

LA REFORMA LABORAL DEL
REAL DECRETO-LEY 3/2012
DE 10 DE FEBRERO

LA REFORMA LABORAL DEL REAL DECRETO-LEY 3/2012 DE 10 DE FEBRERO

Domingo A. Domínguez Morgade
Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos
Año 2012.
Revisado por D. *Vicente Pedro Lafuente Pastor*.
Departamento de Derecho del Trabajo.

ÍNDICE

LA REFORMA LABORAL DEL REAL DECRETO LEY 3/2012.....	8
I. METODOLOGÍA EMPLEADA.....	9
II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	10
III. CONTEXTO EN EL QUE NACE EL REAL DECRETO-LEY 3/2012.....	12
III. A) CONTEXTO ECONÓMICO.....	13
Economía mundial.....	13
Economía Española	15
III B) CONTEXTO POLÍTICO.....	19
Contexto Político previo a la Reforma Laboral del RD-Ley 3/2012.....	19
Contexto político en el que nace la Reforma Laboral del RD-Ley 3/2012.....	21
III C) CONTEXTO SOCIAL.....	28
Desempleo en España.....	28
Nivel educativo en España.....	31
Formación en las empresas.....	31
II Acuerdo Interprofesional para el empleo y la Negociación Colectiva.....	31
III D) VISIÓN GLOBAL.....	34
IV. EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 DE 10 DE FEBRERO.....	37
1. ACTIVACIÓN DEL MERCADO LABORAL.....	39
1 A) INTERMEDIACIÓN.....	39

1 B) CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y APRENDIZAJE.....	41
1 C) CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES.....	43
Periodo de prueba.....	43
Compatibilización con desempleo.....	45
Incentivos fiscales.....	48
Incentivos en Seguridad Social.....	50
Requisitos.....	51
1 D) PROGRAMA DE FOMENTO DE EMPLEO EN ECONOMÍA SOCIAL Y EMPLEO AUTÓNOMO.....	53
Bonificaciones en las nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos.....	54
2. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL....	57
2 A) FORMACIÓN.....	57
Entidades de formación y Cuenta de formación.....	58
Permisos de formación.....	58
Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores desempleados.....	60
2 B) CONTRATO A TIEMPO PARCIAL.....	62
Periodo de Carencia.....	63
Base reguladora de la prestación por desempleo.....	64
2 C) TRABAJO A DISTANCIA.....	66
2 D) JORNADA.....	68
Calendario laboral.....	71
Vacaciones.....	72
2 E) PERMISO POR LACTANCIA.....	73
2 F) GUARDA LEGAL.....	77
2 G) VACACIONES ANUALES.....	80
2.H) . MOVILIDAD FUNCIONAL, GEOGRÁFICA Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL	

DE CONDICIONES DE TRABAJO.....	83
2 H) a) Movilidad funcional.....	83
2 H) b) Movilidad geográfica.....	85
Movilidad geográfica de víctimas de violencia de género y víctimas de actos terroristas.....	86
Movilidad geográfica de trabajadores con discapacidad.....	87
2 H) c) Modificación sustancial de condiciones de trabajo.....	88
2 H) d) Modificación sustancial de las condiciones establecidas en Convenio Colectivo.....	90
2. I. CONVENIOS COLECTIVOS.....	96
Concurrencia.....	96
Contenido.....	97
Vigencia.....	98
Tramitación.....	99
Publicación.....	100
3. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	102
3 A) SUSPENSIÓN.....	102
Suspensión de contratos en el Sector Público.....	104
3 B) EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	105
3 B. a) EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.....	105
3 B. c) DESPIDOS COLECTIVOS.....	106
Extinción de contratos por Fuerza Mayor.....	112
Despidos en la Administración Pública.....	113
3 B. d) EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS.....	115
Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo.....	115
Faltas de asistencia al trabajo aún justificadas.....	115

3 C) SALARIOS DE TRAMITACIÓN.....	118
Retractación empresarial.....	122
Representantes de los trabajadores.....	124
Salarios de tramitación y desempleo.....	124
Pago por el Estado.....	124
3 D) IMDEMNIZACIÓN.....	127
3 E) FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.....	133
4. CONCLUSIONES.....	136
5. REFLEXIÓN PERSONAL.....	139
6. BIBLIOGRAFÍA.....	142
7. NORMATIVA.....	146
8. JURISPRUDENCIA.....	148

INTRODUCCIÓN

LA REFORMA LABORAL DEL REAL DECRETO LEY 3/2012 DE 10 DE FEBRERO

El presente estudio tiene como objeto, realizar una trayectoria a lo largo del Real Decreto-Ley 3/2012 con la finalidad de comprobar las modificaciones introducidas por éste, principalmente en el derecho sustantivo laboral.

Para comenzar el estudio de la norma señalada, es necesario contemplar el contexto económico, social y político en el que surge la reforma laboral.

No se pretende únicamente identificar las diferencias existentes entre la normativa anterior y la establecida por el Real Decreto-Ley de 10 de febrero, sino que, contemplada la situación que recoge el Derecho, tanto la normativa como la Jurisprudencia, en cada una de las materias afectadas, ésta se estudiará en su conjunto y se buscará dar explicación a la nueva regulación del Derecho Laboral, así como las motivaciones que han llevado al Gobierno a promulgar dicho Real Decreto Ley.

Por último se hará una reflexión sobre el contexto económico en el que ve la luz el Real Decreto Ley 3/2012, y estudiadas las teorías económicas del trabajo, se intentará llegar a la conclusión de la incidencia que puede tener esta reforma en la creación de empleo.

I. METODOLOGÍA EMPLEADA.

Al objeto de elaborar el presente trabajo se han utilizado los siguientes métodos de trabajo:

En primer lugar se han estudiado las estadísticas presentadas por diferentes organismos como son el Instituto Nacional de Empleo, Instituto Nacional de Estadística, así como diferentes artículos de prensa al objeto de comprobar el contexto en el cual ve la luz el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero.

En segundo lugar se ha analizado la redacción establecida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 24 de marzo (BOE de 28 de marzo) en las diferentes materias que comprende la modificación efectuada por el Real Decreto Ley.

Posteriormente se ha considerado la Jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo, la Doctrina dictada en cada una de las materias y Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El trabajo se presenta en tres partes de diferente extensión.

En una primera parte se estudia el contexto en el que se origina el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero.

Esta parte del trabajo esta formada por tres divisiones:

El contexto social

El contexto económico.

El contexto político.

La segunda parte del trabajo consiste en un estudio de las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, distinguiendo tres áreas bien diferenciadas:

Incentivos a la contratación.

Derechos de los trabajadores durante la relación laboral.

Suspensión y extinción del contrato de trabajo.

Por último, vistas todas las modificaciones legislativas llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley, y vista la rama de la Economía dedicada al Trabajo, se intentará buscar la posible incidencia que el Real Decreto-Ley 3/2012 del 10 de febrero tendrá en la creación de empleo.

CONTEXTO

III. CONTEXTO EN EL QUE NACE EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 DE 10 DE FEBRERO

El Real Decreto-Ley 3/2012, nace a principios del año 2012, una etapa marcada por amplios cambios económicos, sociales y políticos, tanto de carácter nacional como internacional.

Es necesario observar y comprender los aspectos que llevan al Gobierno de España a tomar la decisión de elaborar un cuadro normativo regulador que incide sobre los mismos temas que las reformas anteriores, pero llega más allá, superando los límites que legisladores anteriores habían respetado.

III A. CONTEXTO ECONÓMICO

Economía mundial.

En el ámbito internacional, el crecimiento, que había sido vigoroso en 2010, disminuyó en 2011. En un principio, la desaceleración no causó demasiada preocupación, ya que ésta había sido proyectada de alguna manera, debido a la conclusión del ciclo de inventarios y a la consolidación fiscal. Hechos aislados como el terremoto y el Tsunami de Japón y los shocks a la oferta de petróleo ofrecían explicaciones plausibles de la profundización de la desaceleración (Fondo Monetario Internacional, 2011).

La consolidación fiscal está ocurriendo en la mayoría de las economías avanzadas. Pero la demanda privada no está tomando el relevo. Las razones son variadas, dependiendo del país. La escasez de crédito bancario, el legado del auge inmobiliario y el elevado apalancamiento de muchos hogares están frenando la recuperación más de lo previsto.

Por otra parte, las economías avanzadas con déficits en cuenta corriente, y sobre todo Estados Unidos, necesitan compensar la baja demanda interna con un aumento de la demanda externa. Esto implica simétricamente un alejamiento de la demanda externa a favor de la demanda interna en las economías de mercados emergentes con superávits en cuenta corriente, especialmente China. No obstante, este reequilibramiento no está ocurriendo, por lo que se proyecta una ampliación de los desequilibrios y no una disminución (Fondo Monetario Internacional, 2011).

Otro suceso aparece en el escenario con tintes desfavorables: la agudización de la incertidumbre fiscal y financiera. Los mercados dudan más de la capacidad de muchos países para estabilizar la deuda pública. Duda en un principio limitada a unos pocos países de la periferia europea, pero que

posteriormente se han ido extendiendo a otros países alcanzando hasta Estados Unidos.

Las preocupaciones en torno a los entes soberanos se han traducido en preocupaciones en torno a los bancos que han adquirido estos bonos soberanos, principalmente en Europa. Estas preocupaciones han conducido a un congelamiento parcial de los flujos financieros y los bancos mantienen elevados niveles de liquidez y han restringido el otorgamiento de crédito. El temor a lo desconocido es agudo.

En lo que respecta a la zona euro continúa profundizándose la crisis. Las medidas aprobadas en la cumbre de la Unión Europea del 21 de julio de 2011, representan un avance significativo, pero es urgente redoblar los esfuerzos. Una vez implementadas, estas medidas implican que el financiamiento del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, podrá activarse también para la recompra de deuda o la recapitalización de los bancos, podrá utilizarse a título precautorio y tendrá vencimientos mucho más largos y tasas de intereses más bajas. Quedan por delante tres retos:

El primero es adoptar rápidamente las decisiones de la cumbre a nivel nacional transmitiendo señales claras de que los miembros de la zona del euro continuarán haciendo todo lo necesario para mantener la confianza en el euro.

El segundo es llevar adelante programas con las economías de la periferia que equilibren debidamente la consolidación fiscal y la reforma estructural por un lado, y el respaldo externo por otro.

El tercer desafío consiste en llevar a término las reformas de la estructura de gobierno de la Unión Europea. Probablemente sea necesario reforzarlas a mediano plazo para que la responsabilidad mancomunada de todos los miembros de la Unión Europea en cuanto a las políticas

macroeconómicas nacionales sea proporcional al mayor grado de riesgo asumido (Banco de España, 2011).

Economía Española.

Tras el estancamiento que mostró la economía española en el tercer trimestre del año 2011, la actividad se contrajo en los últimos meses del ejercicio, en un entorno de fuertes tensiones en los mercados financieros y de deterioro de las perspectivas del crecimiento en el área del euro y en resto del mundo.

En lo que respecta al consumo privado, los indicadores cuantitativos han mostrado una marcada debilidad en el último trimestre de 2011. En concreto las matriculaciones de vehículos particulares presentaron descensos intermensuales en octubre y noviembre en términos de la serie ajustada de estacionalidad, con caídas interanuales en torno al 7 %.

Las inversiones en bienes de equipo también han mostrado señales de atonía en los últimos meses del año. El indicador de clima industrial de las ramas productoras de estos bienes descendió en el promedio de octubre y noviembre respecto al tercer trimestre y según la encuesta trimestral de la Comisión Europea a los empresarios manufactureros, el nivel de utilización de la capacidad productiva al inicio del cuarto trimestre del año se redujo en cuatro décimas, hasta el 72,2 %.

Por su parte la inversión en construcción ha prolongado su trayectoria contractiva. Los indicadores de consumos intermedios experimentaron intensas caídas, en cuanto a la obra civil y a la edificación no residencial, los indicadores periodificados a partir de la licitación oficial y de los visados de obra nueva, respectivamente, apuntan a caídas cercanas al 30 % para 2011 y 2012.

Las exportaciones de alimentos crecieron a finales del año 2011, sin embargo las ventas de bienes de equipo y de bienes de consumo duradero retrocedieron en términos interanuales, con caídas en las exportaciones de automóviles, que contrastan con el dinamismo de este componente en los tres primeros trimestres del año.

Respecto al turismo, los últimos indicadores señalan que las entradas de turistas aumentaron en noviembre un 3,6 % interanual, frente al 8 % en octubre. En noviembre, las pernoctaciones de no residentes aumentaron un 6,2 % en tasa interanual. Por otra parte el gasto total realizado por los turistas no residentes, medido en términos nominales, ha aumentado un 8,4 % interanual en los diez primeros meses del año 2011 (Banco de España, 2011).

En términos de Contabilidad Nacional, el Estado registró hasta noviembre de 2011, un déficit de 52,4 millones de euros, lo que representa el 4,8 % del PIB previsto para el conjunto del año, frente al déficit del 5,2 % del PIB registrado en el mismo periodo de 2010 (El 27 de febrero de 2012, se conoció que el déficit en 2011 fue de 8,3%). En términos de caja, el Estado acumuló hasta noviembre un saldo negativo no financiero de 38,5 millones de euros, lo que suponía una mejora de unos 4,5 millones de euros respecto al correspondiente al mismo periodo del año anterior. Tanto los ingresos como los gastos no financieros registraron caídas del 18,4 % y del 16,3 %, respectivamente, tasas cercanas a los objetivos presupuestados para el conjunto del años que reflejan la incidencia del nuevo sistema de financiación autonómica.

A finales del año 2011, se produjo una cierta mejoría en las condiciones de los mercados financieros españoles, que se ha reflejado en descensos en las rentabilidades de la deuda pública y en los diferenciales frente a las referencias alemanas a los mismos plazos y en una recuperación de las cotizaciones bursátiles. No obstante, las primas de riesgo se siguen manteniendo en niveles elevados (Banco de España, 2011).

Todos los datos señalados anteriormente, es la información conocida o estimada por el Gobierno con carácter previo al nacimiento del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, ya que como es conocido estas cifras distaron mucho de los números con los que concluyó la economía española el año 2012. A modo de ejemplo, señalar la variación que experimentó el déficit del Producto Interior Bruto, pasando a ser el doble de lo estimado.

También es importante señalar en este apartado el importante endeudamiento de las familias españolas motivado por los créditos bancarios ligados al sector inmobiliario y la construcción.

De esta manera el importe medio del valor de las hipotecas concedidas en enero de 2012 fue de 122.973 euros (INE, marzo 2012).

Opinión de la Comisión Europea tras la entrada en vigor de la Reforma Laboral.

El día 30 de mayo de 2012, la Comisión Europea señaló que no son satisfactorios los avances conseguidos hasta ahora por la reforma del mercado laboral y del sistema de pensiones.

En el primer capítulo señala que sólo se han seguido parcialmente las recomendaciones que se indicaron con anterioridad. *"No está claro que la reforma sea lo suficientemente ambiciosa dados los desafíos a los que se presenta la economía española"*.

Según el texto presentado por la Comisión Europea los costes de despido para los trabajadores indefinidos siguen siendo altos en comparación con los contratos temporales. Y critica que la reforma "confía demasiado en incentivos

financieros para la creación de puestos de trabajo que se han demostrado ineficientes en el pasado".

En cuanto a las pensiones, las medidas adoptadas señalan que se va "en la buena dirección" pero *"el empeoramiento macroeconómico está limitando el impacto de las reformas"*. El gasto público asociado al envejecimiento de la población continúa por encima de la medida comunitaria.

El acceso de las empresas a la financiación es algo que también preocupa a la Comisión Europea. *"Sigue siendo una de las grandes preocupaciones de los empresarios, que se agrava además con el retraso en los pagos del sector público"*, dice el informe, que critica la ley de pago a proveedores aprobada por el Gobierno porque "castiga a los empresarios, que tienen que aceptar pérdidas en los intereses y por tanto va contra la Directiva Europea de Pagos Atrasados". (Javier G. Gállego. El mundo.es, 30 mayo de 2012).

Finalmente, el día 9 de junio de 2012, España solicitó un rescate europeo para la Banca española, por un valor máximo de 100.000 millones de euros (Claudi Pérez/Luís Doncel. El País. Es 10 de junio de 2012).

III B) CONTEXTO POLÍTICO

Contexto Político previo a la Reforma Laboral del RD-Ley 3/2012.

Tras las elecciones parlamentarias celebradas en marzo de 2008, los escaños de la Cámara baja, formada por 350 diputados quedaron repartidos de la siguiente manera:

PSOE	169 DIPUTADOS
PP	154 DIPUTADOS
CIU	10 DIPUTADOS
EAJ-PNV	6 DIPUTADOS
EXQUERRA	3 DIPUTADOS
IU	2 DIPUTADOS
BNG	2 DIPUTADOS
CC	2 DIPUTADOS
UPyD	1 DIPUTADO
Na-Bai	1 DIPUTADO.

Ante este panorama político, el PSOE ganó las elecciones generales obteniendo cinco escaños más que en el año 2004, y un 43,87 % de votos frente al Partido Popular que obtuvo 154 diputados, seis más que en 2004 (El País, 8 de marzo de 2008).

Por consiguiente en esta legislatura el partido socialista no posee la mayoría absoluta y el 11 de abril de 2008, en segunda votación D. José Luís Rodríguez Zapatero obtuvo la mayoría simple y fue nombrado Presidente del Gobierno.

El importante deterioro económico, y el gran volumen de Deuda Pública contraída por el Estado Español, y sobre todo privada de entidades financieras y particulares vinculadas con el sector inmobiliario, produjo un

estrangulamiento de la confianza de los mercados internacionales en la economía Española, lo que llevó al Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero a adoptar medidas drásticas como fueron, entre otras: la bajada del sueldo a los funcionarios públicos y la congelación de las pensiones.

En el último año de la legislatura, se promulgaron un amplio abanico de reformas laborales y medidas orientadas a la consecución de un empleo estable. Nada más ni nada menos que durante el periodo que el Partido Socialista se encontraba en el Gobierno durante el año 2011, se promulgaron 7 Reales Decretos-Ley con contenido en materia laboral.

