



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Máster

Puntos Críticos de la Reforma Laboral de 2012

Autor

Vicente Pedro Lafuente Pastor

Directora

Ruth Vallejo Dacosta

Facultad de Derecho
Año 2012

PUNTOS CRÍTICOS DE LA REFORMA LABORAL DE 2012

VICENTE PEDRO LAFUENTE PASTOR

Máster en Especialización e Investigación en Derecho de la Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La reforma laboral de 2012 pretende cambiar parcialmente el marco jurídico del Derecho del Trabajo como una exigencia ante la profundidad de la crisis económica que padece España y sus insoportables cifras de paro. Es una reforma amplia y exigente por la importancia de sus modificaciones, pero es también una reforma desequilibrada, que en general facilita el poder de decisión empresarial, recorta derechos a los trabajadores, y está produciendo desasosiego en un contexto social de desamparo ante la dificultad de encontrar empleo, debido a la falta de actividad productiva.

El autor analiza algunas de las instituciones clave de la reforma, y formula una crítica constructiva de sus fortalezas y de sus debilidades desde un prisma eminentemente práctico, estableciendo hipótesis de cómo afectará al funcionamiento del mercado laboral español.

ABSTRACT

The labor reform of 2012 intends to change partially the legal framework of Labour Law as a requirement from the deep economic crisis that suffers Spain and their unbearable unemployment figures. It is a comprehensive and demanding reform attending to the importance of its amendments, but it is also an unbalanced reform, which generally makes the business decision power stronger, it reduces workers rights, and it is producing anxiety in a social context of helplessness because of the difficulty of finding employment due to lack of productive activity.

The author analyzes some of the key institutions of the above mentioned reform, and makes constructive criticism of their strengths and weaknesses from an eminently practical point of view, setting hypothesis on how it will affect the functioning of the Spanish labour market.

Palabras clave:

Reforma, laboral, crítica, formación, despido, negociación colectiva, desvinculación, condiciones de trabajo.

Keywords:

Labor reform criticism, training, dismissal, collective bargaining, decoupling, working conditions.

Metodología

Se ha seguido un procedimiento de trabajo basado en la metodología analítico-jurídica, y ello en relación con el estudio de algunas de las instituciones capitales de la reforma articulada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Con frecuencia, se ha realizado un examen comparativo con la regulación existente en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, antecedente normativo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y con la legislación anterior, con especial referencia a la Ley 35/2010.

El procedimiento de análisis se inicia con un estudio de las causas que han promovido esta reforma, en el contexto social de la crisis económica, y de las presiones internas y externas para realizar prioritariamente un nuevo texto que modifique sustancialmente el ordenamiento jurídico laboral en España.

A continuación se realiza un resumen sucinto de las novedades aportadas, por la reforma, y, finalmente, se analizan detenidamente los apartados de más trascendencia de la Ley, llevándose a cabo un estudio pormenorizado de las modificaciones realizadas, y haciéndose después una valoración crítica de sus planteamientos y de sus consecuencias, todo ello desde el punto de vista del análisis jurídico citado, con el enfoque práctico de los problemas que ya se están planteando, no obstante los pocos meses de vigencia de la norma, y con el concurso de la jurisprudencia anterior, y posterior (cuando lo hubiere) en relación con los temas abordados.

Sumario

Página

1. Introducción	1
2. Los antecedentes. Las reformas fallidas	3
3. Los motivos de la reforma laboral. El contexto socioeconómico	5
3.1. La naturaleza de la reforma. ¿El Derecho del trabajo como solución o como problema?	5
3.2. ¿Hacia un modelo liberal de las relaciones laborales?	7
3.3. ¿El poder demiúrgico de las reformas laborales?	9
3.4. Los ambiciosos objetivos de la reforma. La flexiseguridad	9
3.5. Urgencias para más cambios. El papel de la Unión Europea	12
3.6. Dos ejemplos de reforma laboral en otros países de la Unión Europea	14
4. Las medidas propuestas por el Partido Popular	20
5. La posible inconstitucionalidad de la reforma laboral	26
5.1. La reacción sindical	26
5.2. La utilización del Decreto-ley	28
5.3. Cuestión de constitucionalidad contra la reforma laboral	29
6. Los puntos esenciales de la reforma	32
6.1. Apoyo a las pymes	32
6.2. Modalidades contractuales	32
6.3. Formación	36
6.4. Dualidad laboral y fomento de la contratación indefinida	36
6.5. Colocación y empleabilidad	37
6.6. Negociación colectiva	38
6.7. Flexibilidad interna	39
6.8. Flexibilidad externa	48
6.9. La conciliación de la vida familiar y laboral	52
6.10. La jubilación obligatoria	54
7. Nuevo impulso para la formación	55
7.1. La libre concurrencia en el diseño y en la planificación de la formación ...	55
7.2. La promoción y la formación profesional en el trabajo	58
7.3. El despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas ..	63
7.4. La cuenta de formación	64
7.5. El cheque de formación	65
7.6. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores desempleados	67
8. El nacimiento de un nuevo contrato estrella. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores	68
8.1. La reforma de la contratación	68
8.2. La limitación del número de trabajadores	70
8.3. La gran polémica. El periodo de prueba de los contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores	73

8.4. ¿Un contrato coyuntural?	82
8.5. Incentivos fiscales y bonificaciones sociales	83
9. Un vuelco a la estructura de la negociación colectiva	98
9.1. Cuestiones generales	98
9.2. El principio de competencia: la ley versus el convenio colectivo. Ejemplo del V Convenio General del Sector de la Construcción	101
10. Excavando más en la flexibilidad interna	110
10.1. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo	110
10.2. La desvinculación de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo	124
11. El despido. Su nuevo régimen jurídico	148
11.1. Un despido más barato	148
11.2. Un ejemplo de cálculo de indemnización por despido improcedente	152
11.3. La supresión parcial de los salarios de tramitación	155
11.4. La debatida desaparición del despido exprés	165
11.5. El despido por absentismo	173
11.6. El despido objetivo y colectivo	179
12. Conclusiones	201
13. Bibliografía	206

1. Introducción

El domingo, 8 de julio de 2012, entró en vigor la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, LRML), publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 7 de julio¹. Esta Ley, de 79 páginas en la versión del BOE, trae causa de su antecedente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, del mismo nombre (en adelante, DLRML), que se publicó en el BOE del día siguiente, y entró en vigor el 12 de febrero. La Ley es fruto de la decisión política del Ejecutivo de tramitar como proyecto de ley ordinario el Real Decreto-ley antecedente. Este procedimiento ya se utilizó de igual manera por el Gobierno anterior cuando se puso en marcha la reforma laboral de 2010. Primero se promulgó el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y posteriormente se tramitó como proyecto de Ley, en lo que finalmente fue la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de nombre significativamente muy similar al de la reforma de 2012 (“de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”). Con ello, se está institucionalizando un procedimiento bifásico² o de doble vuelta, en el que la figura del Decreto-ley, lejos de responder a las demandas extraordinaria y urgente necesidad en todo su articulado, sirve de primera batería de medidas, que luego se ven confirmadas en la Ley subsiguiente, o modificadas levemente mediante mejoras técnicas o compromisos políticos con otras fuerzas parlamentarias.³

La nueva reforma se centra en las medidas dirigidas a aumentar la flexibilidad externa de las empresas, tanto de los mecanismos de entrada (contratación) como de los mecanismos de salida (despido), y a facilitar asimismo la flexibilidad interna de las empresas, como alternativa a la destrucción de empleo, con la finalidad principal declarada de reducir la dualidad del mercado de trabajo y de aumentar su eficacia, a

¹ Fue aprobada definitivamente por el Congreso el 28 de junio de 2012.

² Sempere Navarro, A., Martín Jiménez, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

³ En efecto, una de las primeras medidas aprobadas por el nuevo Gobierno salido de las urnas, tras el plan de ajuste económico puesto en marcha el 30 de diciembre del pasado año y las medidas de saneamiento del sector financiero aprobadas a principios de febrero de 2012, fue la nueva reforma laboral, regulada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral (BOE de 11 de febrero). Posteriormente, y como ya viene siendo habitual en la reciente tradición legislativa española,³ el Real Decreto-ley se tramitó como proyecto de ley ordinario, plasmándose en la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre, publicándose en el BOE de 7 de julio, y entrando en vigor el domingo 8 de julio. La Ley, respecto de su antecedente, recoge algunas variaciones importantes, y no todas de cariz estrictamente técnico, como anunciaron los portavoces gubernamentales en su momento.

través de mayores posibilidades de movilidad funcional y geográfica de los trabajadores dentro de la empresa; facilitando las modificaciones de las condiciones de trabajo; posibilitando en mayor medida aún que la legislación antecedente, el denominado descuelgue salarial, y ampliándolo al resto de las condiciones de trabajo.

