de la Ley 43/2006, derogando sólo alguno de sus artículos o apartados de ellos, como así se evidencia en la Disp. Derog. Única. De forma que la Ley 35/2010 (y, antes, en el mismo sentido el RDL 10/2010) lo que ha hecho es derogar anticipadamente el incentivo muy particular de la contratación indefinida de desempleados con responsabilidades familiares, que tenía señalaba una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010, respetar las bonificaciones orientadas al mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades (en relación con los trabajadores mayores de 60 años y con las trabajadoras que se reincorporan al puesto de trabajo tras la suspensión del contrato por maternidad o tras la excedencia por cuidado de hijos) y alterar, eso sí, el cuadro general de bonificaciones focalizando las mismas en algunos colectivos concretos, justamente aquellos en los que se concentra el más alto nivel de desempleo y las mayores dificultades de colocación: jóvenes y trabajadores de edad madura con especiales problemas de empleabilidad, con un incremento de la cuantía de la bonificación (alrededor del 20 por 100) si se trata de mujeres. Todo ello respetando una serie de bonificaciones que se refieren a los discapacitados, las víctimas de la violencia de género y doméstica, y a los trabajadores en situación de exclusión social, contenidas en los apartados 2.4 y 5 del art. 2 de la Ley 43/2006, que siguen en vigor. Cuestión diferente son los incentivos orientados a bonificar la conversión en indefinidos de determinados contratos, naturalmente temporales debido a su función (formativos, de relevo y de sustitución por anticipo de la edad de jubilación) y los que se prevén para incentivar la suscripción de contratos formativos (arts. 10.3 y 11 de la Ley 35/2010).

3.1. Las bonificaciones de carácter general

Se encuentran reguladas por los apartados 1 y 2 del art. 10 de la Ley 35/2010. Como se ha dicho, la Ley concentra las bonificaciones de cuotas en dos colectivos: jóvenes y trabajadores de edad madura. En cuanto a los primeros, el incentivo a la contratación no es general, sino que se limita a los jóvenes (considerando tales a los que se sitúan entre los 16 y 30 años, una edad esta última que, aunque pueda considerarse elevada, se ha convertido prácticamente en un referente habitual de todas las acciones de favorecimiento del empleo del colectivo de jóvenes) que, además, tengan especiales problemas de empleabilidad. La propia Ley define (art. 10.1, segundo párrafo) qué se consideran "especiales problemas de empleabilidad", basándolos en dos circunstancias que deben concurrir de forma acumulada: una de facto, se trata de jóvenes

que están inscritos infructuosamente en la oficina de empleo al menos durante doce meses de los dieciocho anteriores a la contratación; y otra de calidad, son jóvenes que no han completado la escolaridad obligatoria o que carecen de titulación profesional (rasgos de especial vulnerabilidad sin duda en relación con las oportunidades de empleo en el mercado de trabajo). Respecto de los trabajadores de edad madura (art. 10.2), se trata de trabajadores mayores de 45 años (una edad de referencia también habitual para fijar la frontera entre los trabajadores ordinarios y los de edad madura), y que deben haber atravesado, antes de la contratación, una larga situación de búsqueda de empleo (deben, también, estar inscritos en la oficina de empleo al menos doce meses de los dieciocho anteriores a la contratación). En ambos casos, como se ha dicho antes, si se trata de mujeres jóvenes o de edad madura, las bonificaciones previstas se incrementan en torno al 20 por 100.

Hay que subrayar que, a este efecto, la Ley 35/2010 deja también en vigor el mecanismo general de incentivo consistente no tanto en la bonificación de un porcentaje de la cuota (lo que sería ciertamente un bonificación directa por reducción de la cuantía) sino en el abono de una cantidad fija por día, mes o año y con un máximo de tres años. De manera que el incentivo económico, al ser estandarizado, no guarda relación alguna con la cuantía de la retribución, lo que, pudiendo ser menos relevante en cuanto a los trabajadores jóvenes (por la menor apertura del abanico salarial) sí lo es en el caso de los trabajadores de edad madura ya que, en estas edades y en razón de la formación y la trayectoria profesional, las diferencias salariales pueden ser muy amplias. De forma que se incentivan particularmente los trabajadores con salarios más bajos ya que, en relación con ellos, será más importante la cuantía de la bonificación. Por otra parte, la duración de la bonificación se concentra en el tiempo ya que se reduce en relación al Plan de Fomento del Empleo de cuatro a tres años.

El aspecto que más merece ser destacado del art. 10 de la Ley 35/2010, aunque no es en realidad novedoso ya que ha estado en vigor con anterioridad, es la exigencia de que las nuevas contrataciones supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa (apdo. 5), sin duda para evitar el efecto sustitución que hace que, para beneficiarse de los incentivos a la contratación, las empresas procedan a sustituir empleo fijo no subvencionado por otro que sí lo está, con un impacto nulo en el nivel de empleo, con un coste social sin ninguna consecuencia eficaz y con una desviación del beneficio del objetivo central de creación de empleo. Por este motivo el art. 10.5 de la Ley 35/2010 exige que las nuevas contrataciones incrementen el nivel de empleo fijo de la empresa, incluyendo una fórmula de cálculo a estos efectos consistente en recurrir a un promedio de los contratos fijos en el periodo de noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación, excluyéndose (lo que reduce el promedio y lo hace más fácilmente cumplible) las extinciones por despido

disciplinario procedente o las extinciones del contrato derivadas de la decisión del trabajador o de circunstancias asociadas a él (muerte, jubilación, incapacidad permanente) e independientes de la decisión del empresario.