Ya en el Real Decreto-Ley de 1/2011 de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recalificación profesional de las personas desempleadas, se establece en la Exposición de Motivos del mismo que:

“el Gobierno está acometiendo un conjunto de reformas estructurales y medidas urgentes en el marco de la Estrategia de Economía Sostenible, destinadas a acelerar la renovación de nuestro modelo productivo con la finalidad de hacer más resistente nuestra economía frente a las perturbaciones externas, mejorar su competitividad a medio y largo plazo”

Posteriormente le acompañaron:

Real Decreto-Ley 3/2011 de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. (BOE de 19 de febrero de 2011)

Real Decreto-Ley 5/2011 de 29 de abril, de medidas para la regulación y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE de 6 de mayo de 2011)

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

Real Decreto-Ley 10/2011 de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 30 de agosto de 2011).

Real Decreto-Ley 14/2011 de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE de 20 de septiembre de 2011).

Real Decreto-Ley 18/2011 de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la Organización Nacional del Ciegos Españoles (ONCE) y establecen medidas de Seguridad Social para las personas afectadas por la crisis de la bacteria "E.coli". (BOE de 18 de noviembre).

Contexto político en el que nace la Reforma Laboral del RD-Ley 3/2012

El 20 de noviembre de 2011, se celebraron nuevas elecciones a las Cortes Generales en España. Las elecciones se celebraron cuatro meses antes de lo previsto debido a la decisión por parte del presidente del Gobierno, D. José Luís Rodríguez Zapatero, de efectuar un adelanto electoral.

La decisión fue anunciada con casi cuatro meses de antelación, el 28 de julio. La convocatoria oficial tuvo lugar el 26 de septiembre.

Programa electoral del Partido Popular.

El programa electoral del Partido Popular presentado para las elecciones de Noviembre de 2011, recoge entre otros los siguientes apartados:

1.4. Empleo seguro y flexible para todos, entre cuyo contenido se señalaban los siguientes puntos:

"Pondremos en marcha una reforma integral del mercado de trabajo que dé respuesta al drama social sin precedentes que representa un país con cinco millones de parados. Esta reforma integral supondrá un cambio coherente y coordinado de la contratación, la negociación colectiva, el sistema de relaciones laborales, la formación orientada al empleo y la intermediación". (pág. 37 del programa del Partido Popular, nov. 2011)

Todo ello, como más adelante se expondrá viene recogido y desarrollado en el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero.

"Bonificaremos las cotizaciones sociales para los autónomos empresarios que contraten su primer trabajador no socio". (pág. 38 del programa del Partido Popular, nov. 2011).

1.5. Más emprendedores para la creación de empleo

"Impulsaremos una nueva ley para el apoyo a los emprendedores que favorezca las nuevas iniciativas empresariales y el desarrollo de la actividad de pymes y autónomos" (pág. 40 del programa del Partido Popular, nov. 2011).

"Aprobaremos un apoyo fiscal, por importe de 3.000 euros, por la contratación del primer trabajador que no tenga la condición de socio de una empresa de nueva creación. Bonificaremos las cotizaciones sociales para los autónomos

empresarios que contraten su primer trabajador no socio". (pág. 40 del programa del Partido Popular, nov. 2011)

Todo ello queda reflejado en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, en el denominado Contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores.

Resultado de las elecciones 2011

El vencedor de las elecciones fue el Partido Popular (PP) presidido y liderado por D. Mariano Rajoy Brey, que obtuvo en el Congreso de los Diputados mayoría absoluta con 186 escaños, 32 más que en 2008 y un 44.62 % de los votos, frente al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) que obtuvo 110 escaños (59 menos que en 2008) y un 28,73 % de los votos, quedando los escaños de la Cámara Baja distribuidos de la siguiente manera:

PP	186 DIPUTADOS
PSOE	110 DIPUTADOS
CIU	16 DIPUTADOS
IU	11 DIPUTADOS
UPyD	5 DIPUTADOS
EAJ-PNV	5 DIPUTADOS
EZQUERRA	3 DIPUTADOS
CC	2 DIPUTADOS
BNG	2 DIPUTADOS
Geroa-Bai	1 DIPUTADO
Coalició Co.	1 DIPUTADO

Ante este panorama político, el Partido Popular no precisa de pactos ni acuerdos con el resto de fuerzas políticas para poder aprobar sin ninguna dificultad cualquier iniciativa legislativa.

Formación de Gobierno y nacimiento de la Reforma Laboral.

El 20 de diciembre de 2011 D. Mariano Rajoy fue elegido Presidente del Gobierno por el Congreso de los Diputados en una única votación gracias a la mayoría absoluta de su partido en la Cámara Baja.

El 21 de diciembre de 2011, fueron nombrados la Vicepresidenta del Gobierno y los diferentes ministros de los departamentos ministeriales.

El 10 de febrero de 2012, cincuenta días después de haber sido formado el Gobierno de la nueva legislatura, se promulgó el Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, siendo publicado al día siguiente en el BOE.

El 13 de febrero de 2012, se tramitó como Proyecto de Ley y fue calificado el 21 del mismo mes.

Aunque se anuncio el deseo de hacer la reforma desde el acuerdo con los agentes sociales, el brevísimo plazo concedido para éste preanunciaba que se haría sin acuerdo, como así sucedió efectivamente.

El Real Decreto-Ley 3/2012 no ha sido una sorpresa. El nuevo Gobierno popular anunció como prioritaria “una reforma integral del mercado de trabajo, que supondría “una profunda modernización de la legislación laboral, al servicio del empleo que apueste por una mayor estabilidad, una mayor flexibilidad interna en las empresas y que considere la formación como un derecho del trabajador”.

Como consecuencia de las reformas laborales llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2012, se convocó una Huelga General para el día 29 de marzo de 2012, cuyo seguimiento según los sindicatos alcanzó un 77 %, oscilando

entre un 97 % en los trabajadores de la industria y la construcción, y un 57 % en las administraciones públicas. (La Vanguardia.es)

El día 12 de abril de 2012, se efectuó en el Congreso de los Diputados el debate y votación a las enmiendas a la totalidad presentadas por diversos grupos parlamentarios, y una Avocación al Pleno presentada por el Grupo Mixto y el Grupo Socialista al Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero. Todas ellas fueron rechazadas en votación.

El día 18 de abril de 2012, el Juez de lo Social D. José Ángel Folguera Crespo, adscrito al Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, presentó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional por el Real Decreto-Ley en base a los siguientes aspectos: en primer lugar, duda de que esté justificado el vehículo elegido para aprobar la reforma, un Decreto Ley, para el que se exigen razones de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 de la Constitución). También argumenta su cuestión de inconstitucionalidad en la posible vulneración de la tutela judicial del trabajador frente al despido (artículo 24 de la Carta Magna), del derecho a la igualdad (artículo 14) y del derecho constitucional a la asistencia y prestaciones sociales, especialmente en desempleo (artículo 41). (Europapress.es, abril 2012).

El 30 de mayo de 2012, la Comisión Europea manifestó que la Reforma Laboral llevada a cabo por el Gobierno de Rajoy, puede causar un aumento del paro a corto plazo y una mayor segmentación del mercado laboral (ABC.es, 30 de mayo de 2012).

El día 4 de junio de 2012, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, proveniente del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero.

Expectativa tras la Reforma Laboral.

El 30 de mayo de 2012, se emitió por el Consejo de Europa la Recomendación sobre el programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad de España para 2012-2015 {SWD(2012) 310}.

En su Consideración nº 12, señala que debe realizarse un seguimiento de los efectos de la Reforma Laboral acometida en febrero de 2012, *“particularmente en lo que se refiere a la evolución de los salarios y a la reducción de la segmentación del mercado laboral. Para abordar plenamente el reto, esta reforma debe complementarse con una revisión más a fondo de las políticas activas del mercado de trabajo a fin de mejorar la empleabilidad y la puesta en relación de las ofertas y las demandas de empleo”*. Recomendación del Consejo Europeo de 30 de mayo de 2012)

En dicha Recomendación, vista la Reforma Laboral llevada a cabo por el Gobierno de D. Mariano Rajoy a través del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, emite a España las siguientes recomendaciones en materia laboral:

...

2. *Acelerar el aumento de la edad preceptiva de jubilación y la introducción del factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones de trabajo y fomentar la reincorporación de este grupo al mercado de trabajo.*

...

5. *Aplicar las reformas del mercado laboral y tomar medidas adicionales encaminadas a aumentar la eficacia de las políticas activas del mercado de trabajo mejorando la selección de los grupos de destinatarios, aumentando la utilización de los servicios de formación, de asesoramiento y de puesta en*

relación de las ofertas y las demandas de empleo, intensificando sus vínculos con las políticas pasivas del mercado de trabajo, y reforzando la coordinación entre los servicios públicos de empleo nacionales y regionales, por ejemplo intercambiando información sobre ofertas de empleo.

...

Por otra parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) el 22 de mayo de 2012, presentó un estudio sobre sus previsiones económicas. (CEOE, 2012)

De esta manera, considera que el Producto Interior Bruto (PIB) de España se contraerá este año hasta un 1,6 %, previéndose que la evolución negativa de la economía se mantendrá durante el año 2013, contrayéndose el PIB hasta un 0,8 %.

También prevé que la tasa de desempleo se incrementará, pasando del 24,5 % al 25,3 % en el año próximo. (CEOE, 2012)

Como recomendaciones de control, en lo que materia laboral respecta, la OCDE aconseja que:

a) Reforzar los servicios de colocación de empleo y ampliar la posibilidad de acceso de los jóvenes desempleados a la formación profesional.

b) Reducir la diferencia existente entre los costes de despido de los trabajadores indefinidos, con el fin de acercarlos hacia un contrato único.

III. D) CONTEXTO SOCIAL

Desempleo en España.

Tras años de crecimiento económico sostenido, el mercado de trabajo español acusa una grave crisis, con orígenes diversos y alcance mundial, que ha tenido un fuerte impacto en términos de destrucción de empleo y que ha situado los niveles de paro registrado en España por encima de los cuatro millones de personas en el año 2011, alcanzándose los 5.639.500 desempleados en el primer trimestre del año 2012. (Encuesta de Población Activa, 27 abril de 2012).

El año 2007 marca un punto de inflexión en la tendencia de crecimiento económico y, en general, de evolución positiva de las magnitudes macroeconómicas y de mercado de trabajo. Así, podemos distinguir un período de crecimiento entre los años 2003 y 2007, en los que se produjo una entrada de 2.695 mil efectivos en la población activa. Esta notable incorporación de población activa fue absorbida con creces por un mercado laboral muy dinámico, según se observa en la variación de la ocupación y el desempleo: la población ocupada en este periodo aumentó en 3.126 miles de personas, y el volumen de población desocupada descendió en 431.000 efectivos, situándose en 2007 en 1.760 mil personas (Servicio Público de Empleo Estatal 2011).

En España, la evolución de las citadas magnitudes de mercado de trabajo ha estado estrechamente vinculada al comportamiento del sector de la construcción, que experimentó un crecimiento extraordinariamente intenso en los años previos al estallido de la “burbuja inmobiliaria”. Igualmente importante ha sido la destrucción de empleos temporales y los de baja cualificación (buena parte de ellos vinculados al sector de la construcción, aunque no de forma exclusiva).

De hecho, tanto en los datos de actividad como de ocupación y desempleo se aprecia un importante sesgo formativo: la actividad entre la población sin cualificación se ha contraído, en un contexto de crecimiento de la población activa con niveles formativos medios y elevados. En paralelo, la caída de la ocupación y el crecimiento del desempleo han sido más drásticos en los segmentos de población con menor formación, a pesar de extenderse por todos los niveles educativos (Revista Relaciones Laborales, marzo 2012).

En el marco de este análisis la edad juega un papel igualmente relevante. Es cierto que la crisis ha provocado una caída generalizada de la ocupación entre la población sin competencias básicas, independientemente de la edad.

A las dinámicas reseñadas cabe añadir cómo el deterioro de la economía y el mercado de trabajo han repercutido en un empeoramiento de las condiciones que propician la actividad emprendedora en nuestro país. Por motivos de diversa índole, la población activa española ha mostrado tradicionalmente escasa propensión a la puesta en marcha de iniciativas empresariales, en comparación con otros países industrializados (Informe GEM, Global Entrepreneurship Monitor)

A principios del año 2012 la crisis económica cumple cinco años aumentando, a medida que el tiempo pasa, su capacidad de deterioro.

En el cuarto trimestre del año 2011 de la Encuesta de Población Activa (EPA) son un claro ejemplo del «descalabro» económico y social. Los datos reflejan un incremento del desempleo en 577.000 en el año 2011, situando el número de parados por encima de los cinco millones de personas (5.273.600 personas).

El estrangulamiento del crecimiento económico y la vuelta a la recesión (el Banco de España estima para 2012 que España reducirá su economía en

1,5 puntos porcentuales), derivado de la mala gestión política de la crisis, causada por la imposición de planes de ajuste cada vez más severos para cumplir con los objetivos fiscales, se está convirtiendo en un mecanismo de «autoflagelación» para España y las economías periféricas de la UE, impidiendo que éstas encuentren alguna posibilidad de crecimiento, reduciendo de forma progresiva su dimensión económica y la del mercado europeo. (Rev. Relaciones Laborales, 2012).

El análisis de la oferta laboral en España para el cuarto trimestre de 2011 (observando para ello la evolución de la actividad en el mercado de trabajo) indicaba un descenso de la población activa en 53.400 personas con respecto al trimestre anterior, siendo ésta la segunda caída más elevada de la actividad laboral desde el comienzo de la crisis en la segunda mitad del año 2007.

Desagregando los datos de actividad laboral por grupos de edad, se observa que son los individuos más jóvenes (menores de 25 años) los que experimentan un descenso más acusado en el número de activos con 143.600 personas menos en el último año, lo que equivale a una reducción en términos relativos del 7,31 por ciento, 7,88 puntos porcentuales menos que los individuos de mayor edad, los cuales compensan parte del descenso de la actividad juvenil en el mercado laboral (Encuesta de Población Activa, 4 trimestre 2012).

En cuanto a la evolución de la actividad por sectores económicos, se puede observar que todos los sectores, a excepción de la agricultura, presentaron una reducción de la oferta laboral, tanto en términos anuales, como trimestrales.

La continuidad de la crisis económica y el fuerte ajuste en el sector de la construcción, han hecho que este sector siga reduciendo su dimensión en la economía, lo que ha dado lugar a un descenso en la actividad laboral del 14,02 por ciento en el último año (siendo este descenso del 37,46 por ciento desde el

comienzo de la crisis económica, en el cuarto trimestre de 2007), convirtiéndose en el sector más afectado en cuanto a la reducción de la actividad laboral en el 2011, seguido de la industria (con una variación negativa anual del 2,86 por ciento) y los servicios (con un descenso del 0,14 por ciento en el mismo periodo). (Encuesta de Población Activa (INE))

Nivel educativo en España.

Desde 1998 el porcentaje de españoles de 25 a 64 años que poseen estudios superiores a los obligatorios ha pasado de 33% al 51% en 2008.

El porcentaje de españoles con educación superior (29%) es más elevado que el que corresponde a la media de la OCDE (28%) o de la UE (25%). Esta cifra es también más elevada que la de Francia o Alemania y muy superior a la del resto de los países mediterráneos. Sin embargo, sólo un 22% de ciudadanos españoles han completado la Educación Secundaria Postobligatoria, frente al 44% de la OCDE. Es en esta etapa donde a pesar de los avances de los últimos años (9 puntos desde 1998 y 3 desde 2004) las diferencias con la OCDE son todavía notables (Ministerio de Educación, 2010).

El porcentaje de españoles de 25 a 34 años que ha completado al menos estudios secundarios superiores (Bachillerato, Ciclos Formativos de Grado Medio y otros estudios secundarios) fue en 2008 del 65%, permaneciendo igual que en 2007, 15 puntos menos que la OCDE (80%) y 17 menos que la UE (82%) (Ministerio de Educación, 2010).

Formación en las empresas.

Según datos de la Dirección Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística el 99,23 por ciento de las empresas españolas cuentan con cincuenta trabajadores o menos.

Según diferentes consultoras de formación las pequeñas empresas con una plantilla inferior a 150 trabajadores no cuentan con las mismas oportunidades de formación que las grandes (Lola Fernández, Cincodías.com. 29 de junio de 2011).

La abultada burocracia y la complejidad de la gestión, complican la petición por parte de las pequeñas empresas en la solicitud de la ayuda de la Fundación Tripartita, la cual se nutre de la contribución de los propios empresarios y trabajadores.

Según las declaraciones de D. Carlos Martínez, Director General del grupo IMF, pocas pymes conocen la existencia del fondo destinado para la formación por la Fundación Tripartita *"El Ministerio no ha hecho ninguna campaña de publicidad. Cuando las empresas lo conocen, el 90 % de las mismas repiten"* (Lola Fernández, Cincodías.com. 29 de junio de 2011).

Es evidente que las características del tejido productivo español, cuya principal estructura esta basada en un gran número de empresas dedicadas al sector de la construcción y servicios, con escaso número de trabajadores y con una gran rotación de los mismos, hace prácticamente imposible la inversión en investigación e innovación.

II Acuerdo Interprofesional para el empleo y la Negociación Colectiva.

El día de 25 de enero de 2012, por las organizaciones empresariales, CEOE y CEPYME, y las organizaciones sindicales, CCOO y UGT, se procedió a la firma del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.

El texto del acuerdo ya refleja en su introducción la preocupación de los agentes sociales por la grave situación económica que atraviesa España, centrando su punto de mira en las siguientes preocupaciones:

- El endeudamiento de las empresas y de las familias, que obliga a destinar al pago de gastos financieros un importante porcentaje de su renta, con lo que tiene de incidencia en el consumo y la inversión agregada.
- La deuda exterior (pública y privada) neta sobre PIB de España es una de las más elevadas de los países de la OCDE. La situación actual de la crisis financiera internacional ha dificultado el acceso a la financiación en el exterior. A pesar de la mejora alcanzada en los dos últimos años, para tratar de estabilizar esta ratio y recuperar la credibilidad en los mercados financieros, es necesario tener un saldo de balanza comercial más equilibrado.
- Las empresas y familias ven restringido el acceso al crédito debido a que el sistema financiero tiene limitada su financiación en los mercados internacionales y las condiciones de financiación se han encarecido notablemente.

Como objetivo principal se intenta conseguir que la economía española logre, a corto plazo, que los precios crezcan por debajo de la media comunitaria.

A largo plazo, se debe incrementar la productividad total de los factores y lograr una competitividad basada en la calidad. En esta dirección, para alcanzar la recuperación económica, el crecimiento moderado de las rentas y de los precios, constituyen elementos clave para conseguir ese objetivo. (Introducción II AENC).