No deja de ser curiosa la desconfianza con la que parte la Ley hacia la negociación colectiva, que se expresa en su Exposición de Motivos, subyaciendo el temor de que aquélla subvierta o anule los grandes ejes de la reforma, y así adopta medidas dirigidas a su descentralización, dando prioridad aplicativa a los convenios de empresa, e impidiendo la prórroga indefinida de los convenios (la llamada ultraactividad). Pretende, por otra parte, favorecer la empleabilidad de los trabajadores, con medidas como la consolidación de la intermediación privada de las Empresas de Trabajo Temporal, y la formación profesional.⁴

En todo caso, dadas la proximidad temporal entre ambas reformas (junio-septiembre de 2010 frente a febrero-julio de 2012) y la cuasi-identidad semántica del título de las normas, podemos preguntarnos por los motivos de una reforma laboral tan próxima a la anterior, que ya de por sí tuvo un calado y entidad relevante. O dicho de otra manera, si pudiera ser que la reforma de 2012 hubiera nacido del fracaso de su precursora, la Ley 35/2010.

Los motivos de este impulso “febril” de renovación de las normas laborales nos parecen claros. Por un lado, las presiones internacionales, vía “recomendaciones” de la llamada “troika” (BCE, UE y FMI) para eliminar las rigideces del mercado laboral como condición para dar confianza a los mercados que nos compran la deuda soberana y para mantener el flujo de los mecanismos financieros que debe recibir nuestro país.⁵ Por otro, se insiste en la necesidad de dotar de la competitividad necesaria a las empresas. Todo ello en un marco socioeconómico insoportable en términos de tasa de desempleo, que parece que hacía ineludible una intervención rápida –otra más– en el mercado laboral español.

⁴ Observatorio de la negociación colectiva. Adenda al Boletín 32 de marzo de 2012. Elaborado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los juicios de valor expresados son del autor y no se encuentran en dicho documento.

⁵ *Vid.* Recomendación del Consejo Europeo de 12 de julio de 2011, relativa al Programa nacional de Reformas de 2011 para España.

2. Los antecedentes. Las reformas fallidas

Es claro el desasosiego normativo que producen las presiones internacionales y los mercados financieros. Esta norma tiene un antecedente claro, y responde a los mismos patrones de hacerse eco de las exigencias internacionales de reforma del modelo. La Ley 3/2012, de 6 de julio, no es sino una vuelta de tuerca más, ciertamente cualitativamente más intensa y de mayor calado, hacia un nuevo modelo de relaciones laborales más flexible, más liberal y menos garantista de los derechos de los trabajadores. Primero el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, y luego la tramitación parlamentaria del mismo, que fructificó en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ya tenían las mismas orlas conceptuales que el Real Decreto-ley 3/2012. La alabanza de la flexibilidad interna, la introducción de un descuelgue salarial ciertamente agresivo en relación con la realidad normativa de los convenios colectivos, la polémica que surgió sobre las causas del despido objetivo, y su flexibilización, la famosa apelación a la dualidad de la contratación, la necesidad reconocida de cambiar los marcos de la negociación colectiva, son pivotes normativos ya existentes en la reforma laboral de 2010. ¿Qué hace que esta normativa fracase? Evidentemente, la falta de confianza en sus virtudes para mejorar el mercado laboral.

Ni los sindicatos mayoritarios, que consideraron la reforma como una confrontación a los derechos de los trabajadores, y convocaron una huelga general de protesta; ni la patronal, que consideró dicha reforma pacata o al menos insuficiente; ni la oposición, que achacaba que no se facilitaban los mecanismos de contratación, que era lo que debía ser prioritario; ni, por ende, los colectivos de economistas que parecen haber asumido actualmente el protagonismo de la crítica iuslaboralista; ni los organismos internacionales y las agencias de calificación, que inmediatamente después de su publicación abogaban por nuevas reformas aumentadas para evitar las tantas veces denominadas rigideces del sistema laboral español.

Y, en efecto, pronto el legislador tuvo mala conciencia y pretendió modificar en una carrera incesante ya iniciada de “extraordinaria y urgente necesidad” la reforma, mediante más reformas parciales y siempre urgentes. Reformas sobre la amplia reforma de 2010, que traslucían el desconcierto del Gobierno ante unos acontecimientos que desbordaban su capacidad de actuación, y que semejaban más a intentos convulsos de

calmar las amenazas a la deuda soberana y el vértigo de las estadísticas laborales, que a verdaderas necesidades de nuestro mercado del trabajo.

Así, una de las principales críticas que suscita la reforma laboral de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, es que no aborda con valentía una cirugía necesaria de la anquilosada estructura de la negociación colectiva. El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, dedica gran parte de su contenido a encauzar la autonomía colectiva hacia la aplicabilidad de los convenios de empresa, aunque respetando la estructura que se dieran las partes en los ámbitos superiores, a potenciar las funciones de las comisiones paritarias, y a introducir una amalgama -de eficacia dudosa- en lo que serían contenidos mínimos de los convenios colectivos. Pero también, no lo olvidemos, modifica otra vez la cláusula del descuelgue salarial, flexibilizando más la anterior redacción mediante la introducción de la previsión de la disminución de ingresos como causa del mismo.

¿Quién se acuerda ahora, un año después, de este Real Decreto-ley 7/2011? Las circunstancias socio-políticas y económicas han vertido un velo de olvido selectivo sobre estas normas que pretendían salvar la cara a nuestro Código del Trabajo, al Estatuto de los Trabajadores.

Lo mismo cabe decir del 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 prestación por desempleo. Se pretende de nuevo, entre otros menesteres, que funcione de una vez el tantas veces denostado contrato de formación, y se le llega a cambiar la denominación. Seis meses después, con un nuevo nombre, será objeto de regulación novedosa en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero. Pero no son las dos únicas normas laborales, que a menudo bajo el formato dudoso del Decreto-ley, inundará nuestro panorama legislativo en el interregno de las dos reformas entre 2010 y 2012. Veamos una relación de estas normas fallidas, puesto que ha debido venir un nuevo Real Decreto-ley a abordar de forma sistemática completa la reforma del mercado del trabajo:

- El RDL 10/2010, de 16 de junio, medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

- La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, tramitación parlamentaria del anterior RDL.
- El RD 1796/2010, de 30 de diciembre, que regula las agencias privadas de colocación.
- El RDL 3/2011, de 18 de febrero, medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.
- El RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
- El RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos
- El RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

3. Los motivos de la reforma laboral. El contexto socioeconómico

3.1. La naturaleza de la reforma. ¿El Derecho del Trabajo como solución o como problema?

El legislador se expresa con neologismos asumidos, que hacen relación por ejemplo a la “flexibilidad” o al “equilibrio” como algunos de los “leit motiv” de la reforma. En realidad, desde algunos sectores críticos esta reforma traduce los citados términos como desbroce y empequeñecimiento de las normas tuitivas a favor del trabajador, pilar clásico del Derecho laboral, para dotar de mayor poder de decisión unilateral al empleador en todos los aspectos de la relación laboral, incluida su modificación posterior de la misma y su extinción. Con lo que el equilibrio del que hace gala el Preámbulo de la Ley se plasma en realidad, desde esta posición, en ruptura tácita de los principios del artículo 3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) para asimilarlo cada vez más a los principios que rigen el Derecho privado, de igualdad jurídica formal entre las partes de una obligación, y de autonomía de la voluntad individual, con las tensiones que dichos planteamientos produjeron en la génesis del Derecho del Trabajo.

Sabemos que el Derecho del Trabajo es una de las zonas del ordenamiento jurídico más susceptible a las influencias de la evolución de factores económicos, sociales o políticos, incluso ideológicos o culturales.⁶

La reforma de 2012 pone el acento en la aproximación a un Derecho del Empleo o Derecho de la Economía, como consecuencia de la extensión de las soluciones de actuación pro-empresario⁷. Y no sólo porque combatir el desempleo sea un hecho básicamente económico, sino porque el empleo se hace depender del desarrollo competitivo de las empresas, cuestión también de índole económica.