Por otra parte, y en la misma línea de lo establecido con anterioridad, el apdo. 6 del art. 10 de la Ley 35/2010 obliga a las empresas que se benefician de las bonificaciones de cuotas a conservar en vigor, durante todo el tiempo de la bonificación (es decir, tres años), no tanto el contrato bonificado en sí mismo sino el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación bonificada. El apartado incluye, como es habitual, indicaciones acerca de cuándo se considera incumplida dicha obligación: lógicamente, y en coherencia con lo anterior, cuando la extinción del contrato obedece a cualquier causa menos al despido disciplinario procedente o a causas vinculadas a la decisión y a las condiciones del trabajador. El incumplimiento de la obligación citada no supone la pérdida automática de la bonificación y la devolución de las ya percibidas, sino que puede repararse mediante la cobertura de las vacantes en un plazo inmediato con la contratación indefinida de nuevos trabajadores o con la conversión de contratos temporales en indefinidos, si de lo que se trata de es la disminución del empleo neto en la empresa pero no de la extinción de los contratos bonificados. La finalidad primera de la norma no es tanto, que también, la conservación del contrato bonificado sino el nivel de empleo fijo en la empresa donde ese contrato se desarrolla, por lo que no cumplido este objetivo y aunque el contrato bonificado persista, se perderá el derecho a las bonificaciones. Si, por el contrario, es precisamente alguno de los contratos bonificados el que se extingue por alguna de las causas que se rechazan, su cobertura concreta parece ser imprescindible y sólo dará derecho a percibir el resto del tiempo de bonificación, siempre que se cubra con un trabajador perteneciente a alguno de los colectivos bonificados. En el caso de que dicha vacante no se cubra, al margen hay que entender del nivel de empleo fijo de la plantilla, procederá el cese de la bonificación y la devolución de las ya percibidas. En conclusión, aunque de forma ciertamente no muy clara, parece que la intención de la Ley 35/2010 es conseguir, a través de las bonificaciones, no sólo la conservación de esos concretos contratos, sino también la del nivel de empleo fijo alcanzado en la empresa mediante ellos; lo que evita el efecto sustitución a que se hacía referencia antes.

3.2. Las bonificaciones relacionadas con la conversión de los contratos en indefinidos y para el contrato para la formación

Se trata de bonificaciones que no atienden a la condición subjetiva de los trabajadores contratados sino a la modalidad contractual, en concreto, contratos formativos, de relevo o de sustitución de trabajadores por anticipación

de la edad de jubilación. En virtud de lo establecido en el art. 10.3 de la Ley 35/2010, la transformación de estos contratos en indefinidos, cualquiera que sea la fecha de su celebración (que es como decir que, cualquiera que sea su vigencia, que puede ser mínima) podrán beneficiarse de una bonificación (de tipo igual a las otras, es decir, por cuantía fija aunque muy inferior a las anteriormente descritas) durante tres años como máximo. Bonificación que también se incrementa si la contratación afecta a mujeres. Por otra parte, el disfrute y mantenimiento de esas bonificaciones se sujeta a las mismas reglas que se han comentado en el apartado anterior, fijándose la medida (lo que no sucedía antes) con carácter temporal: sólo hasta el 31 de diciembre de 2011, lo que, sin embargo, no supone que no pueda prorrogarse llegada esta fecha, como sucede frecuentemente con este tipo de incentivos.

La otra bonificación, mucho más significativa, es la que se refiere a la específica modalidad de contrato formativo como es el contrato para la formación. Se prevé en el art. 11 de la Ley 35/2010. Se trata de una medida temporal, como cada vez más parece que es la naturaleza de todos estos incentivos, tan condicionados por la situación económica, el nivel de empleo, las tasas de desempleo según colectivos y la composición y estructura del mercado de trabajo, ya que sólo pueden beneficiarse los contratos para la formación que se celebren (o prorroguen, si celebrados antes) entre la vigencia de la Ley (19 de septiembre de 2010) y el 31 de diciembre de 2011. En segundo lugar, el beneficio de la bonificación es total: el 100 por 100 de todas las cotizaciones, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y tanto la de la empresa como la del trabajador, aunque no es un beneficio tan notable si se tiene en cuenta que la cotización de los contratos para la formación es especial, ya particularmente reducida, como una forma de incentivar el recurso a este tipo de contratos que se consideran la vía de entrada en el mercado de trabajo de los trabajadores jóvenes sin formación; una suerte de contrato de inserción[12]. En tercer lugar, para tener derecho a los incentivos el contrato para la formación deberá suponer el incremento de la plantilla de la empresa en los mismos términos que para las bonificaciones anteriores.