III. E). VISIÓN GLOBAL.

En definitiva, son tres los factores principales que dan lugar al nacimiento de la Reforma Laboral estudiada en el presente trabajo:

- Amplia crisis económica, tanto a nivel mundial como a nivel nacional. En lo que respecta a España acusan fuertes pérdidas el sector automovilístico, la construcción, manteniéndose la exportación de alimentos y el sector turístico.

Por su parte aumenta la deuda pública del Estado, la cual se ve gravada con la subida de la prima de riesgo que lleva a España a pagar unos intereses altos por los fondos adquiridos.

Con el fin de reducir la prima de riesgo de los Bonos Españoles, el Estado se ve obligado a adoptar medidas fiscales y laborales para generar confianza en los mercados de deuda.

A todo ello hay que incluir la deuda privada exacerbada por la burbuja inmobiliaria.

- Alto nivel de desempleo en España. Como consecuencia principalmente de la destrucción de empleo en el sector de la construcción y en la industria. Comprobados los datos estadísticos se constata que uno de los principales problemas del desempleo en España se encuentra en el empleo juvenil y en la formación de los desempleados.

- Baja cualificación y formación de los trabajadores en España, cuyo tejido industrial está principalmente basado en la construcción, hostelería y turismo, acompañado de un alto nivel de temporalidad

- Cambio político ocurrido con las elecciones generales de 2011. Con el resultado de los comicios celebrados el 20 de noviembre de 2011, el Gobierno Español da un giro político hacia la derecha.

- Presiones y demandas internacionales y mercados económicos que exigen a España la adopción de medidas que liberen y flexibilicen el mercado laboral en España.

EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 DE 10 DE FEBRERO

IV. EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 DE 10 DE FEBRERO

El Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, supone otro paso más en el amplio proceso de reformas de nuestra legislación del trabajo, cuya finalidad, hasta el momento sin conseguirlo, es la creación de empleo y contribuir al saneamiento y a la mejora de la economía.

Esta enésima reforma no es independiente del anterior flujo de Leyes laborales y de Seguridad Social cuyo principal objetivo era la creación de empleo, cuyo inicio se efectuó en el año 2008, seguido por el Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio, y posterior Ley 35/2010 de 17 de septiembre, y por numerosas normas sucesivas entre 2010 y 2011.

La última reforma, como las anteriores, continúa dando respuesta a las peticiones internacionales (Preámbulo I). La principal diferencia entre este último Real Decreto-Ley y las modificaciones anteriores se encuentra esencialmente en el reforzamiento de los poderes empresariales.

La última reforma laboral, va más allá que sus predecesoras superando los límites que las anteriores habían respetado:

- Costes del despido
- Continuidad de la regulación establecida de la ultraactividad del convenio colectivo.
- Mantenimiento de la autorización administrativa para los despidos y suspensiones colectivas de los contratos de trabajo.

ACTIVACIÓN DEL MERCADO LABORAL

1. ACTIVACIÓN DEL MERCADO LABORAL.

1. A) INTERMEDIACIÓN

El Real Decreto-Ley 3/2012, sigue la línea iniciada en 1993-1994 de ampliación paulatina de los “agentes de la intermediación laboral” y la flexibilización de la regulación de las agencias de colocación.

Como indica en su Preámbulo “las empresas de trabajo temporal se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo”.

En este aspecto es de indicar el resultado positivo en el negocio de las ETT durante el año 2011. Entre las grandes firmas del sector, Randstadt mejoró su beneficio bruto en un 43% en los mercados de España y Portugal hasta septiembre; Manpower registró una mejora del 72% en el resultado operativo en la región del sur de Europa, y Unique consiguió un 6% más de ingresos (El Periódico de Aragón, noviembre de 2011). Según Santiago Soler, secretario general de ADECCO y miembro de la junta de AGETT, la actitud proactiva de las empresas del sector, “Salimos a la calle a hablar con las empresas y a ofrecerles soluciones a sus necesidades de plantilla”, es el motivo de dicho incremento. (Periódico de Aragón. noviembre 2011).

Siguiendo la línea reformista establecida en la intermediación laboral por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, se autoriza la actividad de intermediación laboral a las Empresas de Trabajo Temporal, cuya actividad “fundamental” sigue consistiendo en la contratación de trabajadores para ser cedidos con carácter temporal a otras empresas usuarias. Pueden ahora además actuar como agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, presentando una declaración responsable al Servicio Público de Empleo competente, sobre el cumplimiento de los requisitos que la Ley de Empleo y el Real Decreto 1796/2010 de 30 de diciembre exigen a las agencias de colocación.

También es de indicar que el Real Decreto-Ley flexibiliza la autorización de las agencias de colocación, convirtiendo en positivo el silencio administrativo, anteriormente, negativo que había establecido la Ley 35/2010, quedando redactado de esta manera el artículo 21 Bis. 2 de la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, en su párrafo 2º, "El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado supondrá la estimación de la solicitud por silencio administrativo".

1.B) CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y APRENDIZAJE.

Se justifica el Real Decreto-Ley 3/2012 en el Preámbulo II último párrafo, para la modificación nuevamente del artículo 11.2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores en “potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas”.

La principal modificación de este apartado se basa en la ampliación del periodo de contratación hasta 3 años, el cual solamente se podía alcanzar anteriormente mediante negociación colectiva, y la reducción del límite mínimo temporal a 6 meses por Convenio Colectivo, en lugar de un año.

Otra variación sumamente importante es que, un trabajador con contrato para la formación y el aprendizaje, no podía ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa una vez que se había expirado la duración del contrato. Tras la nueva redacción se abre la posibilidad de pueda ser contratado el trabajador nuevamente bajo esta modalidad, por la misma o distinta empresa para una actividad laboral u ocupación distinta a la del contrato de formación y aprendizaje previo. Ello puede conducir a la posibilidad de que un trabajador pueda ser contratado bajo esta modalidad durante un largo periodo de tiempo mediante la concatenación de distintos contratos de formación y aprendizaje para distintas actividades.

La Disposición Transitoria del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero indica que el límite de edad de los trabajadores para celebrar este tipo de contrato podrá ser de 30 años mientras que la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 15 %.

Las características principales del contrato de trabajo, además de su compaginación con una formación teórica es la obtención de un determinado

nivel de cualificación, es decir la obtención de una formación profesional dentro del puesto de trabajo más allá de la simple categoría de peón.

Por su parte, la empresa obtiene una cotización mucho menor a la Seguridad Social que la que correspondería al resto de las modalidades contractuales, consistiendo en una cuota única mensual de 36,39 euros por contingencias comunes, de los que 30,34 euros serán a cargo del empresario y 6,05 euros a cargo del trabajador, y de 4,17 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario. (OM de Cotización 2 de febrero de 2012). Todo ello además de las reducciones establecidas en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 3/2012 y de las posibles reducciones de cuotas empresariales durante tres años, si éstos se transforman en indefinidos. (1.500 euros /año o 1.800 euros/año sin se trata de mujeres)

Por consiguiente existe el riesgo de que estas contrataciones devenguen en un abaratamiento del trabajo de los jóvenes y que este tipo de relación laboral obligue a los jóvenes a permanecer años en una situación de inestabilidad y bajos salarios en trabajos de escasa cualificación, sin lograr una auténtica capacitación y especialización profesional. (Relaciones Laborales, marzo 2012).

1.C) CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES.

Según el Preámbulo III del RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero, el 99,23 % del tejido empresarial español, está formado por empresas de menos de cincuenta trabajadores. Ha éstas va dirigido el contrato de trabajo recogido en el artículo 4 de la indicada norma.

Son dos objetivos lo que se pretende con este nuevo modelo de contrato: el empleo estable y la iniciativa empresarial.

Periodo de prueba.

Un importante matiz caracteriza a este nuevo tipo de contrato, el periodo de prueba, que según reza el apartado 3º del artículo 4 indicado, será de un año en todo caso.

Merece especial mención dicho periodo de prueba en este tipo de contrato y una atención singular en los siguientes aspectos:

"la finalidad del instituto del período de prueba es la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo

general, breve” (Fundamento de Derecho SEGUNDO de la Sentencia TS Sala 4ª, de 20 de julio de 2011, nº recurso: 152/2010).

Como el Tribunal Supremo indicó en la Sentencia señalada, la figura del periodo de prueba tiene su fundamento en la comprobación de la aptitud profesional del trabajador. En base a esta nueva figura de contratación, puede existir en una misma empresa trabajadores cuya prestación de servicios en virtud de este nuevo contrato se encuentre sometida a un periodo de prueba más amplio que otros compañeros que no estén sometidos al mismo vínculo contractual.

La Sentencia anteriormente indicada, entendió que la habilitación que daba el Estatuto de los Trabajadores Art. 14 a los Convenios Colectivos para establecer diferente periodo de prueba no podía consentirse hasta tal extremo *“de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir -como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales”* (Fundamento de Derecho SEGUNDO de la Sentencia TS Sala 4ª, de 20 de julio de 2011, nº recurso: 152/2010).

Igualmente la STS de 12 de noviembre de 2007 indicaba que: *“no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (la adaptación de clientes para anunciarse en una guía telefónica), que en principio no presenta -ni se describen- circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado”*. (Fundamento de Derecho PRIMERO de la Sentencia TS Sala 4ª, de 12 de noviembre de 2007, nº recurso: 4341/2006)

En este momento, como continúa apreciando la STS de 12 de noviembre de 2007, puede ocurrir que se exija un periodo de prueba superior a una categoría profesional inferior *"...sobre todo si se compara con el resto de personal de ventas, incluidos los que ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, para los que se establece un período de prueba de 6 meses solamente"*, que la exigida a un trabajador que presta un servicio más cualificado y por consiguiente se debería exigir más tiempo para comprobar su aptitud en el puesto de trabajo.

Contemplada esta situación puede ocurrir que una persona contratada para un puesto de escasa cualificación se le exija en base a este nuevo contrato un periodo de prueba de un año, pudiendo ser exigido un periodo de prueba muy inferior a un trabajador que deba mostrar unas aptitudes profesionales muy superiores.

Por todo ello, hay que tener en cuenta, y poner en relación con el contrato de trabajo indefinido para apoyo a emprendedores establecido por la nueva Reforma Laboral, las Sentencias del Tribunal Supremo anteriormente expuestas, las cuales sentaron la doctrina científica de que un periodo de prueba establecido en Convenio Colectivo de amplia duración, sin guardar éste ninguna relación con la complejidad de la prestación de servicios efectuada por el trabajador, rompe con la institución y finalidad propia del periodo de prueba.

Esta práctica mal vista por el Tribunal Supremo en los Convenios Colectivos, han sido llevada esta vez a la normativa legal mediante el Real Decreto- Ley 3/2012 de 10 de febrero.

Compatibilización con desempleo.

Este tipo de contrato permite que, en el caso de que el trabajador contratado sea beneficiario de una prestación contributiva por desempleo, este pueda voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por

ciento de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de la contratación.

En todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos indicados anteriormente, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212 y 213 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Es en este caso, el artículo 212 de la Ley General de la Seguridad Social no deja duda. El derecho a la prestación quedará en suspenso mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a 24 meses. En este caso la suspensión supondrá la interrupción del abono de la misma y no afectará al período de su percepción.

Ahora bien, el artículo 213 de la misma norma indica que el derecho a la prestación por desempleo se extinguirá por la realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 210, o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses.

El apartado 3 del artículo 210, al cual hemos sido remitidos, indica que, *“Cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, éste podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial”*.

En la redacción principal dada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, el texto del articulado se presentó poco claro respecto a la ventura que corría el resto de prestación pendiente de percibir cuando el trabajador optaba por compatibilizar ésta con la nueva actividad.

Las enmiendas introducidas a la Reforma Laboral, y que se presentan en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de junio de 2012, vienen a concretar mucho más las posibilidades que se le presentan al trabajador.

En el trámite de enmiendas se introdujeron regulaciones mucho más concretas y precisas que las que en un principio recogía el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, señalando que:

1) El derecho a la compatibilidad de la prestación surtirá efecto desde la fecha de inicio de la relación laboral, siempre que se solicite en el plazo de quince días a contar desde la misma. Transcurrido dicho plazo el trabajador no podrá acogerse a esta compatibilidad.

2) La compatibilidad se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir.

3) En el caso de cese en el trabajo que suponga situación legal de desempleo, el beneficiario podrá optar por solicitar una nueva prestación o bien por reanudar la prestación pendiente de percibir. En este supuesto, se considerará como periodo consumido únicamente el 25 por ciento del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo.

4) La entidad gestora y el beneficiario estarán exentos durante la percepción del 25 por ciento de la prestación compatibilizada de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

La compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, como mediad de fomento de empleo, se encontraba ya contemplada en el artículo 228 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, concretamente en su apartado 4, el cual señala que:

“Cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso la Entidad Gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determine, sin incluir la cotización a la Seguridad Social”.

No obstante en el caso de la compatibilización señalada en el artículo 228.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aligera al empresario de parte del gasto que supone el abono del salario devengado por el trabajador, ya que el señalado artículo indica que el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda.

En el caso del programa de fomento de empleo para emprendedores, la compatibilización de la prestación por desempleo, supone un plus adicional para el trabajador, el cual lo percibe como un complemento al sueldo devengado por su prestación de servicios con el empresario.

Incentivos fiscales.

En el caso de que le primer contrato de trabajo concertado por la empresa se realice con un menor de 30 años, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de tres mil euros.

En este caso no se exige estar desempleado ni inscrito en la oficina de empleo correspondiente.

Adicionalmente, indica la norma, en caso de que el trabajador se beneficiario de una prestación contributiva por desempleo, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50 % de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades, siempre y cuando:

1. El trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante al menos, tres meses en el momento de la contratación.

2. El importe de la deducción quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral y no se modificará por las circunstancias que se produzcan con posterioridad.

3. La empresa requerirá al trabajador un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

Esta medida ha sido ampliamente cuestionada por muchos juristas como medida que pretende incentivar el empleo estable de trabajadores desempleados, pues discrimina en el conjunto de trabajadores desempleados a los perceptores de una prestación contributiva de los que no cuentan con esa protección por diferentes motivos como puede ser carecer de periodo de carencia o haber agotado la protección contributiva. Siendo razonable pensar que los trabajadores desempleados sin cobertura económica son los que requieren con más celeridad una ocupación.

Incentivos en Seguridad Social.

Este tipo de contrato además conlleva la posibilidad de disfrutar de diferentes bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la contratación de desempleados inscritos en las oficinas de empleo perteneciente a diferentes colectivos:

Jóvenes entre 16 y 30 años. Como ya se ha indicado en la presentación de este trabajo, es el sector juvenil el más castigado por el desempleo. Estos colectivos darán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años de 1.000, 1.100 y 1.200 durante el primer, segundo y tercer año respectivamente.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores de baja representación femenina, esta bonificación se incrementará 100 euros más al año.

La intención de fomentar la contratación de mujeres en actividades laborales que tienen escaso índice de ocupación de dicho género, es una inquietud que ha motivado al legislador ya desde varios años atrás, el 16 de diciembre de 1997 se dictó la Ley 64/1997 en la que ya se establecían bonificaciones de la cuota empresarial en los contratos de mujeres para prestar servicios en profesiones u oficios en lo que el colectivo se hallare subrepresentado. Por lo que, para poder determinar cuáles son las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino, tenemos que remitirnos a la Orden 16 de septiembre de 1998 (BOE de 29 de septiembre)

Esta Orden Ministerial establece un listado de las actividades en las que no se entiende que exista subrepresentación femenina, y por lo tanto estas ocupaciones no darán derecho a bonificaciones.

Mayores de 45 años *que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación* (1.300 euros al año) durante tres años.

En el Proyecto de Ley presentado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4 de junio de 2012, se recoge la enmienda que excluye en este colectivo el requisito de estar inscrito en la Oficina de Empleo al menos doce meses.

Cuando se concierte con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 1.500 euros al año.

Requisitos

Para poder efectuar este tipo de contrato, la empresa en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, no deberá haber realizado extinciones de contrato por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial (por lo que sí que podrían celebrarlo las empresas que hubieran reconocido como improcedente en conciliación o en el momento mismo de la extinción) o hubiera procedido a un despido colectivo. Afectará a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido para el mismo centro o centros de trabajo.

Para la aplicación de los incentivos, tanto fiscales como bonificación de cotizaciones, deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, debiendo proceder en caso de contrario a su reintegro.

No obstante, no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento cuando el contrato se extinga por:

- Despido disciplinario declarado o reconocido como procedente
- Dimisión, muerte, jubilación o Incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

1.D) PROGRAMA DE FOMENTO DE EMPLEO EN ECONOMÍA SOCIAL Y EMPLEO AUTÓNOMO.

El artículo 228.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la entidad gestora de la prestación de desempleo, podrá abonar de una sola vez, cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir.

Este programa de fomento del empleo quedó establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre.

El Real Decreto-Ley introdujo como medida de fomento del trabajador autónomo modificaciones sobre el porcentaje a percibir de la prestación pendiente, en el caso de desempleados que quieran constituirse como autónomos.

De esta manera, podrá percibir según las reglas que establece dicha disposición transitoria, el abono de una sola vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para desarrollar la actividad, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad, con el límite máximo del 60 por 100 del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente de percibir, siendo el límite máximo del 100 por 1000 cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes hasta 30 años de edad, o mujeres jóvenes hasta 35 años, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud.

Bonificaciones en las nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos.

En el trámite de proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, se aprobaron varias enmiendas al articulado de la norma. Una de ellas fue la introducción de una Disposición Adicional Undécima al proyecto de Ley de la norma.

Dicha Disposición Adicional Undécima señala que

“El cónyuge, pareja de hecho y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen como nuevas altas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, incluyendo a los de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, tendrán derecho a una bonificación durante los 18 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial de trabajo por cuenta propia que corresponda”.

Es de señalar que tal redacción recoge la consideración también de la pareja de hecho, concretando en el apartado 2 de dicha Disposición Adicional que se considera como tal *“la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”.*

Para acreditar la existencia de pareja de hecho se podrá efectuar mediante *“la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”*.

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

2. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

2.A) FORMACIÓN.

Con fundamento en el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución Española, y en la necesidad de que los poderes públicos fomenten la formación y readaptación profesionales del artículo 40 de la Carta Magna, se construyó por la Ley Orgánica de Calificaciones y de Formación Profesional 5/2002 de 19 de junio y el RD 395/2007, de 23 de marzo, todo un sistema de formación profesional sin parangón hasta la actualidad en la que lo viejo renace para convertirse no en algo nuevo, sino en algo diferente (Vid. MUÑOZ V. 2009).