Estaríamos, en contra de lo postulado por el Preámbulo de la Ley 3/2012, ante el establecimiento de un modelo “desequilibrado” de las relaciones laborales, sesgado hacia el polo empresarial. Los objetivos perseguidos serían el empleo y la competitividad, y los bienes jurídicos protegidos los artículos 35 y 38 de la Carta Magna, que reconocen o garantizan el derecho al trabajo, la libertad de empresa y la productividad.⁸ De ahí, no se deduce, sin embargo que estemos ante un vuelco normativo radical hacia un derecho individualista y desregulado del tipo de modelo anglosajón. Sería excesivo considerar que estemos en un escenario de cambio de paradigma o modelo.

Las referencias a la flexibilidad y adaptabilidad de las empresas son constantes, de igual modo que cuando se promulgó la otra gran reforma laboral, la de 1994.⁹ La diferencia en nuestra opinión es que mientras la primera ponía el énfasis en la negociación colectiva como criterio sustitutivo de la intervención administrativa, ésta mantiene un enfoque de ampliación del “*ius variandi*” empresarial, en ocasiones superponiéndose al pacto colectivo.

⁶ Rodríguez Piñero, M., *Derecho del Trabajo y crisis económica*, El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, (coordinac. J. Rivero Lamas), Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1983, pág. 248.

⁷ Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo, cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, IELSS, 1984.

⁸ González-Posada Martínez, E., *La reforma del sistema de relaciones laborales ¿hacia un neopluralismo?*, Relaciones Laborales, núm. 22, 1994, pág. 12. Entiende que “el modelo de relaciones laborales concebido como sistema no ha de tener como fundamento ni la creación de empleo ni la mejora de la competitividad”.

⁹ Alonso Olea, M., *La reforma laboral de 1993-94. Origen e idea general de su carácter*, Marcial Pons, 1995, pág. 19.

No es una reforma desconocida, o que nos pueda sorprender, dados los antecedentes de la reforma laboral de 2010. El lenguaje de la Exposición de Motivos se nos antoja similar, el diagnóstico que se hace es también el mismo (demasiada temporalidad, desempleo intolerable, flexibilidad interna para evitar situaciones traumáticas, etc.). El Derecho del Trabajo aparece como problema, más que como solución, deudora de los viejos esquemas.

Los críticos, sin embargo, atisban que con esta deriva podemos tener un problema de concepto de lo que es y ha significado el Derecho del Trabajo: ¿Queremos volver a los orígenes de este Derecho, con el Derecho Civil y privado sustentando las relaciones entre patronos y trabajadores, en base a la autonomía de la voluntad, y con los convenios colectivos como meras referencias orientativas que pueden eludirse a voluntad de las partes, o de una de ellas? ¿Es realmente nuestro Derecho Laboral el origen o la causa agente de nuestra tasa de desempleo? ¿Es coadyuvante de nuestra crisis económica, de una economía intervenida de hecho por la Unión Europea?

Más allá de hipérboles sobre los perfiles más extremos de la norma, es lo cierto que estamos ante una reforma muy amplia en su contenido, atrevida en las soluciones adoptadas, y compleja y meditada, no obstante la rapidez de su promulgación.

3.2. ¿Hacia un modelo liberal de las relaciones laborales?

La reforma afecta a instituciones capitales del Derecho laboral. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores ha resultado harto polémico; los nuevos horizontes de la negociación colectiva cambian el anterior sistema estático por otro dinámico, en tanto que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa sobre las principales condiciones de trabajo, cualquiera que sea el estado de vigencia de un convenio superior. Se flexibilizan los procesos de toma de decisiones empresariales sobre lo que son las condiciones de trabajo, en un juego normativo que técnicamente lo consideramos acertado, discriminando lo que serían las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41.2 LET) y la desvinculación de las mismas (artículo 82.3 LET) si ésta se produce en relación con las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario. Además, ya no hablamos sólo de “descuelgue” salarial, sino del conjunto de las condiciones de trabajo. Se elimina la vieja institución española de la autorización administrativa en los despidos colectivos, y la repercusión práctica

que puede tener se nos antoja sobresaliente. Desaparecen los salarios de tramitación en mucho de los supuestos y el despido exprés se penaliza fiscalmente. En general, se refuerza el “ius variandi” empresarial, y se debilita el recurso al pacto o a lo que se consensue en la negociación colectiva. La ultraactividad de los convenios pasa a ser anual (bianual en el Real Decreto-ley 3/2012). Sin embargo, hay un giro garantista en relación con la formación, aunque los sistemas de intermediación van a apostar muy claramente por las empresas de trabajo de temporal, que han demostrado constituirse en un “lobby” eficaz frente a los poderes públicos. Es cierto que se rebaja la indemnización por despido, pero generalizando la indemnización que ya estaba en el derogado contrato de fomento de la contratación indefinida.

En este sentido, si la reforma de 2010 aventuraba ya muy claramente el cambio de tendencia, su contención frente a las reformas demandadas ya por las instituciones internacionales y organizaciones nacionales con peso específico como el Banco de España, y el hecho de que nadie creyera en sus postulados, hizo que se viera abocada al fracaso. La actual reforma no rompe sin embargo amarras con nuestras instituciones laborales, ni consideramos que suponga el inicio de un cambio de paradigma hacia la desarticulación del papel tuitivo del Derecho del Trabajo español.

Hay que decir que la Ley 3/2012, de 6 de julio, y su antecedente, el Real Decreto-ley 3/2012, son normas de urgencia anunciadas en el programa del partido popular para las elecciones generales, que se comprometió a articular una reforma laboral en el primer trimestre. Pero están lejos de ser improvisadas.¹⁰ Se parte de la ausencia de miedo a la reacción de los agentes sociales o a la opinión pública. Se rebajan las indemnizaciones por despido injusto, desaparecen, en general, los salarios de tramitación que con frecuencia suponían más desembolso que la propia indemnización, se eliminan las autorizaciones administrativas de los ERES, se objetivizan las causas del despido objetivo para facilitarlo disminuyendo el ámbito de discrecionalidad judicial, con la aspiración mal disimulada de que en el futuro su indemnización de 20 días por año se convierte en el patrón habitual. Se desconfía de la interpretación de razonabilidad que realizan los jueces diariamente en sus sentencias. Y, además, bastante de estas consideraciones aparecen explicitadas en la Exposición de Motivos de la norma.

¹⁰.Sempere Navarro, A., y Martín Jiménez, R. *Claves de la Reforma Laboral de 2012*, op. cit. Pág. 107.

3.3. ¿El poder demiúrgico de las reformas laborales?

El afán que mueve a la norma es remover obstáculos que alivien la sangría intolerable del desempleo, que a fecha de la EPA del segundo trimestre de 2012 rondaba la tasa del 25% (que es del 30% en Andalucía, Extremadura, o Ceuta o Melilla), y ello con medidas contundentes y de choque contrasta con la inveterada realidad de la escasa reacción de la economía a estas medidas legislativas. ¿Se trata realmente de que estas medidas, sin llegar a tener impacto inmediato, sí calen en nuestro sistema productivo, y otorgue la confianza necesaria a los empresarios para invertir? Creemos que hay un dato objetivo, y es que las mismas normas laborales denostadas sirvieron en su momento para que España creara empleo al doble de la tasa de crecimiento de los países de la UE. Por tanto, hay que relativizar el valor demiúrgico de las reformas laborales. Más bien creemos que la crisis de empleo responde a unos modelos de crecimiento erróneos, y al colapso del sistema financiero como consecuencia del acaparamiento del crédito fácil y barato, focalizado hacia el sector inmobiliario. El crecimiento del empleo en su momento vino arrastrado por la expansión del sector de la construcción. Importamos mano de obra además para producir un número excesivo de viviendas. Y el efecto locomotora indudable del sector de la construcción en el resto de sectores hizo el resto.¹¹

3.4. Los ambiciosos objetivos de la reforma. La flexiseguridad

En el propio Preámbulo LRML se expresan calificativos que hacen ver la pretensión de ser un hito fundamental en el panorama legislativo laboral español, y la ambición que destila de sus planteamientos. Se dice, así, que estamos ante “una reforma de envergadura”, y se habla también que es “completa y equilibrada”, aunque veremos con más detalle, que, a nuestro juicio, es más completa que equilibrada, puesto que si algo destila la norma es un desequilibrio hacia las posiciones empresariales que incluso sorprendió en los momentos iniciales a la patronal CEOE, que días antes había firmado, junto a CEPYME, y con los sindicatos mayoritarios, el II Acuerdo para el Empleo y la

¹¹ Las consecuencias actuales son que más de la mitad de los cinco millones de parados en España provienen del sector de la construcción, y de los sectores auxiliares o conexos con el mismo. La burbuja de la obra pública, que también existió, propició que se hicieran en poco tiempo, impulsados por los fondos estructurales europeos, más obra pública y más cara de lo aconsejable. La falta de crédito, y las nulas previsiones de inversiones reales por parte de las Administraciones dibujan un panorama muy sombrío, sobre todo porque se ha demostrado que no se ha dibujado en los años de bonanza ningún modelo productivo alternativo y sólido.