[12] En concreto, y para el año 2010, el art. 42 de la Orden TIN/25/2010, de doce de enero, de desarrollo de la Ley de Presupuestos Generales del estado para el año 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre), establece que la cotización en los contratos formativos será una cuantía fija de 35,92 euros/mes (de los que 29,95 corresponden a la empresa y 5,97 al trabajador), a los que hay que añadir 4,12 euros/mes, a cargo de la empresa, por contingencias profesionales, 2,28 euros/mes, también a cargo de la empresa para el Fondo de Garantía Salarial, y 1,25 euros/mes, en concepto de formación profesional (repartidos entre empresa y trabajador en 1,10 y 0,15 euros/mes, respectivamente). Como puede apreciarse, unas cantidades extraordinariamente reducidas, con una suma total inferior a la cuantía de las bonificaciones previstas tanto en la Ley 43/2006 como en la Ley 35/2010.

4. LA COBERTURA SOCIAL DE LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN

La Ley 35/2010 también destina parte de su articulado a la reforma, si bien que de escasa entidad, de los contratos formativos con la finalidad de hacer más interesante el recurso a los mismos; para lo cual, por ejemplo y por subrayar lo más relevante, modifica lo relativo al título profesional que habilita para contratar en prácticas o flexibiliza sus reglas de duración. Algo semejante, aunque desde luego no de un impacto que merezca ser destacado por significativo, sucede con el contrato de trabajo para la formación. Así, se han cambiado las reglas respecto de la edad máxima con la que se puede contratar para la formación, de manera que, en una línea que ya venía produciéndose, la edad estándar de veintiún años cada vez lo es menos ya que existen excepciones (por ejemplo, la que ya estaban en vigor antes de la Ley 35/2010 en relación con las personas con discapacidad, con respecto de las cuales no hay edad límite para concertar un contrato para la formación) que la reforma amplía: alumnos-trabajadores de escuelas taller, casas de oficios o talleres de empleo, donde la edad máxima la establecerán los propios programas[13]; por su parte, los desempleados que cursen ciclos formativos de formación profesional de grado medio pueden ser contratados para la formación hasta la edad de veinticuatro años. También se han producido cambios en cuanto a la formación teórica a recibir por los trabajadores contratados para la formación, promocionando la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, si el trabajador carece de este título; dando entrada a las Administraciones Públicas en la formación teórica en los supuestos de programas públicos de empleo-formación; o, en fin, estableciendo mecanismos de acreditación de la formación en los términos de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional.

Mínimas son las innovaciones en materia de Seguridad Social, tanto que una de ellas es en realidad una cuestión referida a la duración del contrato; se trata de la regla, introducida en el art. 11.2,c) del ET (y también en el art. 11.1, b), respecto del contrato de trabajo en prácticas), según la cual las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad (es decir, todas las contingencias de duración temporal limitada) interrumpirán el cómputo de la duración del contrato. Se trata de una regla lógica que tiene como finalidad hacer que los contratos formativos cumplan su función real y no agoten su limitado tiempo en situaciones de baja laboral que pueden producirse a lo largo de su

[13] En relación con la edad, hay que recordar que la Disp. Transit. Séptima de la Ley 35/2010 establece que hasta el 31 de diciembre de 2011, aun podrán celebrarse contratos para la formación con trabajadores menores de veinticinco años.

vigencia. Si la limitación de la duración de estos contratos busca establecer un tiempo razonable para que tenga lugar con eficacia el proceso formativo (sólo práctico, en el contrato en prácticas; teórico y práctico, en el contrato para la formación), no es razonable que ese tiempo resulte disminuido, a veces de forma drástica, por la incidencia de una contingencia que no puede preverse (la incapacidad o el riesgo durante el embarazo y la lactancia) o que, si prevista, merece la tutela del ordenamiento (maternidad, paternidad, adopción o acogimiento). La modificación comentada tanto favorecer al trabajador, que dispondrá de todo el tiempo útil del contrato para completar su formación, como al empresario, que igualmente podrá utilizar con plenitud al trabajador contratado por toda la duración efectiva del contrato.

La segunda de las novedades está relacionada con la cobertura de Seguridad Social que se dispensa a los trabajadores contratados para la formación y consiste en que, al igual de lo que ya sucedía con los trabajadores contratados en prácticas, los trabajadores en formación tendrán derecho a ser tutelados frente a todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones de la Seguridad Social, incluido el desempleo. En la dicción legal anterior a la reforma se establecía un listado de prestaciones de las que estaban excluidas tres de reciente incorporación a la LGSS, como son el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia y la paternidad, la mal llamada prestación contributiva en el caso de las prestaciones familiares (esto es, el cómputo como cotizado del tiempo de excedencia dedicado al cuidado de hijos) y, finalmente, el desempleo. En realidad ésta es la protección de la que carecían los trabajadores contratados para la formación ya que, por diversas razones (entre las que no es la menos importante la falta de justificación del trato desigual en las contingencias establecidas respecto del riesgo y la paternidad así como las propias previsiones normativas respecto de estas prestaciones que no excluyen a los contratados para la formación con sujetos protegidos) las demás, sin tener en consideración la peculiar familiar contributiva, se obtenían sin dificultad. Así lo establecía la Disp. Adic. Sexta de la LGSS que se refería a todas ellas menos al desempleo. En síntesis, pues, la Ley 35/2010 lo que hace es extender la protección por desempleo a los trabajadores contratados para la formación; lo que ha provocado también la reforma de la citada Disp. Adic. Sexta de la LGSS, acogiendo textualmente la ampliación descrita.