El artículo 9 de la indicada norma define formación profesional como *"el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversa profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica"*

Vistos los datos que se han señalado al inicio del trabajo, el Gobierno contempla la formación como uno de los pilares fundamentales de la reforma laboral, necesaria para una mejor carrera y desarrollo profesional de los trabajadores. En este sentido el Preámbulo II reconoce que *"El desarrollo de la formación profesional para el empleo ha sido notable en las últimas dos décadas"*, No obstante señala que se han detectado ciertas deficiencias y las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley apuestan *"por una formación profesional que favorezca el aprendizaje permanente de los trabajadores y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales"*. Señala

que uno de los pilares fundamentales de esta reforma en materia de formación es *“el reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual, reconociéndose a los trabajadores un permiso retribuido con fines formativos. Asimismo, se reconoce a los trabajadores el derecho a la formación profesional”*.

Entidades de formación y Cuenta de formación.

La reforma reconoce mediante la reforma del artículo 26 1. c) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo a los centros y entidades de formación debidamente acreditados el derecho a participar en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo, y no solo a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Además atribuye al trabajador una cuenta de formación asociada a su número de afiliación a la Seguridad Social en la que los Servicios Públicos de Empleo anotarán la formación del trabajador a lo largo de su carrera profesional (nuevo apartado 10 del art. 26 de la Ley de Empleo), quedando pendiente de un desarrollo reglamentario.

Permisos de formación.

El Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero introduce importante modificaciones en lo que a formación profesional concierne. El artículo 4, apartado 2, letra b) del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores incluye expresamente, el derecho de los trabajadores a la promoción y formación profesional en el trabajo, la formación “dirigida” a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo.

En consonancia, el art. 52 de la misma norma, en su letra b), sobre la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, impone al empresario la obligación de ofrecer al trabajador

un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, lo que hasta ahora era voluntario para el empresario, no pudiendo producirse la extinción del contrato de trabajo hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

También con objeto de mejorar y facilitar la formación profesional a desarrollar por el trabajador, se introducen modificaciones en el artículo 23 del Estatuto de los trabajadores.

Añade, de un lado, el derecho a “la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”, en concordancia con el artículo 4 y 52 nombrados anteriormente, que *“correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación”*. Este tiempo dedicado a la formación se considerará tras la nueva reforma *“tiempo de trabajo efectivo”*.

Por otra parte se introduce el derecho de los trabajadores con una antigüedad mínima en la empresa de un año *“a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación vinculada al puesto de trabajo, acumulables por un período de hasta tres años”*. La concreción del disfrute del nuevo permiso retribuido de veinte horas anuales de formación para trabajadores con un año de antigüedad en la empresa *“se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario”*.

El nombrado artículo 23 fue objeto de enmienda parcial en el trámite parlamentario de aprobación como proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, ampliando la posibilidad de acumulación por un periodo de hasta CINCO años, incluyendo que *“El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo”*

en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva”.

También en el trámite de enmienda parlamentario se introdujo una observación y una concreción en dicho artículo señalando que *“no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes”.*

Evidentemente, con ello se quiere dejar claro que no puede dar por cumplido el empresario este derecho del trabajador cuando ofrezca formación a la que esta obligado por Ley a impartir a sus trabajadores, cuyo ejemplo principal es la formación en prevención de riesgos laborales que como reza el artículo 19 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre).

Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores desempleados

El párrafo tercero del apartado 4ª del artículo 228 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, establece que: *“Asimismo, con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados, así como de incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados, se determinarán programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. En este caso, los trabajadores podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo a que se refiere este apartado”*

La Disposición Transitoria 6ª, de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, establecía que la aplicación de este programa sería

VOLUNTARIA para los trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. Tras la modificación efectuada por el Real Decreto-Ley 3/2012, esta adscripción pasa de ser voluntaria a OBLIGATORIA, medida que facilita la participación en actividades formativas, pero también impone la obligación de aceptación de estos trabajos.

El beneficio del empresario en este caso, viene recogido en la misma Disposición Transitoria SEXTA de la Ley 45/2002, al indicar en el apartado 2 que el empresario durante el periodo de percepción de la prestación o subsidio que se compatibiliza deberá abonar únicamente al trabajador la diferencia entre la cuantía de la prestación o subsidio por desempleo recibida por el trabajador y el salario que le corresponde.

2.B) CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

La última modificación efectuada por el Real Decreto-Ley en lo referente al contrato de trabajo a tiempo parcial es la posibilidad de realizar horas extraordinarias.

La prohibición de realizar horas extraordinarias en este tipo de contrato se ha venido manteniendo en el tiempo desde la reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial efectuada por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre. Normativa que introdujo las horas complementarias cuya finalidad era la compensación a dicha prohibición (salvo las horas extraordinarias realizadas por fuerza mayor).

Esta última modificación se caracteriza por varias peculiaridades:

1) La realización de horas complementarias estaba permitida únicamente en el caso de contratos a tiempo parcial con carácter indefinido, en cambio la autorización concedida por el Real Decreto-Ley 3/2012, permite la realización de horas extraordinarias tanto a contratos indefinidos como temporales.

2) Antes de que se permitieran las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, el número de horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, así como su distribución podían ser conocidas tanto por el trabajador, como por la administración con antelación, ya que el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores exige que tal contenido se plasme en el contrato de trabajo celebrado por escrito. De igual manera se exige que las horas complementarias se debían formalizar por escrito, en modelo oficial establecido al efecto, de esta manera el trabajador conocía el número de horas complementarias que se podían exigir así como su distribución, según lo que estuviera establecido en el Convenio Colectivo de aplicación o en el pacto de horas complementarias, y salvo que el convenio estableciera otra cosa, el

trabajador deberá conocer el día y hora de realización de éstas con un preaviso de siete días.

Con la reaparición de las horas extraordinarias, el control de la jornada efectuadas por el trabajador a tiempo parcial se reduce en manera inversa a la flexibilidad que se le concede al empresario para ampliar la jornada del trabajador, siempre claro, dentro del carácter voluntario que tiene las horas extraordinarias normales.

Las horas complementarias se introdujeron por el Real Decreto-Ley 15/1998 de 27 de noviembre como ya se ha dicho, con carácter sustitutivo a las horas extraordinarias, sin embargo, como reza el artículo 12.5 f) del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, las horas complementarias se computarán a efectos de la base de cotización a la Seguridad Social y **períodos de carencia** y bases reguladoras de las prestaciones. En cambio las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, sean o no motivadas por fuerza mayor, se computarán, como indica la Disposición Final 9ª apartado 4º del Real Decreto-Ley 3/2012, exclusivamente a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones comunes, por tanto nada indica del periodo de carencia.

Por consiguiente el legislador era consciente de que un mayor número de horas trabajadas en un contrato a tiempo parcial, que las establecidas en el contrato de trabajo, debían computarse tanto para la base de cotización como para el periodo de carencia necesario para las prestaciones.

Periodo de Carencia

De esta manera, el RD 1131/2002 de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre), en desarrollo a lo establecido en el artículo 12 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y la Disposición Adicional 7ª, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, indica que para acreditar

los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, etc., **se computarán exclusivamente las horas trabajadas, tanto ordinarias, como complementarias**, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales.

Por consiguiente, y en vista del literal de la redacción de la normativa señalada en el párrafo anterior debe entenderse que las horas extraordinarias no computar para el periodo de carencia de las prestaciones, ya que no se numeran en la lista de sumandos que la fórmula recoge para calcular los días teóricos de cotización.

Toda vez que la nueva redacción dada al artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores por el RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero, indica que, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial, sería de lógica comprensión que también computarán las horas extraordinarias efectuadas como periodo de carencia, al objeto de obtener prestaciones pertinentes, completando de esta manera la intención del Legislador, que deja entrever la redacción dada a dicho artículo, al permitir que sí formen parte de la base de cotización por contingencias comunes la retribución de las horas extraordinarias realizadas por el trabajador.

Base reguladora de la prestación por desempleo

La Disposición Final novena del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero tampoco es muy clara respecto a la incidencia de la cotización de estas horas extraordinarias que integran la base de cotización por contingencias comunes, en lo que a la prestación de desempleo se refiere, ya que señala que computarán exclusivamente a efectos de determinar la base reguladora de las

prestaciones por contingencias comunes y respecto a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, se estará a lo dispuesto en el ordenamiento vigente.

Tanto la Disposición Adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social, como el RD 1131/2002 de 31 de octubre, indican que para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica.

Esta remisión nos lleva al artículo 211 de la LGSS y al artículo 4 del Real Decreto 625/1985 de 2 de abril, cuya redacción señala que en el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se excluirá la retribución por horas extraordinarias, con independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia.

En consecuencia, si bien las cotizaciones correspondientes a la horas extraordinarias efectuadas por los trabajadores con contrato a tiempo parcial, sí se tendrán en cuenta para la base reguladora de las prestaciones originadas por contingencias comunes, para la contingencia de desempleo según señala la normativa específica en la materia, parecen no ser tenidas en cuenta para el cálculo de la prestación.

2. C) TRABAJO A DISTANCIA.

Tras los importantes avances tecnológicos experimentados en las últimas décadas, aparece en el sistema de relaciones laborales una nueva figura, hasta el momento sin regulación normativa en España, el denominado “teletrabajo”.

Podemos definir el teletrabajo como la actividad laboral, generalmente en el sector servicios, por cuenta propia o ajena, que se lleva a cabo fuera del centro de trabajo habitual, utilizando las tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Tiene dos modalidades básicas, a saber: primero, la de estar conectado con el sistema central (sistema on line) en el que el trabajador se integra mediante la teleinformática; y en segundo lugar, sin tener conexión directa el trabajador con el sistema central (sistema off línea) donde se trabaja con medios informáticos y ofimáticos, pero para la recepción y entrega del trabajo a la empresa se emplean métodos convencionales, como el correo ordinario o el electrónico. (J. M. Leones, Actualidad Jurídica Aranzadi. 2003).

En un principio, la anterior regulación del contrato de trabajo a domicilio, estaba pensada para una realidad socio-económica determinada (proliferación de trabajo manufacturero en industrias como la textil, el calzado o la juguetería, por ejemplo), (M. A. Purcalla, Aranzadi Social, 2003)

Pero en ningún modo el teletrabajo se puede asimilar directamente al trabajo a domicilio, ya que solamente se podría equiparar a éste si concurriesen los dos supuestos necesarios: elección libre por parte del trabajador y ausencia de control directo empresarial.

En su Preámbulo III, del Real Decreto-Ley 3/2012 señala que *“El deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías al teletrabajo: una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad*

de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar”.

En su nueva redacción, el artículo 13 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, pasa a definir el trabajo desarrollado en el domicilio del trabajador o libremente elegido por éste, como trabajo a distancia, en lugar de trabajo a domicilio.

Las principales novedades que recoge la modificación efectuada son las siguientes:

En la nueva redacción, los trabajadores podrán ejercer sus derechos de representación colectiva conforme lo establecido en el Estatuto de los trabajadores, a tales efectos los trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa. Se elimina de esta manera la prohibición que recogía la anterior redacción del artículo 13, que indicaba que este derecho a la representación colectiva no podía realizarse cuando se tratara de un grupo familiar.

Se excluye también la obligación de poner a disposición del trabajador a distancia un documento de control de la actividad laboral que realicen. Dicho incumplimiento, continúa tipificado como infracción administrativa leve en el artículo 6.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden de lo Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de agosto, el cual podría entenderse tácitamente derogado.

En consecuencia, se quiere dar un paso más a la regulación del “teletrabajo”, pero continúa siendo requisito del ahora llamado trabajo a distancia, que éste se efectúe en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por él.

2.D) JORNADA.

La jornada laboral, conforme reza el artículo 34 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, estableciéndose un límite máximo legal, cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual.

Al indicar, tanto la actual normativa como la anterior “de promedio en cómputo anual”, está claro que se permite una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, siempre y cuando no se supere el promedio de cuarenta horas semanales.

Por convenio colectivo o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, indica el apartado 2 del artículo 34 de la indicada norma, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada de trabajo.

El Real Decreto-Ley introduce una última frase es este apartado que faculta a la empresa, de forma unilateral, y sin necesidad de pacto a distribuir a lo largo del año el 5 % de la jornada de trabajo. Siempre y cuando, al igual que anteriormente, se respeten los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley.

A este apartado se han introducido enmiendas aprobadas por el Congreso de los Diputados, tras cuya aprobación parlamentaria, el porcentaje de jornada a distribuir de manera irregular de forma unilateral por la empresa podrá ser del 10 %.

El 10 por ciento de la jornada máxima establecida en el Estatuto de los Trabajadores, comprende un total de 182,6 horas anuales, (en una jornada de 1826 horas/anuales).

Esta medida amplia considerablemente la flexibilidad que posee el empresario, el cual sin necesidad de acreditar causas económicas, técnicas organizativas o de producción, está facultado para efectuar las variaciones que estime oportunas en la distribución de más de 182 horas de trabajo, sin la necesidad de llegar a ningún tipo de acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Con anterioridad a la publicación del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, multitud de empresas a consecuencia de la crisis actual recurrieron a las ya públicamente denominadas “bolsas de horas” mediante el cual, previo acuerdo entre la empresa y los trabajadores se establecía una distribución irregular de la jornada mediante la acumulación de horas en un momento puntual, en el que la empresa tiene una gran carga de producción, para después compensar ese exceso de jornada efectuado con descansos compensatorios en periodos en que la necesidad de producción desciende.

Multinacionales como OPEL (CincoDías.com 9 de septiembre de 2011), SEAT (Elmundo.es 10 de septiembre de 2008), RENAULT (El Economista.com 24 de noviembre de 2011), CITROEN (Elpais.es 22 de enero de 2011), entre otras muchas empresas, han acudido al llamado pacto de “bolsa de horas” mediante el cual se distribuye de manera irregular la jornada de trabajo, al objeto de optimizar la producción en momentos puntuales y retribuir este exceso de jornada mediante descansos compensatorios.

Una justificación legislativa anterior a la reforma efectuada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, a las “bolsas de horas” la encontramos en el artículo 35 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Este artículo regula la realización de horas extraordinarias, siendo éstas voluntarias, *“salvo que su realización de haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo”* en cuyo caso pueden pasar a ser de carácter obligatorio, siempre, claro está, con los límites que marca el apartado 35.2.

Ahora bien, las horas extraordinarias pueden ser compensadas mediante salario o bien, mediante descanso retribuido por tiempo equivalente, dentro de los cuatro meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias realizadas. Esta última opción es la elegida como preferente por el legislador en caso de ausencia de pacto al respecto.

De esta manera, las horas extraordinarias que hayan sido compensadas por "*tiempo equivalente de descanso retribuido*" no se computarán al efecto del límite de las ochenta horas al año, y por lo tanto pierden en esencia el carácter de "exceso" de jornada que tiene la hora extraordinaria, pasando a dar forma a lo que no dejaría de ser más que una distribución irregular de la jornada.

Pues bien, esta "distribución irregular de la jornada", creada por una compensación mediante descanso retribuido del exceso de jornada efectuada en un momento determinado, siempre estaba sometida a la voluntad del trabajador o al acuerdo alcanzado entre empresarios y trabajadores a través del convenio colectivo.

Con esta nueva reforma la necesidad de acuerdo ya no es necesaria, al menos en el diez por ciento de la jornada anual, siendo necesario éste para la distribución irregular que exceda de tal porcentaje.

De esta manera el empresario tiene completa libertad, en concentrar gran parte de la mano de obra contratada, sin necesidad de acuerdo previo, en un determinado momento de producción punta, para después ser este tiempo compensado con descanso retribuido en otro periodo de baja actividad. Situación similar a la que se contemplaba anteriormente con las horas extraordinarias compensadas por descanso, pero siendo necesario en este caso el acuerdo entre empresario y trabajadores.

No obstante, nada decía en un principio la nueva redacción dada al artículo 34 .2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores sobre: preavisos, respeto de turnos, descanso semanal, etc.

Posteriormente se aprobó la enmienda nº 3 al indicado artículo por el Congreso de los Diputados y se introdujo el derecho del trabajador a conocer con un preaviso mínimo de cinco días, el día y la hora de la prestación de servicios resultante de la distribución irregular de la jornada.

Además de lo señalado en el artículo 34.2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores hay que tener en cuenta lo regulado en otros artículos de la misma norma que puede afectar en cierta manera a la distribución irregular de la jornada y que no han sido nombrados ni modificados en esta reforma laboral:

a) Calendario laboral.

El artículo 34.6 establece la obligación de elaborar anualmente por la empresa un calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo.

Este hecho conlleva que cada trabajador debería conocer de antemano la distribución de la jornada a realizar a lo largo de los 12 meses del año. No obstante, parece que el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, no ha querido entrar a regular de manera más detallada y acorde con la nueva distribución irregular de un porcentaje de la jornada, la figura del calendario laboral, quedando de esta forma la redacción de dicho apartado como estaba con anterioridad a la reforma laboral.

b) Vacaciones.

A pesar de la posibilidad ofrecida al empresario de distribuir de manera irregular un porcentaje de la jornada anual de trabajo, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores continúa manteniendo en el artículo 28.3 el derecho de los trabajadores a conocer con una antelación al menos de dos meses la fecha de comienzo de disfrute de las vacaciones.

Por consiguiente, parece desprenderse de la lectura de ambos artículos, el 34 y 38 del TRET, que la distribución irregular de la jornada, además de respetar el periodo de preaviso establecido por la Reforma Laboral, deberá respetar también el periodo vacacional, una vez que se haya conocido por el trabajador la fecha de su disfrute con al menos los dos meses de antelación señalados en el artículo 38.

2. E) PERMISO POR LACTANCIA

El artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, además de concretar y clarificar los supuestos en los que se contempla el permiso de lactancia de un menor de nueve meses, y por supuesto, en aras de la igualdad de género, sustituye la referencia efectuada únicamente a la mujer en su anterior redacción.

En la redacción originaria del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores el permiso de lactancia se reconocía exclusivamente a la mujer, es decir, a la madre trabajadora, circunstancia que, pese a las insistentes críticas de la doctrina científica, fue considerado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 109/1993 de 25 de marzo

Diferentes Sentencias, entre las que se encuentra la de Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sala de lo Social de 22 de septiembre de 2010, señalaba que *"Este permiso de lactancia es un permiso de titularidad exclusivamente de la madre, dada la redacción del precepto del Estatuto de los Trabajadores en el que se inicia diciendo: "Las trabajadoras.."."* (Fundamento de Derecho TERCERO de la STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010, nº 4103/2010). De este modo, se señalaba en la indicada Sentencia que siendo la titularidad en exclusiva de la madre trabajadora, si la madre no trabaja, el padre no tiene derecho alguno ya que el suyo es un derecho derivado.