Negociación Colectiva¹², con unos planteamientos que abordaban los mismos temas de la reforma laboral (con exclusión del despido), pero con unos planteamientos pactistas, en tanto que se condicionaban a los acuerdos colectivos propios de la negociación colectiva. Inmediatamente se vio como el Real Decreto-ley 3/2012 desbordaba estas premisas del II Acuerdo, convirtiéndolo en la práctica en papel mojado, siendo dudoso que los sindicatos respeten las cláusulas de moderación salarial introducidas hasta 2014, habiendo otras estipulaciones que no se van a cumplir (movilidad funcional, descuelgue, etc.), y que van a ceder ante el “ius cogens” de la norma laboral.

Por lo demás, es cierto que estamos ante una reforma de envergadura y completa, quizá la reforma más ambiciosa desde la formulada en 1994. Se aborda, con mejor o peor fortuna, temas capitales, y, por ende, recurrentes del Derecho Laboral, como la empleabilidad, la formación, la dualidad del mercado laboral, la contratación, la flexibilidad interna y el despido.

A estos asuntos les atribuye un problema de raíces estructurales, que “afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral”. De hecho, las soluciones que se dan, casi siempre de corte liberal y desregulador, también socavan las raíces de nuestra tradición jurídica laboral, apostando por modelos importados, ciertamente loables en su caracterización primigenia, como la flexiseguridad danesa, a la que sin embargo, no se dota de los instrumentos precisos para sostener las tres patas del trípode que la caracteriza.

Veamos algunas diferencias entre España y Dinamarca. En Dinamarca, la tasa de paro es del 7-8%, frente al 24-25% en España. El trivote sobre el que se asienta la flexiseguridad es

- Un mercado laboral flexible.
- Una política de bienestar avanzada.
- Eficientes políticas activas de empleo.

La seguridad no es del puesto de trabajo, sino del empleo. En Dinamarca, el despido se justifica si se preavisa con tres meses de antelación o de 40 días en el sector

¹² El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, fue firmado el 25 de enero de 2012. Mediante Resolución de 30 de enero de 2012 de la Dirección General de Empleo se procedió a la inscripción y registro, publicándose en el BOE de 6 de febrero.

de la construcción. Podemos aventurar el vértigo jurídico que dichas circunstancias crearían en nuestras estructuras empresariales. La duración del desempleo en Dinamarca es de 48 mensualidades (En España, al día de hoy es de 24 mensualidades), y cubre hasta el 90% del salario activo del trabajador (en España, cubre el 70% los seis primeros meses, y el 50%, el resto).¹³ En el 80% de los casos, en Dinamarca se establecen pactos de negociación de salarios de forma individual, al margen de la negociación colectiva. Un porcentaje no desdeñable de los trabajadores daneses cambia de empresa al menos tres veces al año, lo que significa que la permanencia media de un trabajador en el desempleo raramente superan los seis meses.¹⁴ Con ello, las diferencias con España son estratosféricas. En España el destinatario de la protección es el puesto de trabajo, no el empleo como en Dinamarca. Esta protección se ha realizado en nuestro país a través de normas laborales que protegen al trabajador en el devenir de la relación jurídica laboral con el empresario, como elemento débil, digno de tutela. El amparo se ha otorgado a través de normas no equivalentes sesgadas hacia el trabajador, porque el empleo, desgraciadamente, no está protegido. Han fallado las políticas activas de empleo, y ha fallado un dinamismo razonable del mercado laboral que garantice con celeridad un nuevo puesto de trabajo al trabajador despedido en una empresa anterior.

Ciertamente se facilita a las empresas la flexibilidad interna y externa que parecen demandaban las voces responsables o animadoras de nuestro diagnóstico como país (el Banco de España, el Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo, o los Foros de Economistas o Fundaciones o Asociaciones empresariales de muy diverso tipo). Pero ¿dónde está la protección social del trabajador en paro tan intensa, como los 48 meses de prestación de desempleo de Dinamarca? ¿Dónde están las políticas activas de empleo que garantizan que en Dinamarca el promedio para encontrar nuevo empleo no sobrepase los tres o cuatro meses?

Además, creemos que la flexiseguridad en el mercado de trabajo, en la concepción original y escandinava del término no consisten precisamente en un equilibrio tal y como sostiene la Exposición de Motivos: “equilibrio entre la flexibilidad interna y externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la

¹³ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

¹⁴ Pose Vidal, Sara (Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña. Ponencia “las nuevas modalidades de contratación.” Novenas Jornadas laborales AEAL. Zaragoza, 3 y 4 de mayo de 2012.

movilidad interna de la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo.” La flexiseguridad aquí más bien se define de una forma confusa y hasta capciosa: como un juego de pesas y contrapesas, de equilibrios internos y externo, que a la postre no indican sino un vector dominante hacia la flexibilidad, sin que aparezcan los contrapesos de la seguridad, a salvo de que se consideren como tales los módulos legislativos de la LET que todavía no han sido reformados. Es obvio que el indicado hasta por dos veces en el Preámbulo equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa no desemboca sino en el citado vector resultante que apunta en la misma dirección, es decir, hacia una mayor flexibilidad empresarial para que el empresario establezca unilateralmente la modificación de las condiciones de trabajo, sin acudir al pacto, excepto que se trate de alterar el convenio colectivo estatutario, y hacia una facilitación del despido.

El Preámbulo, hay que decirlo, es consciente que se están adoptando “medidas incisivas y de aplicación inmediata, con objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo.” Son medidas de cirugía, que quiere apartar parámetros garantistas del trabajador, que, en el criterio subyacente del legislador, impide la confianza necesaria para contratar.

3.5. Urgencias para más cambios. El papel de la Unión Europea

Las reformas emprendidas parecen distar de ser definitivas, no obstante la alabanza general de las instancias comunitarias sobre las mismas. Consecuencia de los deterioros de la prima de riesgo respecto al bono alemán, y de las insolvencias constatadas de las entidades de crédito, que hacen temer algún tipo de intervención o rescate, la Comisión ha publicado el 30 de mayo de 2012 un nuevo catálogo de reformas para España para el periodo de 2012 y 2013, que pretende acelerar el retraso de la edad de jubilación. La Comisión cree que la reforma aprobada en 2011 que retrasa la edad de jubilación a los 67 años y amplía en 10 años el periodo para calcular el importe de la pensión, y que se aplica progresivamente hasta 2027, es un "paso importante" pero no suficiente. "Para mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas, el Gobierno debe garantizar suficientes superávits primarios a medio plazo, acelerar el incremento gradual previsto en la edad de jubilación y llevar a cabo una actualización

anticipada del factor de sostenibilidad previsto en el sistema de pensiones reformado" para ajustarlo a los cambios en la esperanza de vida.¹⁵

En relación con las medidas laborales, la CE advierte de que algunas medidas incluidas en la reforma laboral aprobada por el Gobierno español podrían causar un aumento del paro a corto plazo y empeorar la segmentación del mercado laboral. En concreto, la CE expresa sus dudas sobre los nuevos contratos para las pymes y los de prácticas(sic).¹⁶

En el apartado de estas recomendaciones publicadas el 30 de mayo para España relacionado al Empleo, la Política Social y la Educación¹⁷, el Ejecutivo comunitario da su visto bueno a la reforma laboral del Gobierno, aunque subraya varios elementos concretos que considera negativos. La CE destaca que la reforma laboral "es más ambiciosa" que otras reformas anteriores, y subraya que muchas de las novedades introducidas "tienen potencial" para cambiar la dinámica de empleo en España, "permitiendo a las empresas adaptarse rápidamente a los cambios en las condiciones del mercado".