Como consecuencia de la ampliación, la Ley 35/2010, introduce una nueva Disp. Adic. en la LGSS, en concreto, la Cuadragésimo novena, destinada a establecer la cotización por desempleo en el contrato de formación así como a fijar las reglas para determinar la cuantía de la prestación; ambas cosas necesarias ya que la cotización del contrato de trabajo para la formación es, como se ha visto, una cuantía fija mensual y, al no haber protección frente al desempleo, no se suscitaban problemas en torno a la cuantía de la prestación. En

cuanto a lo primero, la Disp. Adic. establece que la cotización por desempleo será el resultado de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, el mismo tipo de cotización y la misma distribución de la cuota que en el caso del contrato en prácticas. Conforme a los arts. 2 y 31 de la Orden TIN/25/2010, esa base mínima es de 738,90 euros/mes, aplicándose un porcentaje del 7.08 por 100, del que el 5,50 por 100 corresponde a la empresa y el 1,55 por 100 al trabajador. Basta un simple cálculo y una comparación con la cotización fija especial para el resto de las contingencias respecto del contrato de trabajo en prácticas, para apreciar que la cobertura del desempleo supone un coste de algo más de 52 euros en total, más que la suma de todas las demás cotizaciones. Sin duda que la certeza del desempleo al agotarse la duración del contrato y las dificultades de recolocación que estos jóvenes pueden encontrar han hecho que la cotización por desempleo, aun sobre la base mínima, no sea casi simbólica como las otras.

En cuanto a la forma de cálculo de la cuantía de la prestación, la nueva Disp. Adic. Cuadragésimo novena de la LGSS se remite al art. 211 de la misma, es decir, recurriendo al promedio de las bases de cotización por desempleo de los últimos 180 días y aplicando a esta base reguladora los porcentajes del 70, y tras ciento ochenta días de prestación, del 60 por 100. Como quiera que para la cotización por desempleo se recurre a una base mínima fija de 738,90 euros/mes, esta será la base reguladora y sobre ella se aplicarán los porcentajes. Se trata, obviamente, de cuantías muy reducidas que pueden no tener relación con los ingresos reales del contratado para la formación ya que lo establecido acerca del salario mínimo que este tipo de trabajadores debe percibir no impide mejoras, por ejemplo, mediante convenio colectivo. Desde este punto de vista puede decirse que la equiparación de la tutela social de los trabajadores en formación es, cuando menos, relativa.

5. OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 35/2010. EN PARTICULAR EL DESEMPLEO Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL

El resto de las innovaciones contenidas en la Ley 35/2010 que pueden imputarse a la materia de Seguridad Social constituye un conjunto heterogéneo. Así, de una parte, se modifican algunos artículos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en relación con el compromiso de actividad y la financiación de la formación, y se adapta el art. 231 LGSS en función de las obligaciones de los trabajadores en situación de desempleo; todo ello, como otros muchos artículos de la Ley 35/2010, teniendo en cuenta el nuevo espacio de actuación que se ha abierto a las agencias de colocación. Un segundo bloque se acoge bajo la referencia genérica de la mejora de la gestión de la incapacidad

temporal, una tradicional preocupación en relación con el control de la realidad y de la duración de la situación de incapacidad transitoria para el trabajo, lo que, además de ser un instrumento de control del gasto, también está directamente relacionado con la problemática materia del absentismo laboral. Al margen de estos dos bloques, sólo puede destacarse en materia de Seguridad Social la reforma del art. 8.2 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Se trata de una reforma mínima pero de cierta trascendencia, ya que amplia de doce a dieciocho los meses que deben transcurrir para que el trabajador autónomo pueda volver a solicitar una nueva prestación por cese de actividad. Un tercio más de duración, reformando un sistema recién implantado no pone de manifiesto sino que el cálculo inicial ha sido errado, sobre todo si se tiene en cuenta el coste del sistema y la relativa dificultad de control de esas situaciones de cese de actividad. En todo caso, todas las anteriores son materias de una relevancia desigual y que, en gran parte, se han incorporado al texto de la Ley 35/2010 sólo por razones de oportunidad legislativa.

En cuanto a las novedades relacionadas con el tema del empleo y de la protección por desempleo, el art. 14. Seis, de la Ley 35/2010 da una nueva redacción al art. 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Se trata de un precepto cuya finalidad es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir los trabajadores para beneficiarse de las prestaciones de desempleo, beneficio condicionado a la plena disposición del desempleado al retorno al mercado de trabajo. Esta disponibilidad se plasma en el denominado como compromiso de actividad que obliga al trabajador a participar en acciones de formación o recualificación y, por supuesto, a estar plenamente disponible para aceptar una oferta de colocación adecuada. Pues bien, la reforma ha tratado de subrayar ese compromiso de actividad, reforzando las obligaciones de los trabajadores establecidas en el art. 231 LGSS, que también se reforma en esta línea, y dando contenido a dicho compromiso a través de un documento en el que se plasmen esas obligaciones del trabajador. Si estas declaraciones normativas bastarán o si será preciso apoyar prioritariamente, como se ha afirmado repetidamente, la estructura administrativa y de gestión que la puesta en práctica de las políticas activas requiere, es una cuestión que permanece abierta. Adicionalmente, la Ley 35/2010 introduce una nueva Disp. Adic., la sexta, a la Ley 56/2003, cuya finalidad es establecer mecanismos de seguimiento y control de las actividades de formación financiadas con cargo a bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social que se aplican a las empresas, beneficiándose los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas del valor de las bonificaciones no aplicadas por causa de infracción, cantidades que deberán destinarse a las políticas activas de empleo.