Continuaba diciendo que: *"existe una titularidad femenina principal en un ejercicio masculino secundario constitutivo de una clara discriminación sexista directa lo que en este caso no empece el derecho que se reclama por el padre que es simplemente su disfrute en lugar de la madre titular del derecho. Por esa razón, teniendo derecho al mismo la madre trabajadora por cuenta ajena, ese derecho puede ser disfrutado por el padre o la madre"* (Fundamento de

Derecho TERCERO de la STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010, nº 4103/2010).

De la misma manera la STSJ de Navarra sala de lo Social de 24 de junio de 2008, siguiendo la interpretación que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002 efectuó sobre la decisión de compartir el permiso de maternidad establecido en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, señaló que: *"La titular originaria de este derecho es la trabajadora, que sea madre de un menor de nueve meses. La trabajadora puede transmitir este derecho al padre del menor, si es también trabajador, pero el padre sólo accederá al disfrute del mismo, en el caso de que la madre decida renunciar a su prioridad de ejercer ese derecho"* (Fundamento de Derecho PRIMERO de la STSJ de Navarra de 24 de junio de 2008, nº 154/2008) .

Posteriormente se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) en su Sentencia del 30 de septiembre de 2010 (TJCE\2010\280), procedimiento entre Pedro Martínez Roca y Sesa Start España ETT SA. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia presentó cuestión prejudicial sobre la vulneración de la Directiva 76/204 de 9 de febrero, en lo que respecta al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por sexo, recogiendo en su Sentencia el TJCE de 30 de septiembre de 2010, lo siguiente:

"...el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función

parental (véase en ese sentido la sentencia Lommers [TJCE 2002, 106] , antes citada, apartado 41).

Como ha puesto de relieve la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. ..., que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño".

Por consiguiente el TJCE decidió que:

"El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (LCEur 1976, 44) , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena".

Esta interpretación jurídica se recoge y plasma en el nuevo contenido dado al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, tras la última reforma laboral.

En consecuencia, y tras la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, actualmente parece no existir ningún impedimento que niegue al padre la posibilidad de disfrutar de la hora de ausencia de trabajo para la lactancia, dividirla en dos fracciones, sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora *“o acumularlo por jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo establecido en aquella”*.

No obstante, solamente podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

2. F) GUARDA LEGAL.

Si a todos ojos la reforma estudiada en el apartado anterior tiene un carácter ampliatorio y conciliador, la reforma introducida en la reducción de jornada por guarda legal, tiene un carácter restrictivo, en contra de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Constitucional.

En la anterior redacción del artículo 37.5 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores indicaba que “... *tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo...*”.

Nada decía del espacio temporal que debía comprender la jornada. Es más, la gran mayoría de los Convenios Colectivos se refieren a la jornada de trabajo en cómputo anual. Así, a modo de ejemplo el Convenio colectivo nacional para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, establece que la jornada ordinaria de trabajo será de 1754 horas anuales; El Convenio Colectivo del Corcho establece la jornada ordinaria en 1752 horas semanales.

Por todo ello, es lógico pensar que, atendiendo al fin que el artículo persigue, el cual no es otro que la guarda y cuidado de un menor o una persona con discapacidad, se permitiera una distribución irregular de la jornada reducida para poder cumplir adecuadamente con su propósito.

Tal distribución irregular tiene su lógico propósito en poder atender el cuidado de los menores durante el periodo vacacional de la escolarización. Es socialmente conocido que durante los periodos estivales, Semana Santa y Navidades, a modo de ejemplo, las vacaciones escolares son más amplias que las que posee un trabajador a jornada completa, por lo que, son en estos

momentos más que nunca, cuando surge la necesidad de no asistir al trabajo para dedicarse a la guarda de un menor.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional, Sala Primera, en su Sentencia del 15 de enero de 2007 nº 3/2007, en la cual se señaló que: *“La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art.14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego”* (Fundamento Jurídico nº 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 3/2007 de 15 de enero de 2007).

En base a esta doctrina Constitucional, se reconoció por los Tribunales Superiores de Justicia la concreción de la reducción de jornada de forma agrupada y no solamente diaria, si tal propósito ayudaba a cumplir el fin que la norma había establecido que no era otro que la conciliación de la vida familiar y laboral. Sentencias como la del TSJ de Galicia de 20 de mayo de 2010 y 26 de octubre de 2011, TSJ de Castilla la Mancha de 13 de enero de 2011 y STSJ de Madrid de 12 de octubre de 2008, recogen acertadamente el principio de interpretación indicado por el Tribunal Constitucional.

Tras la modificación efectuada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, ya no hay lugar a aplicar dicha interpretación, ya que en la nueva

redacción del artículo 37.5 se recoge explícitamente que "...*tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria...*", no dando pie pues, salvo acuerdo entre empresa y trabajador, o criterios establecidos en los convenios colectivos, a una agrupación de la señalada reducción.

2. G) VACACIONES ANUALES.

El artículo 38 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, fue modificado últimamente por la Ley 3/2007 de 22 de marzo, Ley de igualdad efectiva de hombres y mujeres, para introducir la doctrina sentada principalmente por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de marzo de 2004 entendió que *“que el art. 7 de la, ya mencionada, Directiva 93/104 deba interpretarse en el sentido de que la coincidencia entre las fechas del permiso de maternidad de una trabajadora y el de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla de la empresa a la que, la misma, viene prestando servicios no puede impedir el ulterior disfrute de la vacación anual por parte de la trabajadora que hubo de estar sujeta al periodo de descanso por maternidad”*

Esta interpretación y todas las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, entre otras la del 10 de octubre de 2005, dictadas en esta materia, llevaron al legislador a modificar el artículo 38 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores a través de la Ley 3/2007 de 22 de marzo.

Ahora bien, el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, ha introducido otro nuevo párrafo el cual permite que, *“en el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior, que imposibilite al trabajador disfrutarlas total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”*.

Como curiosidad indicar que el periodo máximo de incapacidad temporal establecido por el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la

Seguridad Social son 365 días más una prórroga de 180 días, es decir los 18 meses que casualmente señala la redacción del nuevo artículo 38 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Tampoco es ajena la reforma introducida por el Real Decreto-Ley a las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea 20/01/09 interpretó el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE, cuyo texto es idéntico al homólogo de la Directiva 93/104 /CE. En este sentido señaló que: *"Como conclusión y con toda rotundidad se afirma que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas» [apartado 49; y declaración 2) de la parte dispositiva]"*.

Al igual que ocurrió con la Sentencia del 18 de marzo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo aplicó la doctrina sentada por ésta y reconoció el derecho de los trabajadores a disfrutar de las vacaciones anuales, aunque dicho disfrute sea en el año siguiente a su devengo, cuando en el periodo que previamente se había establecido su disfrute, el trabajador se encontrara incapacitado para el trabajo, entre otras SSTS de la Sala de lo Social, 24 de junio de 2009, 4 y 11 de febrero de 2010, 15 de noviembre de 2010 y 25 de mayo de 2011, entre otras muchas.

Por consiguiente, la nueva redacción del artículo 38 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, no es sino una traslado de la interpretación

del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en materia de vacaciones, concretamente del artículo 7 de la Directiva 2003/88.

2. H) MOVILIDAD FUNCIONAL, GEOGRÁFICA Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.

Las instituciones que contribuyen a la adaptabilidad de las empresas a las vicisitudes del contrato de trabajo, el cual evidentemente no puede, ni debe, permanecer invariable a lo largo de toda su vida, son tres medidas de flexibilidad interna: la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, ha afectado a todas y cada una de las tres.

La reforma ha afectado a sus diferentes ámbitos de imputación, a “las causas que legitiman el ejercicio por parte del empresario de esa facultad extraordinaria en que consiste la modificación de una concreta condición de trabajo pactada o novadas y, en fin, al procedimiento exigido para su calificación jurídica como una decisión empresarial jurídicamente regular” (La Ley 2012).

2. H .a) Movilidad funcional.

Como consecuencia de la modificación efectuada también en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se han suprimido las categorías, manteniéndose únicamente los grupos profesionales, también aparecen únicamente referencias en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores al grupo profesional.

Anteriormente la movilidad funcional únicamente tenía la limitación de las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. En la actualidad con un claro principio flexible, se establece “*que la movilidad funcional en la empresa se*

efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con "respeto a la dignidad del trabajador".

Por consiguiente, ya no tiene que ser necesariamente dentro del grupo profesional, sino se pueden asignar al trabajador tareas y funciones correspondientes a cualquier otro grupo profesional, siempre y cuando se posea la titulación precisa y se respete la dignidad del trabajador.

Tal es la flexibilidad que se otorga al empresario con la nueva redacción del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores que, en el caso de asignar al trabajador funciones diferentes a la de su grupo profesional, solamente será posible *"si existen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención"*. De esta manera, el empresario ya no tiene que justificar que la medida adoptada está basada en *"necesidades perentorias o imprevisibles"* de la actividad productiva, en el caso de que se asignen funciones inferiores.

Se mantienen no obstante las siguientes características:

- La necesidad de comunicar la decisión a los representantes de los trabajadores.
- El derecho a la remuneración que se venía percibiendo, o la que corresponda en caso de realizar funciones superiores.
- El derecho a reclamar el ascenso o la cobertura de la vacante.

De esta manera el Real Decreto-Ley 3/2012 ha unificado las causas de ambas modalidades de movilidad funcional, lo que ha conllevado la ampliación de las posibilidades concedidas al empresario de asignar a sus trabajadores tareas correspondientes a categorías inferiores, ampliando de esta manera los poderes de adaptabilidad del empresario.

2. H. b) Movilidad geográfica

Tanto la movilidad geográfica como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo anteriormente se entendía que concurrían las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que la justificaban, cuando la adopción de las medidas propuestas contribuían a *“mejorar la situación de la empresa 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”*.

Tras la nueva redacción dada por la reforma laboral, ya no se requiere que, en términos generales, las medidas a adoptar contribuyan a mejorar la eficacia de la empresa, sino que únicamente estén relacionadas con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo.

Lógicamente todas las razones que los indicados artículos señalan, estarán relacionadas con la competitividad, la causa de la producción con la productividad y las organizativas con la organización técnica o del trabajo.

En cuanto a la movilidad geográfica hay que señalar como principal modificación, la eliminación de la posibilidad de que el trabajador se pueda dirigir a la autoridad laboral, la cual a la vista de las posiciones de las partes, y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen podrá ordenar la ampliación del plazo de ampliación, y la consiguiente paralización de la efectividad el traslado por un periodo de tiempo, que nunca podría superar los seis meses.

El desarrollo de este apartado se efectuó en el RD 801/2011 de 10 de junio (BOE de 14 de junio), el cual señalaba que: *“la autoridad laboral, decidido un traslado colectivo de trabajadores, a la vista de las posiciones de las partes y teniendo en cuenta las consecuencias económicas y sociales de la medida y previa petición formulada al efecto, podrá ordenar la ampliación del*

plazo de incorporación de los trabajadores al nuevo puesto de trabajo y la consiguiente paralización del traslado por un período de tiempo no superior a seis meses”.

Como consecuencia de la eliminación de la posibilidad de recurrir a la autoridad laboral y de que ésta ordene la paralización del traslado, se modifica también el artículo 8.14 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto), excluyendo por supuesto la infracción muy grave que suponía *“el incumplimiento por el empresario de la paralización de la efectividad del traslado, en los casos de ampliación del plazo de incorporación ordenada por la autoridad laboral..”*.

Con todo ello, indudablemente hay que resaltar nuevamente la flexibilidad que otorga la nueva reforma laboral al empresario, pasando, ni más ni menos, de tener los trabajadores la posibilidad de paralizar el traslado hasta seis meses a través de la autoridad laboral, cuyo incumplimiento constituía una infracción muy grave, a acatar la medida adoptada por el empresario, quedando únicamente, y por supuesto, la posibilidad de la tutela judicial.

Movilidad geográfica de víctimas de violencia de género y víctimas de actos terroristas.

Tras la aprobación de las enmiendas parlamentarias, las cuales quedaron recogidas en el Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4 de junio de 2012, se incluyeron en el artículo 40.3 bis los derechos de las víctimas de actos terroristas equiparando a éstas en derechos de movilidad geográfica a las víctimas de violencia de género.

En consecuencia para ambos colectivos se contempla un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o

categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo a ocupar.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores.

Terminado este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

Movilidad geográfica de trabajadores con discapacidad.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales, se publicó el Proyecto de Ley medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, nacido del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, incluyendo como consecuencia de las enmiendas el apartado 3.ter del artículo 40.

Dicho apartado recoge la derecho de los trabajadores con discapacidad, que para hacer efectiva su protección a la salud, acrediten la necesidad de recibir un tratamiento de *“rehabilitación, físico o psicológico”* relacionado con su discapacidad fuera de su localidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de los centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible el tratamiento necesario.

Todo ello, en las mismas condiciones que el artículo 40 recoge para las víctimas de violencia de género y las víctimas de terrorismo.

2. H. c) Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Son varias las novaciones introducidas por la reforma laboral en el artículo 41 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, no distingue la modificación de carácter colectivo, por la modificación de 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, sin considerar de carácter colectivo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afectaran a en un periodo de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b. El 10 % del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c. Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

En la nueva redacción, siempre se considerarán de carácter colectivo las modificaciones que alcancen dichos umbrales.

Otra modificación importante es la reducción a la mitad del plazo de de notificación al trabajador en la decisión de carácter individual, debiendo ser comunicada al empleado con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad, en lugar de 30 como se establecía con carácter previo a la reforma.

En los casos de modificación colectiva, la decisión deberá ser notificará a los trabajadores afectados una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efecto en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Anteriormente el traslado surtía efectos una vez transcurrido el

plazo de 30 días que recogía el apartado 3 del mismo artículo para los traslados individuales.

Por otro lado, anteriormente el trabajador solamente tenía derecho a rescindir en contrato con derecho a indemnización de 20 días por año, con un máximo de nueve meses, en el caso de que las modificaciones de: jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos, perjudicara al trabajador. Con la nueva redacción se han incluido el resto de condiciones que el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores pone de ejemplo, a excepción del Sistema de trabajo y rendimiento.

Es importante señalar que también se ha modificado el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en relación al artículo 41 de la misma norma. Anteriormente el trabajador podía extinguir voluntariamente el contrato de trabajo, basándose en las justas causas que enumera el citado artículo 50, manteniendo de esta manera el derecho a percibir la indemnización establecida en el caso de despido improcedente y a obtener, en su caso, la prestación contributiva o subsidio de desempleo. Ahora el trabajador tiene como justa causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo "las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

En consecuencia, si el empresario respeta el procedimiento establecido en el artículo 41, el trabajador esta facultado para extinguir su contrato de trabajo con la indemnización que señala el mismo, sin embargo si el empresario no se respeta tal procedimiento establecido la indemnización que puede exigir el trabajador por su cese será superior.

2. H. d) Modificación sustancial de las condiciones establecidas en Convenio Colectivo.

En primer lugar, antes de abordar este apartado, es interesante recordar lo que establece la Constitución Española en su artículo 37.

"La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios".

Tras la nueva regulación introducida por el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en el Convenio Colectivo, pasa de regularse en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, al artículo 82 de la misma norma.

Con carácter previo a la nueva reforma, ya contempló el Real Decreto-Ley 7/2011 de 10 de junio, la utilización de la comisión paritaria del convenio colectivo para una más *"adecuada y completa gestión del mismo"* (Preámbulo V del RD-LEY 7/2011). Tuvo relevante importancia su papel en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, y en la inaplicación del régimen salarial del convenio colectivo.

La inaplicación del régimen salarial del convenio colectivo, es una figura que viene ya de tiempo atrás, la cual forma parte incluso del contenido mínimo del convenio colectivo.

Con la última reforma laboral, se da un paso más y se contempla no ya únicamente la inaplicación del régimen salarial, sino del resto de condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable, sea este de sector o de empresa y que afecte a las siguientes materias:

- a. Jornada de trabajo.
- b. Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c. Régimen de trabajo a turnos.
- d. Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e. Sistema de trabajo y rendimiento.
- f. Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.
- g. Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Esta modificación se podrá realizar cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose que concurren tales causas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. Entendiéndose que la disminución de los niveles de ingresos o ventas es persistente, cuando se produzca tal durante dos trimestres consecutivos.

La modificación de tales condiciones se podrá realizar por:

Previo desarrollo del periodo de consultas de 15 días (por la remisión al artículo 41.4 del TRET), por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, según el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores.

Si no hay acuerdo las partes podrán someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse.

Si la Comisión paritaria no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 del TRET., incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un

arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas.

Si tras todo ello, tampoco se alcanza un acuerdo y no se somete a los procedimientos mencionados, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando la inaplicación afecte a centros de trabajo situados en más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

Estos órganos podrán adoptar la decisión por ellos mismos o por un árbitro designado al efecto por ellos. La decisión habrá de dictarse en un plazo no superior a 24 días y tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas.

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, creada por la Disposición final 2ª del TRET, y regulada por Real Decreto 2976/1983 de 9 de noviembre, está adscrita orgánicamente a la Dirección General de Empleo por el Real Decreto 343/2012 de 10 de febrero, y ejerce sus competencias con "independencia y autonomía funcional plenas".

Como se ha indicado al principio de este apartado, la negociación colectiva, así como "la fuerza vinculante de los convenios colectivo" se reconoce dentro de los "derechos y deberes de los ciudadanos" de la Constitución Española de 1978, cuyo desarrollo solo se podrá realizar por Ley que "deberá respetar su contenido esencial", según reza el artículo 53 de la Carta Magna.

Es decir, la Ley debe garantizar la fuerza vinculante de los convenios colectivos, y como bien indica el artículo 82.1 del TRET *"los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la*

expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva". Hasta la publicación del Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, la "desvinculación" de un convenio colectivo solamente se podía lograr mediante un acuerdo libremente adoptado entre el empresario y los trabajadores, o bien mediante el sometimiento a un arbitraje por parte de ambos. En la actualidad si no se ha llegado a un acuerdo o no se ha sometido la decisión a un procedimiento arbitral, ya no de mutuo acuerdo (regla fundamental de la negociación colectiva), sino por una sola de las partes se podrá someter la solución de la discrepancia a una tercera persona, Comisión Consultiva o árbitro designado por ésta, el cual esta obligado a adoptar una decisión que tendrá la misma eficacia que el acuerdo adoptado entre la empresa y la representación de los trabajadores.