En particular, alaba la reducción de las indemnizaciones por despido, la simplificación de los procedimientos para despidos individuales y colectivos y la clarificación de las "condiciones objetivas" para todos ellos. La Comisión cree que estas novedades "pueden ayudar a restaurar las condiciones para contratar a trabajadores de forma permanente", pero añade que "a corto plazo, la reforma puede conducir a un aumento del desempleo".

En cuanto a la segmentación del mercado laboral, la CE advierte de que los nuevos contratos para pymes incluyen períodos de prueba "relativamente largos", y por tanto "podrían convertirse en sustitutos de los contratos temporales". Para la CE, esto podría contrarrestar el efecto de los límites para la renovación de contratos temporales incluidos en la reforma laboral. El período de prueba para los nuevos contratos permanentes es de un año -muy por encima de los límites fijados por el Estatuto de los Trabajadores, destaca la Comisión-, y podría ser utilizado por las empresas como

¹⁵ Vide. Expansión.com, en su versión digital de 30.5.2012

¹⁶ Suponemos que se refiere a los contratos para la formación y el aprendizaje.

¹⁷ http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/csr2012_spain_es.pdf

"contrato de facto temporal, de baja calidad y con cero costes de despido". Además, los nuevos contratos de prácticas "tienen un riesgo similar", ya que permiten el encadenamiento de períodos de este tipo para un mismo trabajador y su despido sin coste alguno, lo que "podría contribuir a incrementar la segmentación" del mercado laboral español, según la CE.

La Comisión también considera que el coste del despido para trabajadores con contratos permanentes "sigue siendo alto" en comparación con los temporales. Asimismo, confía en que la reforma laboral facilite un "ajuste más rápido de los salarios", ya que da prioridad a las decisiones tomadas por la empresa.

La Comisión critica el "rígido sistema" existente de negociación salarial, y considera que el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014 alcanzado en enero por los agentes sociales incluye un plazo "demasiado largo" para la extensión de convenios que ya han expirado.¹⁸ Dicho acuerdo fija una subida salarial máxima de hasta el 0,5 % en 2012 y el 0,6 % en 2013 y 2014, con posibilidad de revisión al alza, pero sin que las retribuciones lleguen a incrementarse tanto como la inflación. También solicita que se implemente el Plan de Acción Juvenil, en concreto en lo que se refiere a la calidad del mercado laboral y la relevancia de la formación vocacional y la educación, e impulsar los esfuerzos para reducir el fracaso escolar y aumentar la participación en la educación vocacional y formación a través de la prevención, intervención y medidas de compensación.

3.6. Dos ejemplos de reforma laboral en otros países de la Unión Europea

Uno de los argumentos empleados por los partidarios de reformar radicalmente la normativa española es la necesidad de "homologación" a los países de nuestro entorno de la UE, que tendrían unas reglas más flexibles y menos onerosas para los empresarios en cuanto a flexibilidad interna y externa, principalmente. También se ha dicho que aquellos países que adolecían aun de un exceso de rigidez estaban reformando sus legislaciones laborales en profundidad. Ya hemos comentado los patrones tan dispares de normativa laboral, y de negociación colectiva que hay en

¹⁸ Desconociendo las instancias comunitarias la enmienda suscrita y aprobada por el Foro Asturias y el PP para reducir a un año, respecto de los dos previstos en el Real Decreto-ley 3/2012, el tiempo en que un convenio puede prorrogarse una vez que ha expirado, no habiendo acuerdo para la renovación, es decir, la conocida como ultraactividad de los convenios.

Europa. Vamos a ver también que las reformas laborales emprendidas no son todas iguales, aunque sí coinciden en haber sido demandadas por los organismos internacionales (UE y FMI). Pondremos dos ejemplos. Una de reforma “blanda”, en Italia, y otra de reforma “dura” en Portugal, nación ya intervenida por la UE, y receptora de un fondo recate-país.

3.6.1. Italia

Como consecuencia de las recomendaciones de la Unión Europea para Italia en relación con el Plan de Estabilidad, y a los efectos de procurar las reformas estructurales que se consideran necesarias, el Consejo de Ministros italiano aprobó el pasado 23 de marzo de 2012 un texto de reforma laboral que incluye una modificación de la regulación de las condiciones de despido, fundamentalmente centrado en el improcedente, cambiando la redacción del artículo 18 de la Ley nº 300, de 20 de mayo de 1970, del Estatuto de los Trabajadores italiano.

El Parlamento de Italia aprobó posteriormente, el 27 de junio de 2012, el proyecto de ley de reforma laboral presentado por el Ejecutivo de Mario Monti a finales de marzo, un texto que el primer ministro italiano quiso llevar al Consejo Europeo de Bruselas como muestra de su acción de Gobierno.

La Cámara de los Diputados de Italia, país que registra una tasa de desempleo récord para ellos del entorno del 10 %, aprobó la ley por 393 votos a favor, 74 en contra y 46 abstenciones, tras haber votado entre un paquete de enmiendas al texto (el mismo presentado en el Senado) mediante cuatro cuestiones de confianza planteadas por el Ejecutivo para aligerar su debate y aprobación.¹⁹

Esas modificaciones en la sede parlamentaria al texto, que fue aprobado en el Senado el pasado 31 de mayo tras dos meses de tramitación, modifican detalles técnicos del articulado anterior, sobre todo en asuntos como la contratación y despidos, así como en las bajas por maternidad y paternidad y las políticas activas de empleo.

La reforma, que apuesta por los contratos en prácticas como mejor forma de inserción, ha contado desde el principio como aspecto más controvertido con sus

¹⁹ <http://www.abc.es/20120627/economia/abci-italia-aprueba-reforma-201206271939.html>

disposiciones sobre el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores de Italia, que regula los despidos en las empresas con más de quince trabajadores.

En la primera versión aprobada por el Gobierno el 23 de marzo se eliminaba el derecho a la readmisión del trabajador en el caso de despido improcedente por motivos económicos, algo que el Ejecutivo modificó solo días después ante la presión de la principal formación política de centroizquierda, el Partido Demócrata (PD), y la amenaza de huelga de los sindicatos.

El Gobierno tuvo que comparecer el 4 de abril ante los medios para explicar que daba marcha atrás sobre este aspecto y volvía a reconocer la posibilidad de que los trabajadores amparados por ese artículo 18 pudieran ser readmitidos si fueron despedidos por causa económica de «manifiesta inexistencia».

Entre otras cosas, la reforma laboral permite que un contrato temporal de duración no superior a los seis meses pueda ser rescindido sin indicar un motivo preciso del despido y eleva a entre 60 y 90 días el tiempo que tiene que pasar para que un trabajador pueda volver a ser contratado temporalmente por el mismo empleador.

El Ejecutivo había presionado a los partidos políticos que le apoyaban en la Cámara baja para que agilizaran la aprobación de esta reforma antes del Consejo Europeo que empezaba el 28 de junio en Bruselas, donde el primer ministro quería lograr el sí alemán a su plan de compra de deuda soberana con los fondos de rescate europeos.

La síntesis de esta reforma, que enfocaremos en el despido improcedente, es la siguiente²⁰:

El ámbito de aplicación incluye a las empresas que tengan más de 15 trabajadores en el ámbito local, o más de 60 a escala nacional.

La regulación del régimen sancionador por despido improcedente depende de si el juez que el despido se debe a las siguientes causas:

²⁰ Departamento de relaciones laborales de CEOE. Información sobre negociación colectiva, expedientes de regulación de empleo, conflictividad laboral, empleo, contratación, diálogo social e internacional. 10 de Julio de 2012

- Si es despido por razones de discriminación o motivo ilícito determinante, el empleador debe readmitir al trabajador en el puesto de trabajo y a indemnizarlo con un importe mínimo de cinco meses de salario, así como a pagar las contribuciones a la Seguridad Social devengadas. Este mismo supuesto se aplica a la finalización de la relación contractual en el periodo de baja por maternidad.
- Si el despido es por motivos subjetivos o disciplinarios, si el juez decide que el despido del trabajador no ha sido debidamente justificado o que la causa alegada por el empleador es objeto de una sanción de rango menor en el convenio colectivo aplicable, el empresario deberá readmitir al trabajador y a otorgarle una indemnización equivalente a 12 mensualidades, así como a pagar las contribuciones a la Seguridad Social devengadas. Sin embargo, el trabajador puede rechazar la readmisión, en cuyo caso la indemnización se elevará a 15 meses de salario. Este mismo régimen se aplicará cuando el empleador rescinda el contrato a un trabajador alegando falta de aptitudes físicas o psíquicas, pero el juez estime que la causa del despido obedece a una motivación ilegítima. En todos los demás supuestos, el empleador no estará obligado a readmitir al trabajador, aunque sí deberá pagarle una indemnización que oscilará entre los 15 y los 27 meses de salario. No obstante, si el juez estima que el despido improcedente se debe a un defecto de forma o de procedimiento, dicha indemnización se reduce prácticamente a la mitad (entre los 7 y los 14 meses de salario).
- Si el despido es por causa objetiva o por motivos económicos, y el juez determina que el despido no se atiene a una causa objetiva o a un motivo económico debidamente justificado, declarará la relación extinguida y obligará al empleador a pagar una indemnización entre 15 y 27 meses de salario. Para evitar un eventual recurso abusivo a este tipo de despidos, el trabajador podrá alegar que subyace una rescisión por causa discriminatoria o disciplinaria, pero recayendo sobre el trabajador la carga de la prueba. Caso de que se estimara, el despido sería nulo y procedería la readmisión, como cuando las causas de crisis que aduzca la empresa para su salida sean consideradas por el juez de "manifiesta inexistencia".