Por lo que se refiere a la mejora de la gestión de la incapacidad temporal, que se contiene en la Disp. Adic. decimonovena de la Ley 35/2010 que

reforma los arts. 73, 131 bis, y añade dos nuevas disposiciones adicionales, la Quincuagésima Primera y Segunda, todo ello de la LGSS, se trata de una reforma de más calado de lo que pudiera parecer. Fundamentalmente porque interviene en dos planos: de una parte, en cuanto a la posibilidad de reducción de las cotizaciones en razón de la mayor eficacia en el control de la incapacidad temporal; de otra parte, alterando sensiblemente, en beneficio de las entidades gestoras de la Seguridad Social (no de las Mutuas), la capacidad de intervención (básicamente, pudiendo emitir altas) en los procesos de incapacidad temporal en cualquier momento de su duración. Adicionalmente, la Ley 35/2010, fija un criterio de reparto del coste de las pruebas de control (de *"prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral",* habla la nueva Disp. Adic. Quincuagésima primera de la LGSS) así como de los tratamientos y procesos de recuperación funcional.

La primera manifestación de la reforma en este ámbito tiene una orientación similar a las iniciativas adoptadas en el ámbito de la prevención de riesgos, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales y del coste del aseguramiento frente a estos riesgos, introducidas por la Ley de Presupuestos Generales para el año 2010. A tenor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010 (y, más concretamente, del RD 404/2010, de 31 de marzo, en relación con los arts. 73 y 108 LGSS) las empresas que prueben que han desarrollado una particular y eficaz actividad en el ámbito de la prevención de riesgos (lo que se manifestará en el índice de accidentes) podrán beneficiarse de una reducción de la tarifa de primas y, por tanto, de la cuantía de las cotizaciones. Pues bien, siguiendo esta línea de reducción selectiva de las cotizaciones de las empresas como contrapartida a una actuación cuidadosa de las mismas que repercuta en un ahorro de costes del Sistema, la Ley 35/2010 pretende premiar el esfuerzo de control de la incapacidad temporal por parte de las Mutuas, aceptando que parte (no se precisa cuánto, lo que está remitido a un desarrollo reglamentario) de los excedentes de económicos de su gestión se destine *"al establecimiento de (un) sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas"*. Tan vinculado está este premio al objetivo de la disminución de los costes que el nuevo apdo. 4 del art. 73 LGSS que la Ley 35/2010 crea, determina que las reducciones de cotización serán proporcionales a los ahorros de costes. Algunas matizaciones hay que hacer, no obstante, a lo innovado por la Ley 35/2010.

En primer lugar, se trata de una reducción de cotizaciones que sólo puede beneficiar a las empresas asociadas a una Mutua y que, a través de ella, aseguran los riesgos profesionales y la incapacidad temporal por enfermedad común; lo que significa que este beneficio no alcanzará, en principio, a las empresas (pocas, es cierto) que han optado por asegurar el conjunto de la protección social con el INSS. No se entiende bien por qué razón este incentivo para

un mejor y más eficaz control de las situaciones de incapacidad temporal ha de reservarse a las empresas asociadas a una Mutua, si no es que se pretenda, indirectamente, fomentar este tipo de opción. Fomento que, de articularse así, podría plantear problemas de un trato desigual injustificado. Quizás la norma ha partido del hecho de que el INSS ya tiene los instrumentos de control de esas situaciones, sobre todo a partir de la reforma hecha por la propia Ley 35/2010, que se analizará más adelante, como para poder llevar a cabo dicho control sin necesidad de incentivar a las empresas. Un control que las Mutuas también tienen, al menos en parte, durante el primer año de la situación de incapacidad temporal, en relación con las contingencias profesionales. En cualquier caso, es dudosa la corrección de esta opción legal.

En segundo lugar, la reducción es sólo de las cotizaciones por contingencias comunes; lo que no es demasiado coherente toda vez que el ahorro de costes puede afectar también a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Si bien aquí la norma ya atribuye, lo que no hace con la incapacidad temporal por contingencias comunes, una capacidad de intervención de las Mutuas, pudiendo emitir incluso altas médicas. Posiblemente lo que se espera de esta norma es la existencia de un mayor control por las Mutuas de los procesos de incapacidad temporal, incluso respecto de incapacidades de las que carecen de las incisivas competencias que sí tienen en cuanto a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Aunque también podría interpretarse, lo que no está nada claro según el texto del nuevo apdo. 4 del art. 73 LGSS, que lo que se pretende exclusivamente es el control de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en el entendimiento que las Mutuas ya tienen los instrumentos para controlar las incapacidades temporales derivadas de contingencias profesionales. En todo caso, esta versión más limitativa sólo puede deducirse de los requisitos que se exigen para beneficiarse de la reducción de las cotizaciones que mencionan expresamente sólo la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