Es necesario, en este apartado, recordar la interpretación Constitucional efectuada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de junio de 1992, planteada por cuestión de Constitucionalidad por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Provincial de Zaragoza, basada en la intervención administrativa de la autoridad laboral, recogida en el antiguo artículo 41.1 del antiguo Estatuto de los Trabajadores Ley 8/1980 de 10 de marzo, en cuanto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando no habían llegado a un acuerdo la empresa y los trabajadores. Dicha Sentencia indica que:

"El art. 37 I C.E reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo. Encomendado al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (STC 58/1985, fundamento jurídico 3.º). y aunque esa facultad negociadora debe entenderse sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca (STC 110/1990), dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 L.ET.), lo que implica que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo

establecido a las normas de superior rango jerárquico (SSTC 58/1985, 177/198R Y 171/1989), la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no solo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo. Sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE” (Fundamento Jurídico nº 3, de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 92/1992 de 11 de junio de 1992).

Continúa señalando el Tribunal Constitucional que *“..sería contraria al art. 37.1 CE, una interpretación del art. 41.1 E.T. que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente..”*. (Fundamento Jurídico nº 3, de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 92/1992 de 11 de junio de 1992).

En este Sentido la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1987, afirmaba que el derecho a acordar modificaciones sustanciales a las condiciones de trabajo, que habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral si no son aceptadas por los representantes de los trabajadores, *“no debe ni puede mediatizar la eficacia vinculante del convenio colectivo”*.

En definitiva, la nueva reforma laboral, en lo que respecta a la modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo, otorga nuevamente una gran flexibilidad al empresario, que en cierto modo se “enfrenta” con la doctrina establecida por la STC de 11 de junio de 1992. De tal manera que, en el caso de que, en dos trimestres consecutivos la empresa tenga resultados negativos, o *“pérdidas actuales o previstas”*, podrá acordar con los trabajadores la “desvinculación” de varias cláusulas del convenio colectivo de aplicación. Hasta aquí es comprensible su modificación por acuerdo de ambas partes, ya que el convenio colectivo se define *“como*

resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios”, constituyendo “la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”.

Ahora bien, la fuerza vinculante que garantiza la Constitución Española, tras la nueva regulación puede quedar sin efecto por la decisión de una sola de las partes, evidentemente será la empresa la que querrá romper el “*statu quo*”, estando facultada para solicitar a un tercero (la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos u órgano correspondiente) el pronunciamiento y decisión jurídica sobre una materia cuya regulación había nacido como fruto de la negociación entre representantes de los trabajadores y empresarios.

El II Acuerdo Interprofesional para el empleo y la Negociación Colectiva, ya recogió como objetivo en su introducción y como línea básica en la negociación colectiva la “*inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, concretamente horario y distribución de la jornada de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento; y funciones; así como las causas para tal inaplicación inclusive de las condiciones salariales, todo ello mediante acuerdo*”. (II AENCC, 2012).

Como ya se ha indicado, la regulación normativa establecida por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, ha superado ampliamente las expectativas establecidas en el II Acuerdo Interprofesional para el empleo y la Negociación Colectiva, siendo mucho más radical y favorable a los intereses empresariales.

2. I) CONVENIOS COLECTIVOS

Una vez estudiada la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, cuya nueva regulación tiene sustantiva importancia, hay que señalar las modificaciones efectuadas en los siguientes apartados:

Concurrencia

La principal y más importante novación establecida en el artículo 84 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, es la supresión de la facultad atribuida a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, la cual condicionaba la prioridad aplicativa del convenio de empresa, al acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

De esta manera, el artículo 84.2 ya indicado, señala que *“los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 82.3 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”*.

Tal medida, como la mayoría de las adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2012 buscan la flexibilidad empresarial interna.

La finalidad de tal reforma tiene como finalidad *“garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores”*, según indica el Preámbulo IV del Real Decreto-Ley del 2012.

Contenido.

Nuevamente se ve modificado el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto al contenido mínimo que tiene que recoger un convenio colectivo, volviendo nuevamente a la práctica totalidad de la redacción que contenía dicho artículo con anterioridad a la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 7/2011 de 19 de junio, el cual introdujo un amplio conjunto de contenido esencial que debía comprender un convenio colectivo.

Se vuelve prácticamente al mismo contenido mínimo que existía con anterioridad a la reforma del 19 de junio de 2011, salvo que, evidentemente se recogen referencias a la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, a través de los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir.

También se añade al párrafo que regula la comisión paritaria del convenio, la necesidad de establecer "*procedimientos y plazos de actuación de la comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83*".

Vigencia.

Por último, la nueva redacción dada al artículo 86 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, establece dos novaciones:

En primer lugar, durante la vigencia de un convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores podrán negociar la revisión del convenio colectivo, sin esperar a que transcurra su vigencia.

Tal novación no es de excesiva importancia ya que queda recogido a lo largo de todo el título III del Estatuto de los trabajadores que, el convenio colectivo no es sino el fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que todo lo que en el está regulado, dentro de los límites que establezca la Ley, puede quedar modificado por mutuo acuerdo entre las partes, entre todo ello, como no, la revisión del convenio.

Sin embargo, si que es de suma importancia, y cuya modificación *“solo de manera abiertamente forzada pueden ser tildadas como medidas de flexibilidad interna”* (Revista Relaciones Laborales nº 5, LA LEY. Marzo 2012), es la pérdida de la vigencia de un convenio colectivo, si transcurridos dos años, no se ha acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario, y *“se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”*.

La mayoría de las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, han buscado la flexibilidad empresarial y el dotar al empresario de una cierta libertad para poder adaptar sus recursos humanos a las circunstancias socioeconómicas que rodean a su empresa. Esta modificación introducida en el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores,

busca el encontrar un acuerdo que mediante la negociación colectiva favorezca al empresario.

El descender en la negociación colectiva hasta llegar al convenio de empresa, no tiene otro objeto que el mejorar las condiciones establecidas por el convenio de ámbito superior para los trabajadores incluidos dentro de la unidad de negociación. El que la nueva regulación establecida por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, permita que transcurridos dos años desde la denuncia sin lograr un nuevo convenio, éste pierda su vigencia, obliga a los trabajadores a llegar a un acuerdo para mantener el convenio colectivo de ámbito inferior que están disfrutando, cuyas condiciones serán más favorables que las del convenio que regula el ámbito superior.

Tras el trámite parlamentario se propuso la enmienda que modificó este artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, reduciendo aun más el plazo de dos años a un año, según se publicó en el Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4 de junio de 2012.

Tramitación.

Por último el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, en cuanto a negociación colectiva se refiere, elimina la obligación establecida por el Real Decreto-Ley 7/2011 de 10 de junio, por la cual se imponía a la comisión negociadora del convenio colectivo el deber de *"iniciar la negociación en el plazo máximo de quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora"*.

Publicación.

Aunque nada indicó el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, en el trámite parlamentario de Proyecto de Ley, se introdujo una enmienda que modificó el plazo de publicación del Convenio Colectivo en el Boletín Oficial correspondiente a su ámbito de aplicación.

De esta manera se propuso la modificación del apartado 3 del artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores recogiendo la obligación de la autoridad laboral de ordenar la publicación del Convenio Colectivo en el plazo de 20 días desde la presentación del Convenio Colectivo en el registro.

La anterior regulación recogía el plazo más reducido de diez días, por lo que tras la enmienda introducida a la Reforma Laboral, el plazo previsto para la publicación se duplica.

SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO

3. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO

3. A) SUSPENSIÓN

El Preámbulo IV del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, señala que la modificación llevada a cabo por esta norma, en cuestión de suspensión de contratos y reducción de jornada, *“pretende afianzar este mecanismo alternativo a los despidos, dándole agilidad mediante la supresión del requisito de autorización administrativa y estableciendo una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos”*.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, el procedimiento para la suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, seguía el trámite establecido en el artículo 51 para la extinción de contratos de trabajo.

En la actualidad el procedimiento se encuentra reglado en el mismo artículo 47 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Como se ha indicado al principio del presente apartado, ya no es necesaria la autorización administrativa concedida por la Autoridad Laboral. El proceso a seguir en los casos de suspensión de contratos o reducción de jornada, será el siguiente:

a) Se deberá comunicar a la autoridad laboral competente, y se abrirá simultáneamente un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a 15 días.

b) La autoridad laboral, dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas, debiendo ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas.

En este caso, la normativa convierte a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de mano de la autoridad laboral, en garante del periodo de consultas. En este caso será papel de la Inspección, comprobar que se negocia de buena fe y que no se aprecia dolo, coacción o abuso de derecho, en cuyo caso debería ser puesta tal circunstancia en conocimiento de la autoridad laboral, la cual podría impugnar el acuerdo como se indica más adelante.

c) Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión. Así pues, a la autoridad laboral solamente se limitará a comunicar la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo.

Únicamente podrá impugnar el acuerdo la autoridad laboral en dos casos:

1º) Cuando se aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

2º) Cuando la entidad gestora de la prestación de desempleo, solicite a la autoridad laboral la impugnación del acuerdo en base a que el acuerdo pudiera tener como objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Como se vuelve a ver en esta modificación, se incrementa igualmente la flexibilidad empresarial, quedando la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de la jornada, sin la necesidad de previa autorización administrativa, quedando sometida únicamente a un posible control posterior judicial por parte del trabajador.

Anteriormente, si el periodo de consultas finalizaba con acuerdo, la autoridad laboral debía dictar resolución autorizando la suspensión o reducción. En cambio, si no existía acuerdo, debía dictar resolución en el plazo de quince días, transcurrido el cual sin haber recaído pronunciamiento expreso, se entendía autorizada la medida solicitada por el empresario.

Suspensión de contratos en el Sector Público.

La nueva reforma laboral, viene a regular y determinar los casos en los que la suspensión de contratos establecida en el artículo 47 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores es aplicable en el Sector Público.

De esta manera añade una Disposición Adicional Vigésima Primera, al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, según la cual el procedimiento previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo que aquellas se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

3. B) EXTINCIÓN DEL CONTRATO

3. B. a) EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

El Artículo 50 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, recoge el amparo otorgado al trabajador por el cual, en los casos debidamente tasados, éste podrá solicitar a la autoridad judicial la extinción del contrato de trabajo como consecuencia del comportamiento del empresario.

Tal extinción del contrato, a pesar de ser por iniciada por voluntad del trabajador, es una situación legal de desempleo, según recoge el artículo 208 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Antes de la reforma efectuada por el Real Decreto –Ley 3/2012 de 10 de febrero, el trabajador podía, entre otras causas, solicitar la extinción del contrato cuando las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, redundaban en el perjuicio de la formación profesional del trabajador o menoscabo de su dignidad. Actualmente se incluye en el apartado 1. a) de artículo 50 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores la modificación sustancial de condiciones de trabajo que se hayan efectuado sin respetar lo previsto en el artículo 41 de la misma norma.

3. B. b) DESPIDOS COLECTIVOS.

Tras la nueva redacción dada por la reforma laboral, se incrementa nuevamente la flexibilidad a favor de la empresa en lo que en materia de despidos se refiere.

El artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, sufre una importante modificación a lo largo de todo su contenido, comenzando con una presunción de certeza a favor del empresario, según la cual se entenderá que existen causas económicas que facultan para la extinción del contrato de carácter colectivo, *“cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de nivel de ingresos o ventas”*.

Ahora bien, continúa diciendo la nueva redacción dada al artículo 51 que, *“en todo caso”*, lo que parece no dejar lugar a una interpretación administrativa o judicial, *“se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.”*

Ya en el trámite parlamentario de Proyecto de Ley de la Reforma Laboral, se introdujo una última frase en el trámite de enmiendas al párrafo anteriormente permitiendo esta modalidad de extinción contractual siempre que la disminución de ingresos o de ventas sea *“inferior a las registradas en el mismo trimestre del año anterior”*

Por otra parte, ya no es necesario que la empresa acredite la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justifique que de la adopción de las mismas se *“deduce la razonabilidad de la decisión extintiva, para contribuir a mejorar la evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación actual de la misma, a través de una más adecuada organización de recursos”*.

Pero la más importante modificación efectuada en el artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a despidos colectivos, es la desaparición de la necesidad de autorización administrativa para la extinción de los contratos de trabajo.

Continúa siendo necesaria la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, el cual continúa siendo no superior de 30 o de 15 días, en función del número de trabajadores de la empresa. Una copia de la comunicación a los representantes de los trabajadores por la cual se inicia el periodo de consultas, se deberá dirigir a la autoridad laboral.

Tras la introducción de enmiendas en el Proyecto de Ley de la Reforma Laboral se introdujo la necesidad de que la comunicación a los Representantes de los Trabajadores y a la Autoridad Laboral, deba ir acompañada de *“toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen”*.

Al igual que ocurre con la decisión empresarial de suspensión de los contratos de trabajo, el artículo 51 del TRET señala que la autoridad laboral lo pondrá en conocimiento de la entidad gestora de la prestación por desempleo, y recabara informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual lo emitirá en el improrrogable plazo de 15 días, desde la finalización del periodo de consultas.

Tal informe deberá versar sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas.

Es intrascendente la adopción de acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa para que la decisión empresarial de extinguir los contratos llegue al término deseado.

En la redacción inicial de Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, la empresa estaba obligada a comunicar su decisión a los trabajadores designados, con la aprobación de las enmiendas presentadas durante el procedimiento de tramitación como proyecto de Ley, este trámite pasa a ser voluntario para el empresario, indicándose que el empresario “*podrá notificar los despidos individualmente*” y la fecha de efectos del despido, no podrá ser inferior al plazo de treinta días contados desde la fecha de la iniciación del periodo de consultas.

Queda regulado de esta manera, lo que hasta esta reforma no se había observado, pues aunque el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, establece para los despidos por causas objetivas un preaviso al trabajador afectado no inferior a 30 días, anteriormente nada decía el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en lo que a despidos colectivos se refería. Con la redacción actual se deja constancia de que cualquiera de los trabajadores de la plantilla puede formar parte del grupo de trabajadores designados por la empresa, cuyo conjunto debe darse por notificado en el momento de iniciar el periodo de consultas.

Se continúa contemplando la preferencia de la permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores, dejando en manos de la negociación colectiva o al acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas la preferencia de prioridad de permanencia de otros colectivos, entre los cuales se encuentran los que a título de ejemplo enumera el artículo 50. 5) del TRET:

- . Trabajadores con cargas familiares
- . Mayores de una determinada edad
- . Personas con discapacidad.

Tras la entrada en vigor de la reforma laboral, al igual que ocurre en los casos de suspensión o reducción de jornada por decisión empresarial, la

autoridad laboral solamente podrá impugnar la decisión ante los órganos judiciales por dos motivos:

Los acuerdos adoptados en el periodo de consultas se hayan tomado como consecuencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho por parte del empresario.

Cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado de que tal decisión empresarial tiene por objeto la obtención de prestaciones indebidas por parte de los trabajadores afectados por causa de inexistencia de la situación legal de desempleo.

No tendría sentido la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la emisión del informe, si la actuación de ésta se limitase únicamente a verificar que se menciona la causa de la extinción en la comunicación de a los trabajadores. Si a ello se une el hecho de una comprobación de ausencia de dolo, coacción o abuso de derecho, exigiría un mínimo control de los hechos alegados por la empresa para justificar la causa.

Es lógico pensar que el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, además de un control meramente formal sobre dichos extremos, debe incluir información sobre los hechos alegados por la empresa, pero sin hacer ningún tipo de calificación jurídica, ni juicios sobre la razonabilidad de la medida que pretende llevar a cabo la empresa.

También es cometido de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual tras la última reforma se convierte ahora, más que nunca en estos procedimientos, ya que no se necesita autorización administrativa para la extinción de los contratos, en garante de la necesidad legal establecida de negociar de buena fe con vistas a llegar a un acuerdo. Esta "buena fe" implicaría comprobar que se ha entregado toda la documentación a los representantes legales de los trabajadores y que ha habido un mínimo de

negociación, pues en este sentido hay que recordar que, según el art. 124.7 de la Ley de Jurisdicción Social, Ley 36/2011 de 10 de octubre, modificado por el Real Decreto-Ley, al empresario se le puede solicitar que aporte las actas del periodo de consultas, de lo que se deriva la intención del legislador de que se negocie mínimamente.

También se incluye la obligación empresarial de que, en caso de que el despido colectivo afecte a más de cincuenta trabajadores, ésta deberá ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Este plan diseñado por un periodo mínimo de seis meses, según recoge el artículo 51 del TRET, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional. Este plan de recolocación, no será exigible a empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal.

El incumplimiento de dicha obligación viene tipificado como infracción muy grave en materia de Relaciones laborales por el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012 nº 13/2012 se pronunció sobre un Despido Colectivo cuyo inicio del periodo de consultas se efectuó con posterioridad a la entrada en vigor de la Reforma Laboral. Dicha Sentencia viene a ser *"Una tregua al todo vale"* (Raquel Jaén González, 2012).

Dicha Sentencia declara la nulidad de los despidos colectivos, fundamentalmente en base a dos hechos:

A) El TSJ estima que ha existido fraude en la decisión extintiva por cuanto que el empresario real es un grupo de empresas y no un empresario individual a efectos laborales. Por ello estima que ha ocultado fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, *"viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido al desenvolverse el mismo en un marco mucho más*

reducido que aquel que correspondía con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa invocada” (Fundamento de Derecho CUARTO de la STSJ de Cataluña nº 13/2012 de 23 de mayo de 2012).

B) La empresa en la comunicación y documentación que facilitó a la comisión de trabajadores en el inicio del periodo de consultas no especificó la clasificación profesional de los afectados.

En consecuencia, estima la Sala que sumando el hecho de que la representación de los trabajadores desconocía la clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como la no concreción en los criterios de designación de esos trabajadores afectados, esta situación deriva en que la representación de los trabajadores se ha visto imposibilitada para poder realizar propuestas, en el periodo de consultas, con el fin de reducir los efectos del despido o atenuar sus consecuencias con medidas sociales.