Se prevé la introducción de medidas para reducir la duración de los procedimientos de resolución judicial de los conflictos laborales, acelerando el proceso judicial y agilizando su instrucción. También se arbitran procedimientos de conciliación ante las diferentes autoridades laborales regionales.

En general, la reacción de la patronal italiana, representada por Confindustria, ha sido crítica, si bien han matizado que no pretenden suprimir el artículo 18 citado, aunque sí mantenerlo sólo para los despidos discriminatorios, facilitando el resto de los despidos.

3.6.2. Portugal

La economía portuguesa se contrajo el 1,5 por ciento en 2011, frente al crecimiento del 1,4 por ciento anotado en 2010, según los últimos datos del Instituto de Estadísticas luso. Además, Portugal es -tras España- el país de la OCDE donde más creció el paro el año pasado: 1,2 puntos. De hecho, la agencia de estadísticas confirma que 771.000 personas estaban en paro en el cuarto trimestre de 2011, elevando la tasa de desempleo al 14 por ciento.²¹

En Portugal, la reforma laboral ha sido pactada a mediados de enero entre el Gobierno, la patronal y el segundo mayor sindicato, la Unión General de Trabajadores, y con la oposición de la CGTP, que tachó el texto de "regreso al feudalismo". El Presidente de la República promulgó el 18 de junio la reforma del Código de Trabajo portugués.

El propio Jefe de Estado portugués recordó, en su declaración sobre la promulgación, que esta ley surge también del memorando de entendimiento firmado por el país en mayo de 2011 para acceder a la ayuda financiera de 78.000 millones de euros que le concedieron la UE y el Fondo Monetario Internacional. Es también acorde con el Compromiso para el Crecimiento, la Competitividad y el Empleo, suscrito el 18 de enero de 2012 entre el gobierno portugués y una mayoría de los agentes sociales representativos.

²¹ <http://www.guadanews.es/noticia/5819/EN-PORTADA/reforma-laboral-dura-portugal-despide-ocho-d%C3%ADas.html>

Además de esta reforma laboral, Portugal ha tenido que adoptar duras medidas de austeridad para cumplir las exigencias de su rescate y hacer privatizaciones, reformas económicas, judiciales e institucionales.

Entre las novedades figura la reducción de las vacaciones hasta 22 días laborables -eliminando el premio de tres días extras que daban algunas empresas por no faltar en todo el año-, la supresión de festivos -entre 3 y 4- y la rebaja del pago de horas extraordinarias. Junto a esta reducción significativa de las vacaciones, se han recortado también los festivos obligatorios de que gozaban los trabajadores.

El recorte ha sido también sustancial en relación con las indemnizaciones por despido, que pasan de 30 días por año trabajado, a entre 8 y 12 días por año. El Gobierno ajustará, además, los pagos de indemnizaciones a los promedios de la Unión Europea desde noviembre de 2012 en adelante. Y creará un fondo de compensación para financiar parte del pago de indemnizaciones (similar al FOGASA español)..

No obstante, la reforma no recoge la ampliación en media hora diaria de la jornada, tal y como tenía previsto inicialmente el Gobierno. Lo que sí introduce el nuevo marco legislativo es la creación del banco de horas, directamente formado entre la empresa y el trabajador -o con un grupo de trabajadores-, una figura que permitirá a las compañías poder distribuir la jornada de sus plantillas, para cubrir las fluctuaciones de la demanda (la bolsa de horas que también ha recogido la reforma laboral española).

En cuanto a las prestaciones por desempleo, Portugal ha fijado un tope de 18 meses, más una bonificación de hasta 8 meses, con un máximo de 2,5 IAS (una suerte de renta social o IPREM español), equivalente a 400 euros. También tendrán seguro de paro los autónomos, cuando el 80 por ciento de los ingresos proceda de la misma empresa (similar a los trabajadores autónomos económicamente dependiente de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo española). Para incentivar la salida del desempleo, incluso aceptando una oferta de trabajo peor remunerada que el propio subsidio, el Gobierno luso permitirá que los parados sigan recibiendo el 50 por ciento de su prestación, durante los primeros 6 meses en su nuevo puesto de trabajo, y abonará el 25 por ciento del subsidio durante los siguientes 6 meses de contrato (recordando a la regulación del contrato de apoyo a los emprendedores español). Con lo que podemos

ver un hilo conductor similar en los bloques de materias, a la reforma laboral de la Ley 3/2012, de España.

4. Las medidas propuestas por el Partido Popular

El programa del Partido Popular para las elecciones de noviembre de 2011, dedica una parte no desdeñable a sus propuestas en materia laboral, de formación profesional, y de apoyo a los emprendedores²². En su relación de proposiciones para salir de la crisis, bajo el título general “Lo que España necesita”, afirma, de este modo, que la sociedad española vuelve a estar de nuevo golpeada por el paro masivo y la falta de oportunidades. “Ningún país en Europa, incluso los que han tenido una crisis económica tan profunda como la nuestra, ha destruido tanto empleo. El paro es el drama que singulariza la crisis española”.

Parte del siguiente diagnóstico: Las instituciones y regulaciones del mercado de trabajo español han mostrado su incapacidad para cumplir con las legítimas aspiraciones de estabilidad y flexibilidad que requieren tanto los trabajadores como las empresas para competir con éxito en la economía global del conocimiento. Con ello, está aventurando la reforma en profundidad del modelo jurídico de relaciones laborales.²³ De esta manera, aboga por una flexibilización del modelo, por la atenuación radical de lo que considera un intervencionismo causante del paro, de la contratación temporal desmedida o de la desaparición de empresas. Este exceso de rigidez, de regulación, lo considera como causa agente de “la lacra del paro”, que no sólo “reduce la potencialidad y credibilidad de la economía española, sino que crea un gravísimo problema social. Un millón y medio de familias con todos sus miembros activos en paro, una generación de jóvenes excluida de las oportunidades que ofrece el empleo y un persistente desempleo de larga duración constituyen un drama social sin precedentes.”²⁴

²² http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html

²³ .“Un mercado de trabajo rígido, excesivamente regulado y segmentado ha hecho que el principal mecanismo de ajuste de las empresas ante la crisis económica haya sido el despido de los trabajadores más jóvenes, con contratos temporales o con menor antigüedad, cuando no el cierre. Este sistema laboral segmentado ha tenido un coste social y económico demasiado alto.”

²⁴ Es por ello, que está considerando un papel muy relevante en el hecho regulatorio como causa de la crisis económica española. Sin desmerecer factores de ajuste que deben realizarse, parece que se

Con todo ello, el Programa del Partido Popular para las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 establece un diagnóstico de la situación, se marca una serie de objetivos, y asegurara que desarrollará las medidas reseñadas.²⁵

Entre los objetivos, figuran dotar al marco laboral español de unas *nuevas reglas e instituciones modernas*, adaptadas a la economía global del conocimiento en el ámbito de la moneda única europea para la generación de empleo y oportunidades para todos.