En tercer lugar, para que exista la reducción de las cotizaciones, deben haberse producido alternativamente dos circunstancias. O bien se han reducido sin más los costes de la incapacidad (al margen, parece, de su origen y naturaleza; o, si se acepta la versión limitativa, sólo de la incapacidad temporal por contingencias comunes) por debajo de los límites que se establezcan reglamentariamente; o bien que esa reducción sea consecuencia de la aplicación de planes pactados en las empresas con los representantes de los trabajadores, planes que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado. Esto es, que, en realidad, lo que se premia es la reducción de los costes de la incapacidad, con independencia de a través de qué procedimiento se haya logrado, incluidos los planes pactados a que se

hacía mención antes; lo que hace que la existencia de este tipo de pactos sea irrelevante. Salvo que el desarrollo reglamentario diferencie, a afectos de la reducción de cotizaciones, entre la reducción sin más de los costes o la reducción a través de los planes pactados, exigiendo, por ejemplo, una menor disminución para atribuir el derecho a ver reducidas las cotizaciones o fijando de forma diferenciada el efecto sobre las cotizaciones según si la disminución de costes se ha logrado por una u otra vía.

En cuanto al control de las situaciones de incapacidad temporal, es muy importante la nueva Disp. Adic. Quincuagésima segunda de la LGSS, que es coherente con la derogación del tercer párrafo del apdo. 1 del art. 131 bis LGSS. Si hasta el momento el control de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes (y por contingencias profesionales si gestionadas por el INSS, no así si gestionadas por una Mutua, que sí tiene la competencia de decidir las altas y bajas en este primer periodo) venía siempre encomendada a los Servicios Públicos de Salud. En este periodo inicial (los primeros trescientos sesenta y cinco días) sólo existían algunas posibilidades marginales de intervención del INSS (o del Instituto Social de la Marina, ISM) en relación con la emisión de altas; esto es, las llamadas propuestas o intenciones de alta. Ahora, tras la nueva Disposición Adicional, el INSS y el ISM, a través de sus propios facultativos (en el caso, los inspectores médicos adscritos a las entidades gestoras) podrán *"emitir un alta a todos los efectos"*.

Esta frase tiene dos significados muy trascendentales. Por una parte, los facultativos del INSS o del ISM podrán actuar en los primeros trescientos sesenta y cinco días de la incapacidad temporal (por contingencias comunes; o por contingencias profesionales, si están gestionadas por el INSS) con las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órganos equivalente de los respectivos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. La frontera de la duración inicial o estándar de la incapacidad temporal se ha traspasado, pues, y todo augura que la conflictividad existente entre los servicios públicos de salud y las entidades gestoras en cuanto a la posibilidad de emitir altas en este primer periodo se ha saldado, no mediante la expropiación de la competencia a los servicios públicos de salud, sino atribuyéndosela también, de forma concurrencial, a los facultativos de las entidades gestoras. Que se trata de una competencia equivalente se manifiesta en que ese alta emitida por los médicos de las entidades gestoras no tendrá efectos sólo económicos, como decía el derogado párrafo tercero del art. 131 bis. 1 LGSS, sino también sanitarios.

Este es el segundo de los significados de la frase antes citada ya que, cuando declara que el alta será a todos los efectos, lo que está haciendo es negar la dicción legal anterior que se refería a un alta sólo a efectos económicos, y condena a esa dualidad de efectos a la inaplicación; dualidad que, para salvar

la competencia médica de los servicios médicos públicos pero, a la vez, para excluir la responsabilidad económica del INSS, había introducido la referencia legal de un alta sólo a efectos económicos. A partir de ahora, el alta de la entidad gestora tiene también efectos sanitarios y, lo que es más importante, atribuye el control, ahora único, del proceso en el futuro al INSS o al ISM. Esto es lo que pretende el resto de la Disp. Adic., Quincuagésimo segunda, al establecer que, cuando el alta haya sido expedida por el INSS o el ISM, los únicos competentes para expedir una nueva baja (en un periodo inferior a ciento ochenta días por la misma o similar patología; lo que es el concepto de recaída tanto en un sentido sanitario como prestacional) serán los médicos de las propias entidades gestoras. En consecuencia, el efecto es sin duda de desplazamiento de la competencia, sin negarla, de los servicios públicos de salud a los servicios médicos de las entidades gestoras ya que, no existiendo ya ningún periodo a salvo de la intervención plenamente competente del INSS o del ISM, y acaparando en exclusiva la competencia a partir de la primera alta y para sucesivas bajas por la misma causa en el plazo de ciento ochenta días, lo que sucede es que el espacio de intervención de los servicios públicos de salud (sin negarles la competencia) está en la práctica restringido o, cuando menos, queda a la decisión de las entidades gestoras hacerlo o no. A sabiendas de que, declarada el alta, el control de las recaídas les pertenece, como sucedía ya, a partir de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, tras el agotamiento de la duración inicial de los trescientos sesenta y cinco días.

Sin duda que esta ampliación de la competencia del INSS, asumiendo cada vez más las función de control de la incapacidad temporal en detrimento de los servicios públicos de salud, puede que sea eficaz en relación con el control de las situaciones y la reducción de costes, al atribuirse la capacidad de generar el gasto a quien ha de abonarlo, o dicho de otra manera, permitiendo que quien debe abonar o asumir el coste de las prestaciones tenga capacidad de control de las decisiones médicas que lleva a ello. Pero, al margen de la expropiación práctica de la competencia de los servicios públicos de salud, supone la necesidad de implantar en el seno de las entidades gestoras estructuras médicas de control y diagnóstico, paralelas a las del servicio público, con lo que ello supone de mayor aparato, problemas de gestión y de gasto. En todo caso, la misma Disp. Adic. Quincuagésima segunda, señala que las nuevas funciones de los servicios médicos de las entidades gestoras que se acaban de describir entrarán en vigor a partir del momento en que la Secretaría de Estado para la Seguridad Social así lo establezca.