Concluye el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señalando que, aunque no prosperara la apreciación de la existencia del grupo de empresas, la extinción de los contratos de trabajo debe ser declarada NULA, en base a el siguiente razonamiento:

" Esta no comunicación de la clasificación profesional de los trabajadores y la falta de la necesaria concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide objetivos básicos del periodo de consultas al que se ha aludido (artículo 2.2 de la Directiva 98/59 CE), como es alcanzar un acuerdo, pero también el objetivo mínimo del período de consultas, que es, según el propio artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, el de buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y la de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento"... "Resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden resultar afectados y los criterios de su

afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que lleva también a una declaración de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 124 de la Ley de Jurisdicción Social”. (Fundamento de Derecho QUINTO, de la STSJ de Cataluña nº 13/2012 de 23 de mayo de 2012).

Extinción de contratos por Fuerza Mayor.

La apreciación de la existencia de una causa de Fuerza Mayor que posibilite al empresario par extinguir los contratos de trabajo, continúa siendo necesaria la constatación por parte de la autoridad laboral competente, con independencia del número de trabajadores que estén afectados.

La constatación de la causa de fuerza mayor se efectuará mediante la tramitación de un procedimiento que se ajustará a lo establecido en el artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y tras las enmiendas aprobadas por el Congreso de los Diputados, por las disposiciones de desarrollo reglamentario.

El procedimiento se iniciará siempre a solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios.

Simultáneamente se comunicará tal situación a los representantes de los trabajadores, quienes obviamente, tienen la condición de parte interesada *“en la totalidad de la tramitación del procedimiento”*.

En el caso de fuerza mayor, la autoridad laboral se deberá limitar exclusivamente a *“constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa”*.

Corresponde a la empresa *“la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor”*.

La empresa tiene la obligación de dar traslado de la decisión de extinguir los contratos a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

El abono de la totalidad o parte de la indemnización por parte del Fondo de Garantía Salarial continúa regulándose de la misma manera que se hacía con anterioridad a la reforma laboral, siendo la autoridad laboral que constate la existencia de fuerza mayor la que podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización de los trabajadores *“sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario”*.

Despidos en la Administración Pública.

El Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, arroja un poco de luz ante la duda existente en la aplicación o no de los despidos colectivos en la Administración Pública añadiendo una Disposición Adicional Vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, la cual señala que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), las cuales debido a la extensión no se reproducen en este apartado, se efectuará conforme lo dispuesto en los artículos 51 y 52. c) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y

correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y financiera de las Administraciones Públicas.

Se entenderán que concurren causas económicas, señala la Disposición Adicional Vigésima señalada, cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, continúa diciendo, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Se entenderán que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios en el ámbito de los medios de la prestación del servicio público de que se trate.

Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal, adscrito al servicio público.

3. B c) EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS.

Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo.

En este caso, la reforma establece la obligación por parte del empresario de ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas.

Tal inclusión tiene su reflejo en el derecho del trabajador establecido por el Real Decreto-Ley en el artículo 4. 2. b) del TRET, por el cual éste tiene derecho a la formación *“dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”*.

Como uno de los pilares fundamentales de la reforma laboral, la formación de los trabajadores se contempla como un valor que hay que fomentar en aras a mejorar el empleo y la ocupabilidad de los trabajadores. Siendo el principal objetivo del Real Decreto-Ley la lucha contra el desempleo, tiene su buena lógica que, si bien se mantiene el derecho del empresario a extinguir el contrato del trabajador cuanto este no se ha adaptado a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, el empresario debe adoptar las medidas necesarias, en este caso la formación, para que el empresario adquiera los conocimientos pertinentes para continuar con su actividad en su puesto de trabajo, y de esta manera mantener su empleo, aumentando su productividad y valor como capital humano de la empresa.

Faltas de asistencia al trabajo aún justificadas.

Con la nueva reforma laboral se desvincula el absentismo individual del trabajador con el absentismo general de la empresa.

Desde la primera redacción dada al artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley 8/1980 de 10 de marzo (BOE de 14 de marzo), la extinción del contrato de trabajo basada en las ausencias al trabajo aún justificadas, pero intermitentes, ha tenido como finalidad el liberar al empresario de la carga que supone un determinado trabajador denominado en algunas ocasiones “el profesional de la baja” (Entrevista a Carmen González Campos, IDEAL.ES, Mayo 2008).

Las bajas médicas, aunque sean ocasionadas por contingencias comunes, cuya duración sea superior a 20 días, no se computan para la extinción del contrato. Lo que se ha intentado con el artículo 52. d) es evitar la consecución de bajas médicas de corta duración, las cuales suelen tener un control menos riguroso que las incapacidades temporales de larga duración.

Partiendo de la perspectiva y el espíritu de la norma que dio lugar a la redacción recogida en el artículo 52. d) del Estatuto de los Trabajadores desde su origen, no tiene ninguna razón de ser que la decisión empresarial de prescindir de un determinado trabajador cuya trayectoria empresarial durante un determinado periodo de tiempo acumula varios periodos de baja médica de corta duración, este vinculada al absentismo del resto de la plantilla de la empresa.

Tras la nueva redacción del artículo 52 d) del TRET, ya no se contempla el absentismo de la plantilla de la empresa, el cual pasó a establecerse en un 2,5 % de la jornada tras la reforma efectuada en el año 2011 (anteriormente se establecía en un 5 %).

Vuelve a reflejarse en esta redacción la amplia flexibilidad que se le da al empresario en cuanto a su voluntad en la extinción de los contratos de trabajo, por el Real Decreto-Ley.

Con anterioridad a la nueva regulación establecida en el artículo 52. d) el trabajador que podía quedar amparado en un absentismo general de la empresa inferior al 2,5 % de las jornadas efectivas, para no resultar afectado por la decisión empresarial de extinguir su contrato por causas objetivas. De esta manera quedaba el absentismo del trabajador cubierto por el alto nivel de asistencia al trabajo del resto de los trabajadores.

Durante el proceso de enmiendas parlamentario, en la tramitación del Real Decreto-Ley como proyecto de Ley, se modificó nuevamente el artículo 52. d) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, dando la posibilidad de extinguir el contrato por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, pero siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles.

3. C) SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

Se ha comentado al principio de la exposición, que una de las líneas rojas que las anteriores reformas no se han atrevido a rebasar, ha sido la indemnización por despido y los salarios de tramitación.

El Preámbulo V del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero justifica la eliminación de los salarios de tramitación en la anterior regulación establecida y denominada como “despidos exprés”.

Comienza señalando dicho preámbulo que el denominado «despido exprés» se había convertido, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despidos colectivos y objetivos. Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el «despido exprés» se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de «flexiseguridad».

Además de la supresión del «despido exprés» se han introducido nuevas modificaciones en la legislación laboral en lo que atañe a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación de empresarial de abonarlos solamente en los supuestos de readmisión del trabajador.

Se justifica el Real Decreto-Ley para eliminar los salarios de tramitación en que *“el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva”*.

Recuerda también el Preámbulo V el coste que debe asumir el Estado en el caso de salarios de tramitación, según recoge el artículo 57 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, señalando que los salarios de

tramitación *“acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días”*.

Anteriormente, y volviendo a hacer referencia a lo que se ha venido denominando el “despido exprés” el empresario podría liberarse de los salarios de tramitación reconociendo el despido como improcedente dentro de los 48 horas siguientes al mismo y poniendo a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, en los términos que señalaba la anterior redacción del artículo 56.2 del TRET.

En la actualidad únicamente el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación en el caso de que el empresario opte por la readmisión, los cuales equivaldrán a una cantidad equivalente a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación.

La primera Sentencia de un Juzgado de lo Social en esta materia, se dictó el día 20 de febrero de 2012, por el Juzgado de lo Social nº 2 de León, en un caso de despido declarado improcedente.

En dicha Sentencia, a pesar de haber efectuado la empresa la extinción empresarial con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, el órgano judicial falla que la trabajadora en caso de no ser readmitida por la empresa no tendrá derecho a los salarios de tramitación, en base a los razonamientos que señala en el Fundamento de Derecho IV, entendiendo que esta norma es de aplicación inmediata en base a:

“a) Porque la misma establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación esto es el 12 de febrero de 2012, tratándose de una norma que justifica en su exposición de motivos su carácter urgente.

b) Porque en dicha norma, a diferencia de otras materias, y asimismo a diferencia de otras modificaciones pretéritas en materia de despido, no se contiene ninguna disposición transitoria al respecto.

c) Porque la normativa que ahora aplicamos tiene carácter sustantivo y no procesal.

d) No creemos que se trate de una aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el art. 2 del Código Civil, ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juzgador, es decir no se deja sin efecto por dicha norma calificaciones efectuadas al amparo de anterior normativa.

e) Finalmente creemos que esta es la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la normativa que estudiamos, pues en definitiva toda ella pretende, insistimos de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente”.

Posteriormente, se pronunciaron dos Tribunales Superiores De Justicia, en primer lugar el del País Vasco en su Sentencia de la Sala de lo Social de 15 de 21 de febrero de 2012 y posteriormente el de Castilla-león en su Sentencia de la misma Sala del 15 de marzo de 2012.

Ambos Tribunales reconocieron los salarios de tramitación en el caso de despidos efectuados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero y declarados improcedentes con posterioridad a la publicación de dicha norma, señalando que:

" b) En cuanto a los salarios de tramitación, nada se dice en relación con el derecho transitorio a considerar. Ello resulta especialmente relevante en este caso, pues conforme la anterior normativa la parte demandante tendría derecho a cobrarlos y no lo tendría conforme a la nueva. Al efecto, basta con ver la redacción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción y en la inmediatamente previa.

En esta circunstancia y ante tal silencio, consideramos que se ha de aplicar la normativa previa. En primer lugar, porque si la nueva Ley nada dice al efecto, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2, punto 3 del Código Civil. Tal precepto incluido en su Título Preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, Título que comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en el mismo tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio "non liquet", etc.

Además, tal criterio es el que se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9, punto 3 del Constitución de 27 de diciembre de 1978. Estaríamos en este segundo caso, pues si, la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva Ley suprime este derecho en estos casos.

Ello se compadece mejor con el principio dogmático "tempus regit actum" y por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir también en casos como el presente y que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso).

- La STCo 210/1990 RTC 1990/2010.- " No hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y profuturo situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado". Ergo: El despido se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero sus efectos y consecuencias no se han consumado al producirse con la sentencia que declara la improcedencia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma." (Fundamento de Derecho CUARTO de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla león de 15 de marzo de 2012 nº 182/2012).

Retractación empresarial.

Una figura que hay que tener en cuenta, aunque a ella no se hace referencia en la Reforma Laboral, es la ineficacia de la retractación empresarial del hecho de despedir al trabajador una vez extinguido el contrato de trabajo y celebrado el acto de conciliación.

Por consiguiente, si una vez transcurrido el trámite de la conciliación sin llegar a un acuerdo, el empresario decide de forma unilateral reiniciar la relación laboral, y de esta manera limitar los salarios de tramitación, este acto no tendrá validez jurídica, ya que únicamente se podrá renovar el vínculo laboral por Sentencia Judicial o mutua voluntad de las partes.

De esta manera la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia del 7 de octubre de 2009, sentó como doctrina lo siguiente:

"Las precedentes indicaciones nos llevan a entender -como regla apodíctica- que la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo

administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales; a la par que no apreciamos -también como regla general- rasgo alguno definitorio del abuso del derecho en esa posible reclamación frente a una decisión patronal ilegítima, puesto que cuando se solicita la tutela judicial que impone el art. 24.1 CE , no es apreciable anormalidad alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos". (Fundamento de Derecho CUARTO de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social nº recurso 2694/2008, de 7 de octubre de 2009).

Toda esta doctrina se recogió posteriormente por diferentes Sentencias del Tribunal Supremo como son la del 11 de diciembre de 2009, la que recoge lo siguiente:

"...la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo. Pues bien, no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes (artículos 1261 y 1262 del Código Civil), lo que fue contemplado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 1990 . Pero lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC)." (Fundamento de Derecho SEGUNDO de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social nº recurso 660/2009 de 11 de diciembre de 2009).

Representantes de los trabajadores.

No obstante, el Real Decreto-Ley 3/2012, hace una excepción, no sometida a pocas críticas y a cuestionar el principio de igualdad previsto en la Constitución. En el caso de que el despido se tratase de un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, éste tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Salarios de tramitación y desempleo.

Anteriormente, cuando el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación y estaba percibiendo la prestación por desempleo dejaba de percibirlas, considerándose indebidas, y podía volver a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios.

En la actualidad, si el despido como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido es considerado improcedente y se opta por la indemnización, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo, o si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Pago por el Estado.

Como ya señala el Preámbulo V, uno de los objetivos que se intentan alcanzar con la desaparición de los salarios de tramitación en el coste "*parcialmente socializado*" de tales salarios.

El artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, recoge la obligación del Estado de pagar los salarios de tramitación, previa reclamación del empresario, en los casos en que la improcedencia del despido se dicte transcurrido más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda. En este caso el empresario podrá solicitar que se le abonen las cantidades abonadas por el tiempo que exceda de los 60 días.

Así pues; si la Sentencia que declare la improcedencia del despido se dicta transcurridos más de sesenta días desde que se presentó la demanda, los salarios de tramitación que exceda de dicha fecha serán abonados por el Estado.

También son abonados por el Fondo de Garantía Salaria los salarios de tramitación en el caso de que se declare la insolvencia del empresario, como señala el artículo 33 del TRET.

En todos estos casos se le resarcía al trabajador por la improcedencia del despido y la prestación por desempleo no se consumía.

Tras la nueva redacción dada al artículo 56 del TRET, ya no existirá responsabilidad empresarial en el pago de salarios de tramitación cuando sea reconocido el despido como improcedente y se opte por la indemnización. Tampoco existirá responsabilidad por parte del Estado por el retraso de la Justicia, ni por parte del Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial.

Por todo ello, además de liberar al empresario de tales cantidades, principalmente se libera al Estado y al Fondo de Garantía Salarial, a costa de una importante merma en los ingresos del trabajador que ha sido despedido improcedentemente, el cual durante la tramitación del proceso judicial

consume periodo de prestación de desempleo que no le será restituida en el caso de que se opte por la indemnización en el caso de la improcedencia del despido.

3. D). INDEMNIZACIÓN.

Hace ya casi quince años que la indemnización de 33 días por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico como cuantía a abonar al trabajador en el caso de que el despido sea declarado o reconocido como improcedente.

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 8/1997 de 16 de mayo (BOE de 17 de mayo) estableció en su apartado II el carácter transitorio de la modalidad de contratación dirigida a ciertos colectivos, cuya principal peculiaridad en la relación laboral era la indemnización a percibir cuanto el contrato se extinguiera por causas objetivas que se hubiera declarado improcedente. En tal caso la indemnización a percibir por el trabajador era de 33 días por año trabajador con un máximo de 24 mensualidades.

Este tipo de contrato de fomento de la contratación indefinida, iba dirigida en un principio a jóvenes, mayores de 45 años, parados de larga duración y minusválidos.

La empresa debía cumplir una serie de requisitos para poder celebrar este tipo de contratos como era que la empresa no hubiera extinguido contratos de trabajo por causas objetivas en los últimos doce meses declarados o reconocidos como improcedentes.

Esta misma línea de actuación como medida de fomento de contratación indefinida fue seguida por la Ley 12/2001 de 9 de julio, la cual se mantuvo en vigor hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero.

El Preámbulo V de la Reforma Laboral señala que como justificación de la reducción de la indemnización en caso de despido improcedente a la necesidad de acercamiento a la media de los países europeos. De esta manera, se señala que en Italia, la indemnización está en función del número de

trabajadores de la empresa (entre cuatro mensualidades de media en empresas de menos de 15 trabajadores a 20 mensualidades en empresa de 15 o más trabajadores), en Dinamarca la indemnización oscila entre 3 y 6 meses de salario, en Portugal se abona al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año con un máximo de 12 mensualidades, etc. (28).

Continúa señalando la exposición de motivos de la Reforma Laboral que la *“La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación”*.

En base a todo ello, el Real Decreto-Ley hace general la indemnización de 33 días de salario por año trabajador con un tope de 24 mensualidades que se venía aplicando a determinados colectivos como se ha indicado en el inicio de la exposición del presente apartado.

Cierto es, que la modificación efectuada por la Ley 35/2010 había “desnaturalizado” en cierta manera la figura del contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida establecida en la Ley 12/2001, pasando a añadir como colectivos, a los que iba dirigido este tipo de contrato, a los siguientes:

- Parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.
- 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.

- Desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.
- b) 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.
- c) 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. Estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos.

En consecuencia, tras la reforma introducida en el año 2010, se abarcaron una gran cantidad de trabajadores, por los cuales la empresa podía celebrar este tipo de contrato, cuya principal ventaja era el abono de una indemnización inferior al resto de los trabajadores en el caso de que un despido por causas objetivas se declarara improcedente.

Como en todas las materias, la última reforma laboral ha ido un paso más allá en la búsqueda de la flexibilidad laboral a favor del empresario. Se generaliza a todos los trabajadores la indemnización de 33 días de salario con un máximo de 24 mensualidades, formen parte ya de una relación laboral o se celebre nuevo contrato.

Tampoco se limita únicamente al caso de despido por causas objetivas declarado o reconocido como improcedente, condición que no tenía mucho sentido jurídico, toda vez que declarado o reconocido el despido como improcedente, esta calificación jurídica deja sin efecto el motivo inicialmente alegado por el empresario para extinguir la relación laboral.

No tiene razón de ser que las consecuencias de tal calificación fueran diferentes en base a la raíz del hecho que alega el empresario para finalizar el vínculo con el trabajador. De esta manera el empresario podía alegar causas objetivas y reconocerlas como improcedentes, en lugar de despido disciplinario y reconocerlo igualmente como improcedente para, simplemente de esta forma, tener amparo legal para abonar al trabajador una indemnización menor.

De esta manera, busca el Gobierno justificación jurídica en el amparo del artículo 14 de la Constitución Española señalando el principio de igualdad de todos los Españoles ante la ley, al objeto de que todos los trabajadores tengan derecho a la misma indemnización en caso de que el despido sea reconocido como improcedente.

Acorde con el principio establecido en el artículo 9.3 de la Carta Magna, el cual señala que “La Constitución garantiza el principio de... irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...” el Real Decreto-Ley regula el cálculo de la indemnización en el modo y forma que señala el Preámbulo de la misma norma *“Las nuevas reglas sobre la indemnización por despido improcedente se aplican a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley. Para el caso de los contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha, la indemnización se seguirá calculando de acuerdo con las reglas anteriormente vigentes, si bien tan sólo con respecto al tiempo de servicios prestados antes de la entrada en vigor de esta norma. Para el tiempo de servicios restante, se tendrán en cuenta la nueva cuantía de 33 días por año de servicio”*.