Se proponen alcanzar como reto ineludible un mercado de trabajo justo, seguro y flexible inspirado en las mejores *experiencias de los países europeos* que han visto pasar la crisis sin pérdida de empleo. Pretende ser una reforma integral a la altura del reto planteado por casi cinco millones de desempleados. Con ello, es palpable su deseo de un cambio de modelo, y su inspiración en el Derecho laboral del entorno europeo, ciertamente más flexible en algunos países, pero también muy heterogéneo, y que tienen también como contrapartida un marco protector más intenso y eficaz por parte de los poderes públicos. Además, parten del sofisma (o al menos de una tesis no contrastada) de que ha sido el marco laboral de los países de nuestro entorno político el que ha propiciado el que haya podido sortearse la crisis en esos países sin la sangría del desempleo. Cuando lo cierto es que, primero, el marco jurídico laboral del entorno europeo aludido dista de ser homogéneo, como ya se ha comentado, habiendo grandes diferencias entre ellos; segundo, partimos de un modelo productivo totalmente diferente, de la preponderancia de sectores como la construcción y los servicios relacionados con el turismo, que nunca han tenido tanto peso en el PIB en dichos países, y de una política crediticia y financiera mucho más prudente.

Se apunta *la formación* como derecho que se refuerza con el permiso retribuido de 20 horas, el cheque y la cuenta de formación, y la necesidad de afrontar un curso de capacitación por parte del trabajador, antes de utilizar el mecanismo del despido objetivo por inadaptación sobrevenida al puesto de trabajo.²⁶

sobrevalora la importancia del Derecho en una crisis que es sobre todo financiera y de exceso de apalancamiento y de deuda privada de la economía española, como consecuencia de la ingente exposición de las entidades financieras, sobre todo Cajas de Ahorro, al riesgo inmobiliario.

²⁵ http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html

Vid. páginas 36 y ss.

²⁶“El derecho del trabajador a la formación permanente a lo largo de la vida y a mecanismos efectivos de recualificación y recolocación estarán en el centro del nuevo marco laboral español”, se dice.

Además, se pretende acabar con la *segmentación entre trabajadores temporales y fijos* como garantía de cohesión social.²⁷

El programa del Partido Popular para las Elecciones Generales abogaba por una serie de medidas en el orden laboral. Así, establecía que se pondrían en marcha una reforma integral del mercado de trabajo que diera respuesta al “drama social sin precedentes que representa un país con cinco millones de parados.” Esta reforma integral se suponía de gran vastedad, abarcando lo que se consideraba un cambio coherente y coordinado de la contratación, la negociación colectiva, el sistema de relaciones laborales, la formación orientada al empleo y la intermediación. Nada se decía de los despidos ni de la reducción de las indemnizaciones, si no era la vaga alusión al sistema de relaciones laborales.

Tampoco podemos ver que se haya abordado la simplificación de la *tipología de los contratos laborales*, y todavía menos su repercusión en la reducción de la temporalidad y en el aumento de valores tan importantes como la estabilidad, flexibilidad y seguridad de los trabajadores y empresas, tal y como se propugnaba desde el programa del Partido Popular²⁸. Es cierto que hay más de literatura que de Derecho en la invocada demasía de los tipos de contratación, más de cuarenta se dice, porque la mayoría de ellos son peculiaridades de conversiones de contratos o de prórrogas o de aplicación de subvenciones, y lo cierto es también que no se suelen emplear más de media docena en la práctica.²⁹ De igual manera, no han regulado ese reciente pero ya muy manido recurso a un fondo de capitalización, que sólo impropiamente puede

²⁷ Viejo conocido de los objetivos de las prolijas reformas laborales que han salpicado el panorama normativo español, recientemente (fue uno de los “leit motiv” declarados de la reforma de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre), pero también de las anteriores. En efecto, la Ley 35/2010 da un paso más allá de la reforma de la Ley 43/2006, y hace una reformulación más estricta del artículo 15.5 LET en orden a considerar indefinidos aquellos contratos temporales concatenados durante más de 24 mensualidades en un periodo de 30, cualquiera que sea el puesto de trabajo afectado. El Real Decreto-ley 10/2011, con la filosofía de permitir todos los mecanismos, temporales o no, para crear empleo, suspende durante dos años la concatenación de los contratos de duración determinada prevista en el artículo 15.5 LET. Pues bien, la LRML lo que aplica es la reducción de la suspensión, finalizando un año antes, el 31 de diciembre de 2012.

²⁸ Resumen del programa electoral del partido popular 2011

<http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/10/30/programaPP.pdf>

²⁹ Tras la alegada reducción drástica de los números de los contratos subyace la regulación de un contrato único, con una indemnización por cese reducida en función de la antigüedad del trabajador, y con una causalidad laxa.

tildarse como modelo austriaco, que contemplaría la cobertura frente al desempleo y que favorecería la movilidad y la formación continua.

Contrariamente, sí que ha habido empeño en la reforma de la *estructura y contenidos de la negociación colectiva* de modo, se dice, “que cada materia se negocie en un ámbito territorial o sectorial óptimo para asegurar la competitividad económica, la sostenibilidad del empleo y la unidad de mercado. Tendrán prevalencia en cuestiones salariales y condiciones de trabajo los convenios o acuerdos de empresa que pacten los empresarios y los trabajadores”. Pero lo cierto es que la unidad de mercado puede quedar relegada si vamos hacia una atomización excesiva de la negociación colectiva. Siguiendo en este sentido las tesis tantas veces sugeridas por los organismos internacionales, se ha privilegiado de forma casi omnímoda el ámbito de empresa para regular todos los aspectos importantes de las condiciones de trabajo, con excepción de la jornada, y remarcando que ello es así cualquiera que sea el estado de vigencia del convenio de ámbito superior, con lo que los principios de concurrencia de convenios han quedado desplazado hacia un punto de estructura dinámica de la negociación frente a la anterior estructura estática.

También en la promoción de mecanismos efectivos de *flexibilidad interna* en las condiciones de trabajo en las empresas ha habido un esfuerzo meticuloso de traslación efectiva al articulado de la norma, sobre todo en lo concerniente a los artículos 41 y 82.3 LET, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y de la desvinculación de las condiciones laborales pactadas en convenio colectivo, respectivamente. Es cierto que su finalidad es mejorar la adaptación a los cambios en los mercados e intentar salvaguardar el mantenimiento del empleo. Pero también es cierto que paralelamente el legislador ha facilitado con una intensidad inédita en el actual modelo democrático de relaciones laborales la deflación de los costes salariales, y la modificación unilateral de las condiciones de trabajo. En todo caso, la intensificación del poder de decisión empresarial en los mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo descolocó incluso a la propia cúpula de la patronal, que en fechas inmediatamente precedentes había firmado con los sindicatos mayoritarios el II Acuerdo Interprofesional para el Empleo y la Negociación Colectiva, que hacía depender todo el

elenco de las medidas de flexibilidad interna del acuerdo con la representación de los trabajadores.³⁰

Tampoco ha abordado hasta el presente el legislador la promesa del partido que ahora gobierna de permitir la cotización por el tiempo real de actividad profesional a aquellos trabajadores que ya coticen a jornada completa en el régimen general y que vienen obligados a cotizar en el RETA a tiempo completo cuando realizan una actividad económica alternativa. Sí que es cierto que hay un proyecto en marcha sobre *la figura del autónomo y del emprendedor*. Ni han plasmado la promesa de favorecer la adecuación de la regulación laboral a las necesidades específicas de autónomos y microempresas, proporcionando mayor flexibilidad y capacidad de adaptación, con excepción de la regulación introducida mediante enmienda para favorecer la contratación laboral de los familiares del autónomo.

Sin embargo, sí que han intentado “hacer efectivo el derecho individual a la formación permanente y la recualificación” mediante el permiso retribuido de 20 horas anuales, y la implantación de la cuenta y el cheque formación (el denominado en su programa “bono formación”). También se ha abierto la oferta formativa a las entidades en libre concurrencia, intentando acabar con el oligopolio de las organizaciones sociales empresariales y sindicales.

Del mismo modo, han impulsado la colaboración público-privada en los servicios globales de empleo a través de las ETTs (a las que sin embargo no se aludía en el programa) permitiendo “su gestión integral en los servicios de intermediación, selección de personal, puesta a disposición de trabajadores, recolocación y formación tanto a trabajadores como a empresas”.

³⁰ 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, suscrito con fecha 25 de enero de 2012, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y, por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT). Fue publicada en el BOE del lunes, 6 de febrero de 2012, cuando el Real Decreto-ley 3/2012 lo fue el 10 de febrero. ¿Desconocían los interlocutores sociales los términos de la reforma laboral? Todo parece indicarlo así, dado que ésta superó en sus planteamientos liberales los postulados del II Acuerdo, incluso los más ambiciosos, con lo que en la práctica quedó desactivado, con exclusión de los acuerdos sobre moderación salarial, en los que la reforma laboral no entra.