Por último, la nueva Disp. Adic. Quincuagésima primera LGSS desplaza hacia las Mutuas el coste de la realización de pruebas, tratamiento y procesos de recuperación funcional aplicados a los trabajadores (esto es los gastos de control y de retorno a la actividad, si ésta es posible) si se trata de prue-

bas dirigidas a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja por contingencias comunes, controles hechos en base a los arts. 12 y 83 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, de colaboración de las Mutuas. Todo, sin perjuicio del posible resarcimiento del coste por parte de los servicios de salud o por las entidades gestoras, si es que se trata de servicios prestados a esas otras entidades respecto de trabajadores no asociados a la Mutua que los realiza. Hay que recordar que, cuando se trata de trabajadores asociados a las Mutuas, dicho coste debe ser asumido por éstas, aunque la Mutua no tiene la posibilidad de intervenir, sino marginalmente, en los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes ya que el control de tales situaciones, o bien se hace por los servicios públicos de salud, o, alternativamente, como hemos acabado de ver, por las entidades gestoras y no por las Mutuas. Las cuales sólo podrán solicitar la intervención del INSS, en los mismos términos que éste puede hacerlo a partir de la reforma de la Ley 35/2010; solicitud de control que las Mutuas también podía hacer antes, si bien ahora la capacidad de intervención de la entidad gestora solicitada es, como se ha visto, mucho más incisiva.

6. CONCLUSIONES

La primera y más importante conclusión, de carácter general, a la que ha de llegarse es la de que, en el contexto de la reforma del mercado de trabajo, las modificaciones en materia de Seguridad Social cumplen un papel de mero acompañamiento de las reformas específicamente laborales. Seguramente no ha sido la intención, ni la posibilidad, de la Ley 35/2010 la de articular una reforma del mercado de trabajo donde se atendieran por igual tanto los aspectos laborales como los de protección social. Ello hubiera obligado, sin duda, a abordar aspectos de Seguridad Social tan relevantes como el diseño y la funcionalidad global de la prestación de desempleo, o la cuestión de la edad de jubilación y la del tratamiento de la jubilación anticipada o las prejubilaciones, o, en fin, el tema de la función de las prestaciones por muerte y supervivencia. Nada de esto figura en el programa de la reforma regulada por la Ley 35/2010 donde, en consecuencia, los temas de protección social ocupan un lugar subalterno; como se acaba de indicar, de mero complemento de otras reformas laborales.

Pues bien, desde este limitado enfoque, puede señalarse que la regulación más importante es la que afecta a la suspensión del contrato y a la reducción de la jornada, en cuanto medida alternativa a la extinción. El fomento de esta opción, que es claro en la Ley 35/2010, tiene como finalidad la preservación de los puestos de trabajo, ofreciendo al empresario la posibilidad de suspender los contratos afectados, o reducir la jornada de los mismos, como una manera de

evitar, o al menos retrasar, la extinción contractual. Para ello, la Ley 35/2010 ha introducido importantes cambios en la dimensión laboral de esta medida (tales como: ampliar los supuestos de suspensión y, sobre todo, de reducción de jornada, o permitir que, al margen del número de trabajadores afectados, pueda acudirse a un expediente de suspensión inicialmente pensado sólo para suspensiones o reducciones colectivas) que han sido acompañados por medidas en el terreno de la Seguridad Social.

Estas segundas medidas tienen igualmente una finalidad incentivadora, favoreciendo tanto al empresario como a los trabajadores. En cuanto a los primeros, ofreciéndoles una importante bonificación de cuotas durante todo o parte de la suspensión o la reducción de jornada, siempre condicionada al mantenimiento de los contratos durante un periodo mínimo posterior; bonificaciones que pueden incrementarse si la empresa aplica medidas de formación a los trabajadores afectados que les ayude a incrementar sus posibilidades de empleo (lo que suele calificarse como empleabilidad). En cuanto a los trabajadores, el incentivo es el de ampliar las posibilidades de beneficiarse de las prestaciones por desempleo, sobre todo en el caso de reducción de la jornada; de computar, en este segundo caso, el consumo de las prestaciones por el tiempo de empleo reducido; y, sobre todo, de disfrutar de esas prestaciones sin consumirlas mediante la aplicación del criterio de la reposición. Se trata de medidas que ya fueron introducidas por las normas de urgencia aprobadas durante el año 2009 para hacer frente a la situación de crisis económica y a su impacto en el empleo y que han surtido efecto como puede comprobarse por los datos relativos al número de expedientes de suspensión o de reducción de jornada aprobados. Efecto que se ampliará, posiblemente, debido a la mayor dosis de flexibilidad que la Ley 35/2010 ha incorporado en esta materia. Otra cosa será comprobar en qué medida esos contratos se han mantenido durante todo el año comprometido y en qué medida la suspensión o la reducción de la jornada han servido para conservar el empleo o sólo para demorar su destrucción.