De esta manera la Disposición Transitoria QUINTA del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, distingue dos formas de cálculo de la indemnización en el caso de que el despido sea declarado improcedente:

a) En el caso de contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral, se calculará conforme la nueva redacción dada al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero.

b) En el supuesto de que el contrato extinguido declarado improcedente hubiera sido formalizado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, la indemnización se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior.

El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

En el caso de la forma de cálculo de la indemnización, ya se han pronunciado varios Juzgados de lo Social, siendo la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona dictada el día 1 de marzo de 2012, Sentencia nº 75/2012, una de las primeras y más detalladas en cuanto al cálculo de la indemnización a percibir por el trabajador.

Dicha Sentencia recoge lo siguiente:

“debe determinarse si la regla de prorratear por meses los periodos de tiempo inferiores al año, para los restos computables, es de aplicación a los dos tramos que resultan de la norma comentada -el anterior al 12 de febrero de 2012 y el transcurrido con posterioridad a dicha fecha-, o si sólo es aplicable a uno de los tramos.

Al respecto, son varias las opciones interpretativas posibles, y pueden aplicarse estas fórmulas de cálculo:

1ª FÓRMULA: entender que se aplica el prorrateo por meses de los restos a las dos partes del periodo computable, el anterior y el posterior a la entrada en vigor. Esta fórmula, sin embargo, presenta como objeción que se computa en realidad dos veces un mes, lo que no es exactamente la previsión del legislador.

2ª FÓRMULA: entender que se aplica el prorrateo por meses de los restos a una sola parte del periodo computable, que en concreto sería el posterior a la entrada en vigor, y aplicar una regla aritmética pura para el periodo previo a la entrada en vigor.

De estas posibles fórmulas debe considerarse que la más adecuada a fin de evitar supuestos de doble cómputo de meses, es la de realizar el cálculo prorrateando por meses los periodos inferiores al año únicamente en uno de los dos tramos computables y, en concreto, en el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato”.

3. E) FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Para comprender la nueva regulación establecida en el artículo 33 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, es necesario remontarnos a la Disposición Transitoria 3ª, de la Ley 35/2010 de 16 de septiembre (BOE de 17 de septiembre), la cual señalo que:

1. En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

Esta medida, de carácter transitorio, liberaba al empresario de una cantidad equivalente a ocho días de salario (el 40 % de 20 días, regulación que ya contenía el artículo 33 del TRET) pero con independencia del número de trabajadores que tuviera la empresa.

Esta redacción se traslada al artículo 33 del TRET con la nueva reforma laboral, pero manteniéndose para empresas de menos de veinticinco trabajadores.

Este abono por parte del Fondo de Garantía Salarial de los ocho días de salario por año de servicio, es independiente de la situación económica de la empresa, es decir no es necesaria la declaración de insolvencia o concurso, siendo de obligación de pago directa por parte del Fondo, el resto de la indemnización seguirá el carácter subsidiario que establece el apartado 2 del artículo 33 del TRET.

No es sustancial la forma de definir la cantidad abonada por el Fondo de Garantía Salarial, si es importante sin embargo resaltar las dos condiciones establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero:

Primero, indica que para que la empresa pueda resarcirse el contrato debe ser de carácter indefinido, condición que no establecía anteriormente el artículo 33 del TRET.

Segundo, que el despido no sea declarado como improcedente en conciliación administrativa o judicial mediante sentencia, en cuyo caso seguirá el régimen general establecido para el caso de insolvencia o concurso del empresario.

CONCLUSIONES

4. CONCLUSIÓN

El anticiclón actual en el que nos hallamos inmersos ha dejado a la armada Europea, de la cual España forma parte, privada de unos vientos y corrientes económicas que dejan a la mayor parte de la flota varada en el mar de los sargazos.

Alemania, como admirante de la armada Europea ha dictado instrucciones al Capitán del navío Español, el cual se encuentra lastrado por su alta tasa de desempleo y endeudamiento, tanto público como privado, con la finalidad de que aligere su carga, aproveche los escasos soplos de aire y se mantenga en el ritmo que el resto de los barcos que forman la armada Europea.

En este orden, España ha adoptado diferentes reformas, entre ellas la laboral, siguiendo las instrucciones y recomendaciones de diferentes organismos internacionales, entre ellos el del Consejo Europeo.

Pero hay que tener en cuenta las características del tejido empresarial español, cuya principal característica es el amplio porcentaje de pequeñas y medianas empresas que lo conforman.

En este contexto empresarial, las medidas de fomento de la formación, investigación y desarrollo son de difícil implantación, pues las empresas no tienen medios propios y deben recurrir a terceros para la desarrollar estos aspectos dotando tal actividad de tediosas tareas burocráticas. Ello hace que tales características de tan importante necesidad en la sociedad empresarial, no se alcancen en el nivel deseado y que la norma pretende, a diferencia de otros países como Alemania o Francia.

Tras el estudio efectuado mediante el presente trabajo, se comprueba que mucha de las modificaciones normativas llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 2/2012 de 10 de febrero, se caracterizan, en una parte por introducir en el Derecho Sustantivo del trabajo, la interpretación que han realizado los tribunales sobre determinados derechos de los trabajadores, como son las vacaciones y permiso por lactancia.

Por otra parte, ha introducido modificaciones en aspectos en los que los tribunales se habían pronunciado en un sentido totalmente distinto al que ha dado la reforma laboral al Derecho laboral, como es la concreción “diaria” del permiso por guarda legal, o la atribución a un tercero de poder decisorio sobre lo pactado en un convenio colectivo (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecidas en Convenio Colectivo).

Han sido las interpretaciones mantenidas en Derecho las que ha emitido el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en cambio interpretaciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional no se han tenido en cuenta, matizando claramente el enunciado de la norma para no dar lugar a otra interpretación.

Por último la reforma ha abordado dos aspectos respetados por reformas anteriores, tamaño flexibilización y la reducción de los costes del despido, en cumplimiento de una recomendación internacionalmente emitida, con el fin aproximarse poco a poco al objetivo de terminar con la dualidad existente entre los costes de extinción de los contratos indefinidos y de los temporales.

Todas estas medidas han sido adoptadas con la finalidad de que cada caporal de una parte de la tripulación (empresarios) tengan mayor flexibilidad en la organización de sus trabajadores y de su actividad con el objeto de que esa pequeña parte de la tripulación que conforma una empresa no quede sin actividad y pase a ser una carga, en lugar de más marineros en los remos.

Pues bien, después de todo el Admirante de la flota Europea percibe que la reforma laboral puede crear más desempleo y segmentación del mercado laboral (ABC.ES 30 de mayo de 2012), además se ha dado cuenta de lo que en realidad lastra el navío Español son las entidades financieras, las cuales viajan con un equipaje muy pesado a consecuencia de la gran burbuja inmobiliaria que traen consigo, y cuyo gran volumen no deja pasar el aire fresco del crédito ni a las empresas ni a las familias.

En este punto nos encontramos a la conclusión del presente trabajo, el día 9 de junio de 2012 se aprobó un plan de rescate a la banca Española por parte de la Unión Europea por una cantidad máxima de 100.000 millones de euros, con el fin de aligerar el barco español.

5. REFLEXIÓN PERSONAL

La demanda de trabajo.

El primer factor que hay que tener en cuenta respecto a la creación de empleo, es que la demanda de trabajo es una demanda derivada. Esto quiere decir que los factores de producción se demandan en función de la necesidad que tiene el empresario de fabricar productos que son adquiridos por el mercado.

En consecuencia, una de las principales medidas que hay que tomar con el objetivo de crear empleo es incentivar el consumo de bienes y servicios, cuya demanda haga necesaria la contratación de nuevos trabajadores para satisfacer las exigencias del mercado.

Medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2012.

Las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, además de ampliar la flexibilidad empresarial en orden a la regulación de las relaciones laborales, disminuye en gran medida la solvencia crediticia que otorga al trabajador una relación laboral, en cuanto que: se incrementa la temporalidad de los contratos con la nueva redacción dada a la normativa que regula el contrato de formación y aprendizaje, desaparecen salarios de tramitación y se reducen la cuantía en caso de indemnización.

Todo ello reduce la posibilidad de endeudamiento de los trabajadores, ya que es más difícil el acceso al crédito bancario, y por lo tanto, de esta manera se reduce el consumo, la demanda de productos y por consiguiente la demanda de trabajo, ¿a qué trabajador una entidad bancaria concede con mayor facilidad un préstamo, a un funcionario de carrera o a un trabajador con contrato temporal?

En consecuencia, son las medidas económicas como el acceso al crédito, reducción de cargas fiscales, mantenimiento de tipos de interés a niveles bajos, etc., las que incentivan el consumo de bienes y servicios y con ello la demanda de trabajo. Todo ello en una sociedad cuya economía familiar se halla enormemente lastrada por el porcentaje de los ingresos destinados al pago de hipotecas.

Una reforma laboral por si sola, y menos cuando reduce la solvencia del trabajador (en base a poder hacer frente a los créditos contraídos por reducción de la indemnización y la desaparición de los salarios de tramitación), no es suficiente para incentivar el mercado de trabajo, sino que debe ir acompañada de otras medidas que activen la economía a través del consumo privado.

Inversión en Capital Humano.

Desde el momento que un empresario adopta la decisión de ampliar el número de trabajadores que tiene en plantilla, o simplemente la contratación de su primer trabajador, está efectuando una inversión en capital humano, destina un tiempo en la selección de la persona adecuada, una formación en la manera de desarrollar de trabajo y en la adaptación del nuevo empleado a la empresa. Todo ello, con la finalidad de que este nuevo trabajador se sienta vinculado a la trayectoria de empresa y contribuya de la forma más eficaz a la consecución de los objetivos de la organización.

Volviendo de nuevo al principio, el empresario demanda trabajo, en tanto en cuanto exista una demanda del producto que oferta al mercado, y surja la necesidad de aumentar la producción del bien o servicio para satisfacer las nuevas exigencias de los clientes. Una reducción de los gastos motivados en el caso de que un despido sea declarado improcedente (indemnización y salarios

de tramitación) no es incentivo suficiente para motivar al empresario a incrementar la contratación, ya que salvo en los casos puntuales en los que está contemplada y regulada la contratación de duración determinada, la adquisición de un bien de producción como es el capital humano se debe enfocar como duradera en el tiempo, al objeto de rentabilizar la inversión efectuada en ella.

Se tiene que cambiar la perspectiva desde la cual se contemplan las medidas laborales restrictivas de derechos sociales y que reducen la “solvencia económica del trabajador” ya que si bien en un principio, pueden beneficiar al empresario desde un punto de vista individual, desde un enfoque global tales medidas pueden desembocar en una restricción del consumo, y un descenso de la demanda general.

Otra cosa muy distinta es la adopción de medidas que contribuyan a mejorar la innovación, desarrollo, productividad y eficiencia y de esta manera mejorar la producción de la empresa, ofreciendo un producto de mejor calidad y de un precio más accesible para el mercado, y de esta manera incrementar la producción y se demandar más trabajadores.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. “*Perspectivas de la Economía Mundial*”: Washington, DC; Fondo Monetario Internacional 2011.
2. *Boletín Económico Diciembre de 2011*. Banco de España, Madrid 2011.
3. *Elecciones Generales*, EL PAIS.COM, 9 de marzo de 2008.
4. *PERSPECTIVA DEL EMPLEO EN ESPAÑA 2011*, Informes OCDE., Ministerio de Trabajo e Inmigración de España, 2011
5. *Estrategia Española de Empleo*. Servicio Público de Empleo Estatal, Ministerio de Trabajo e Inmigración. 2011
6. Santos M. Ruesga y otros “*El mercado laboral en España 2011, un año para olvidar*” Revista Relaciones Laborales nº 5, 15 marzo de 2012. Editorial LA LEY.
7. Jorge Aragón Medina y otros “*Las políticas de Empleo para Jóvenes en España*”. Colección Informes y Estudios. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011.
8. *El empleo y las políticas Salariales en la Negociación Colectiva en tiempo de Crisis*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio del Trabajo e Inmigración. 2010.
9. TOHARIA, L; y CEBRIÁN, I. (2007): *La temporalidad en el empleo: atrapamiento y trayectorias*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

10. PANORAMA DE LA EDUCACIÓN INDICADORES OCDE 2010. Informe Español. Ministerio de Educación. Madrid 2010.
11. *Huelga General*. LA VANGUARDIA.COM. 30 de marzo de 2012.
12. A. Fuentes. *Cambios en el mercado Laboral*. El Periódico de Aragón. 28 de noviembre de 2011.
13. Casas Baamonde, María Emilia Rodríguez-Piñero y otros. *La nueva reforma laboral*. Relaciones Laborales nº 5, LA LEY. Marzo 2012.
- 14 Dieter Hundt, La Contra "*Copien en España nuestra formación y el paro bajará*" entrevista. La Vanguardia, 11 de mayo de 2011.
15. Anexo I de la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008
- 16 Vid. MUÑOZ, V., "*Educación y formación profesional, las asignaturas pendientes*", Economistas, núm. 119, 2009, págs. 232-237
17. Arturo Cenzano. "*OPEL sorprende con un ERE de 62 días para 2011 y 2012 por la caída de ventas*". Zaragoza. 9 de septiembre de 2011. Cincodías.com. 2011.
- 18 EFE. "*SEAT eliminará un turno de noche en Martorell y dejará de fabricar 300 coches al día*". Barcelona. 10 de septiembre de 2008 Elmundo.es, 2008.
19. EUROPA PRESS. "*Renault plantea un ERE suspensivo en la planta de Carrocerías-Montaje de Valladolid para 2012*". 24 de noviembre de 2011. El Economista.com. 2011

20. María Fernández. *"Citroën da marcha atrás al ERE en Vigo tras un acuerdo con los sindicatos"*. Vigo. 22 de enero de 2011. Elpais.es. 2011
21. Carlos González González, *Permisos Retribuidos por nacimiento de hijo y lactancia*. Revista Aranzadi Doctrinal nº 2/2001. Pamplona 2011.
22. Francisco Rubio Sánchez. *Algunas consideraciones sobre el permiso de lactancia*. Aranzadi Social. Aranzadi. 2001
23. Miguel Ángel Purcalla Bonilla. *"El teletrabajo como realidad social"*. Aranzadi Social 18/2003. Aranzadi. 2004
24. Economía. *Así son las indemnizaciones por despido en Europa*. ABC.ES 20 de febrero de 2012.
25. Javier G. Gállego. *La UE dará a España un año más para reducir el déficit si hace nuevos recortes*. El Mundo.es, 30 de mayo de 2012.
26. EFE. *La Comisión Europea advierte de que la reforma laboral puede aumentar el paro y la segmentación*. ABC.ES, 30 mayo de 2012.
27. Abdón Pedrajas Moreno, *Acuerdo Para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012*. Boletín Laboral, Febrero 2010.
28. Lola Fernández, *La formación bonificada no llega al profesional de las PYMES*. Cincodías.com, 29 de junio de 2011.
29. *Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014*. Boletín Oficial del Estado 6 de febrero de 2012.

30. Raquel Jaén González. *"Un 'cortafuegos' frente a los despidos colectivos avivados por la Reforma Laboral"*. LLuviafina.es. Junio 2012.
31. Recomendación del Consejo sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España, Bruselas 30 de mayo de 2012. (SWD (2012)310)
32. *LAS PREVISIONES ECONÓMICAS DE LA OCDE: REPASO DE LAS DIFERENTES PREVISIONES DE PRIMAVERA*. CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES. (CEOE) 22 de mayo de 2012.
33. M. A. Entrevista a D^a. Carmen González Campos *"Existe el profesional de la baja que calcula al detalle cuándo tomarla"*. Granada. IDEAL.ES, 12 de mayo de 2008.
34. Javier G. Gallego. *"Así será el rescate a la banca"*. Bruselas. Economía. EL MUNDO.ES. 9 de junio de 2012.
35. Claudi Pérez/ Luís Doncel. *"España pide un rescate de hasta 100.000 millones para la banca"*. Economía. El País.es. 10 de junio de 2012.

7. NORMATIVA

LEY 64/1997, de 26 de diciembre, *por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.* (BOE de 30 de diciembre de 1997).

LEY 12/2001, de 9 de julio, *de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad* (BOE de 10 de julio de 2001).

LEY 45/2002, de 12 de diciembre, *de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.* (BOE de 13 de diciembre de 2002).

LEY 56/2003, de 16 de diciembre, *de Empleo* (BOE de 18 de diciembre de 2003).

LEY 35/2010, de 17 de septiembre, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.*(BOE de 18 de septiembre de 2010).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (BOE de 29 de junio de 1994).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.* (BOE de 29 de marzo de 1995).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (BOE de 8 de agosto del 2000).

REAL DECRETO-LEY 8/1997, de 16 de mayo, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*. (BOE de 17 de mayo de 1997).

REAL DECRETO-LEY 15/1998, de 27 de noviembre, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad* (BOE de 28 de noviembre de 1998).

REAL DECRETO-LEY 7/2011, de 10 de junio, *de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva* (BOE de 11 de junio de 2011)

REAL DECRETO-LEY 2/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (BOE de 11 de febrero de 2012).

REAL DECRETO 2976/1983, de 9 de noviembre, *por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* (BOE de 2 de diciembre de 1983).

REAL DECRETO 625/1985, de 2 de abril, *por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo* (BOE de 7 de mayo de 1985).

REAL DECRETO 1131/2002, de 31 de octubre, *por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial*. (BOE de 27 de noviembre).

REAL DECRETO 801/2011, de 10 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación*

administrativa en materia de traslados colectivos. (BOE de 14 de junio de 2011).

REAL DECRETO 343/2012, de 10 de febrero, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* (BOE de 13 de febrero de 2012).

ORDEN ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012

ORDEN 16 de septiembre de 1998, Fomento del empleo estable de mujeres en las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino. (BOE de 29 de septiembre).

8. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2004

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) del 30 de septiembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea del 20 de enero de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 92/1992 de 11 de junio de 1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, del 15 de enero de 2007 nº 3/2007.

Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª, nº recurso: 4341/2006, de 12 de noviembre de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social nº recurso 2694/2008, de 7 de octubre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social nº recurso 660/2009 de 11 de diciembre de 2009

Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de julio de 2011, nº recurso: 152/2010.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 24 de junio de 2008, nº 154/2008.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sala de lo Social de 22 de septiembre de 2010 nº 4103/2010.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla león de 15 de marzo de 2012 nº 182/2012.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012 nº 13/2012.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona del día 1 de marzo de 2012, Sentencia nº 75/2012.