En otro orden de cosas, la Ley 35/2010 ha reestructurado el sistema de bonificaciones a la cotización en el sentido de concentrar ese beneficio en ciertos colectivos que, a partir de los datos estadísticos, se consideran particularmente a afectados por la crisis económica y del empleo. Se trata de los jóvenes y de los trabajadores de edad madura, incrementándose la bonificación si, además, son mujeres. Con ello la Ley 35/2010, que por otra parte ha dejado en vigor muchas de las bonificaciones anteriores sobre todo si orientadas a la fomentar la permanencia en el empleo, tanto de trabajadoras embarazadas o de trabajadores mayores de 45 años así como todas las dirigidas a fomentar la ocupación de las personas discapacitadas, lo que pretende es seleccionar mejor los colectivos objeto de bonificación, sobre la base de que éstas, más que fomentar en general la contratación de trabajadores, lo que hacen es forzar la selección de

quienes se benefician de tales bonificaciones. Una selección por colectivos, como se ha dicho, forzada por los datos del empleo, pero que nada augura que continúen siendo los mismos de cambiar las circunstancias del mercado de trabajo. Igualmente se conservan las bonificaciones a la cotización en el caso de transformación de ciertos contratos (formativos, de relevo o de sustitución de trabajadores jubilados a partir de los 64 años) en indefinidos, con la finalidad de consolidar esas contrataciones inestables (aunque no otras igualmente temporales). De nuevo sólo los resultados en términos de contrataciones nuevas darán razón del éxito o fracaso de esta iniciativa normativa.

Además de los dos grandes bloques de materias descritos, la Ley 35/2010 también aborda otra variadas cuestiones heterogéneas en el ámbito de la protección. Tales son, sin que se justifique ya un mayor comentario: la ampliación de la protección por desempleo a los trabajadores en formación, con la consiguiente cotización por desempleo, por cierto sorprendentemente alta si se compara con la cuantía fija, muy reducida, en que se establece la cotización general de tales trabajadores; la ampliación notable (de un tercio) del tiempo que debe transcurrir para que los trabajadores autónomos puedan volver a solicitar la prestación por cese de actividad; o los cambios, más cosméticos que otra cosa, de lo establecido en relación con el compromiso de actividad de los trabajadores en situación de desempleo, intentando reforzar la obligación del trabajador de someterse a cursos, procesos de recualificción, o experiencias formativas, que conduzcan a un rápido retorno del trabajador subsidiado al mercado de trabajo.

Mención aparte merece la reforma relativa a la incapacidad temporal, incorporada circunstancialmente en la Ley 35/2010 y poco o nada relacionada con la reforma del mercado de trabajo. Se trata de medidas legales que se inscriben en un largo proceso de modificaciones normativas con la finalidad de mejorar la eficacia del control de las situaciones de incapacidad temporal, sobre todo por contingencias comunes. Dicho proceso ha situado en el centro del debate las competencias concurrentes de los servicios médicos públicos y de los facultativos de las entidades gestoras (INSS y el ISM), decantándose cada vez de forma más acentuada por concentrar dichas competencias en los médicos de las entidades gestoras. La Ley 35/2010 es un ejemplo claro de ello ya que el único espacio hasta ahora de control exclusivo de los servicios médicos públicos (la fase inicial de la incapacidad temporal hasta el agotamiento de los trescientos sesenta días, siempre que se trate de contingencias comunes) ha sido abierto a la intervención de los facultativos del INSS y del ISM, si bien de forma concurrencial con los servicios públicos de salud.

No obstante, esa confrontación aparentemente en pie de igualdad ha sido resuelta por la Ley 35/2010 dando prioridad a los facultativos del INSS o del ISM, al permitirles intervenir expidiendo altas y, lo que es más importante,

atribuyéndoles la competencia en exclusiva acerca de otras posibles bajas posteriores en el tiempo (en un plazo de ciento ochenta días) en los supuestos de lo que califica técnicamente como recaída (baja causada por la misma o similar patología en ese espacio de tiempo señalado). Además, esas altas no están dotadas, como sucedía hasta ahora para solucionar el conflicto entre ambos tipos de facultativos, sólo de efectos económicos y no sanitarios, de manera que podría darse el caso de un trabajador dado de baja por enfermedad por los servicios públicos de salud, pero de alta, a los solos efectos económicos o prestacionales. Con la reforma esta dualidad desaparece, aunque su precio sea arrinconar prácticamente a los servicios públicos de salud y a sus facultades expedición y control de las bajas por contingencias comunes. La perspectiva de un sistema de control sanitario paralelo, ahora a cargo de las Entidades Gestoras, parece delinearse sin duda en el futuro próximo. Junto a ello, la Ley 35/2010 también recoge una iniciativa, que ya ha encontrado una manifestación en relación con la cotización por riesgos profesionales, en el sentido de propiciar una reducción de cotizaciones como contrapartida al éxito en las iniciativas de control y de reducción del tiempo de las situaciones de incapacidad temporal; algo que, curiosamente, sólo se prevé para empresas asociadas a Mutuas y no para las que aseguran sus riesgos directamente en el INSS o el ISM. Una diferencia de trato para que, sencillamente, no se encuentra justificación.