No alcanzamos a ver la concreción en la Ley de la aspiración programática a reforzar los mecanismos de control y prevención para evitar los comportamientos abusivos que supongan un trato discriminatorio contra los trabajadores” aunque sí lo que el Programa de medidas califica como un “absentismo laboral injustificado”. La medida legislativa ha consistido en eliminar del artículo 52 LET, en el despido objetivo por absentismo, el índice de absentismo medio de la plantilla como requisito para su aplicación. Dicho artículo recoge, no lo podemos olvidar, no sólo el absentismo “injustificado” sino también el justificado, motivado por faltas al trabajo consecuencia de bajas por enfermedad, cortas pero intermitentes.

La promoción preconizada de las medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar de todos los trabajadores, únicamente se han traducido en medidas restrictivas concretas en lactancia, reducción de jornada o vacaciones, si bien en las enmiendas del Congreso se ha aprobado una invocación genérica a que la negociación colectiva tenga en cuenta en sus convenios, sin precisar compromisos, dichas circunstancias.

El desarrollo del teletrabajo ha tenido una muy pobre traslación que básicamente se ha traducido en sustituir la denominación de “contrato a domicilio”.

La alusión programática a la bonificación de las cotizaciones sociales para los autónomos empresarios que contraten su primer trabajador no socio y a la aprobación de 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, remiten de nuevo al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.

A éstos, a los emprendedores, que tienen reservada en el programa del PP una ley específica, es a los que encomienda la creación de empleo. En efecto, se diagnostica que el núcleo del tejido productivo español y del potencial de generación de empleo está conformado por pymes y autónomos. Han sufrido en los últimos años el descenso de la actividad económica “y un marco laboral, fiscal, regulatorio y financiero que mina su capacidad de adaptación al cambio. Se imputa una clara responsabilidad a un mercado de trabajo rígido e inadaptado a las peculiaridades de la microempresa ha provocado la desaparición de numerosos proyectos empresariales con potencial de generación de empleo para el futuro, cuando quizás debería reflexionarse si la estructura empresarial

española es la adecuada para sostener un nivel de empleo adecuado cuando se producen los embates de la crisis. Difícilmente un 95% de empresas consideradas como micropymes (menos de 10 trabajadores) pueden innovar, investigar, crecer o exportar., y menos cuando los flujos de la financiación para empresas están cegados. Es cierto que desde el año 2008, España ha perdido casi medio millón de empresas.

Finalmente, se hace un notable énfasis en la instauración de una nueva modalidad de formación profesional de carácter dual, al parecer inspirada en el modelo alemán, que permita a los jóvenes desempeñar dentro del proceso formativo su primera experiencia laboral, impulsando un ambicioso programa de becas-salario. Finalmente, el legislador del 2012 se ha limitado a modificar, una vez más, el contrato de formación y aprendizaje, intentando hacerlo más atractivo al empresario.

Como corolario, y resumen de este apartado, es cierto que se han inyectado en el BOE algunas de las medidas programáticas del PP para las elecciones generales de noviembre de 2011, como el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. La reducción sustancial de la tipología contractual se ha intentado obviar de forma muy tosca arbitrando un periodo de prueba de doce meses con carácter general en dicho contrato. Medidas como la acentuación de la flexibilidad interna de las empresas se han desarrollado de forma inédita en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco ha habido prejuicios en relación con la prioridad atribuida al convenio de empresa en el cambio de modelo de la negociación colectiva. Sin embargo, el programa electoral no hacía mención a medidas de flexibilidad externa o despidos, que sin embargo sí que se han manifestado como parte sustancial de la reforma laboral aprobada.

5. La posible inconstitucionalidad de la reforma laboral

Se ha debatido la posible inconstitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y de su antecedente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero. La doctrina, la jurisprudencia y los agentes sociales han polemizado sobre la vulneración de la Constitución de algunos de sus preceptos.

5.1. La reacción sindical

Los sindicatos UGT Y CC.OO., a través de sus secretarios generales, se han dirigido por segunda vez por escrito a la Defensora del Pueblo para que presente recurso

de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7), en base a los siguientes motivos:

- La vulneración del derecho al trabajo, en su vertiente individual, reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución española (en adelante, CE), por el establecimiento de un período de prueba de duración de un año, “en todo caso”, en el nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.
- La vulneración del artículo 35.1 de la Constitución, por la supresión de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario, ante la declaración judicial de la improcedencia del despido, del pago de una indemnización.
- La vulneración de los artículos 35.1 y 24.1 CE sobre derecho individual al trabajo y tutela judicial efectiva, como consecuencia de la nueva regulación de las causas de los despidos colectivo y objetivo.
- La vulneración del derecho a la negociación consagrado en el artículo 37.1 CE, por sumisión de las partes que no han alcanzado acuerdo de inaplicación del convenio colectivo aplicable en la empresa a una decisión pública obligatoria.
- La vulneración del derecho a la negociación consagrado en el artículo 37.1 de la Constitución, por la atribución al empresario de la facultad de modificar de manera unilateral - y, a veces, incluso sin necesidad de abrir un período de consultas - las condiciones de trabajo establecidas en acuerdos o pactos colectivos.
- La vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, reconocidos en los artículos 37.1 y 28.1 CE, por restringir sin causa razonable la libertad de estipulación de los sindicatos más representativos y representativos de sector
- La vulneración de los artículos 9.3, 14, 24 y 35 CE por las disposiciones adicionales segunda (aplicación del despido por causas empresariales a los

empleados públicos laborales) y tercera (exclusión de las medidas de regulación suspensiva y modificativa en el empleo público) de la Ley 3/2012.

Esta es la segunda vez que CCOO y UGT se dirigen a la institución del Defensor del Pueblo solicitándole que promueva recurso de inconstitucionalidad de la reforma laboral ante el Tribunal Constitucional. A la primera solicitud, la Defensora del Pueblo, entonces Dña. Luisa Cava de Llano, contestó que no recurriría porque la reforma laboral todavía no había sido aprobada definitivamente por el Parlamento. Ahora, una vez aprobada, UGT y CCOO han vuelto a dirigirse al Defensor del Pueblo³¹ y esperan que esta institución cumpla su compromiso de analizar la argumentación del escrito que ambos sindicatos prepararon contra la regulación de la reforma laboral, y actúe en consecuencia.

Es cierto, no obstante, que frente a la oposición de los artículos 35 (derecho al trabajo) o 37 CE (derecho a la negociación colectiva), con frecuencia se olvida que hay otros preceptos constitucionales de signo contrario en el mismo rango o esfera de protección que legitimarían la reforma laboral. Así, el artículo 38 CE establece que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. La defensa de la economía de mercado y de la productividad irían en la línea de la defensa de la norma frente a los ataques de inconstitucionalidad. Recordamos que a los tres preceptos invocados se les aplicaría el artículo 53.1 CE, es decir, estos derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título II vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a) CE (recurso de inconstitucionalidad).

5.2. La utilización del Decreto-ley

Queda, no obstante, otro posible motivo de inconstitucionalidad, la utilización de la vía del Decreto-ley, que quedaría parcialmente subsanada con la promulgación de la Ley 3/2012. El Gobierno lo justifica por el impacto negativo que un procedimiento

³¹ Su actual titular es Dña. Soledad Becerril.

legislativo ordinario hubiera supuesto para las decisiones empresariales en la contratación de trabajadores y en la alteración grave del mercado de trabajo. Además, es cierto que el decreto-ley está siendo ya la práctica normativa habitual en cuestiones de contratación. La situación de crisis profunda, con la tasa de paro más alta de Europa, las peticiones de reformas de las instituciones internacionales y el desasosiego de los mercados, aconsejaban esta vía.

Sobre este particular, la doctrina constitucional determina reglas interpretativas basadas en el “juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado”, lo que implica cierta deferencia respecto al juicio de oportunidad del Gobierno, y en la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y el presupuesto habilitante.³²

Parece que la gravedad de la situación económica y el porcentaje de ciudadanos sin trabajo avalarían la urgencia de un Real Decreto-ley. Cuestión distinta es la imposibilidad de que esta figura afecte a los derechos, deberes y libertades del Título I CE³³ Así, entendemos que regulaciones materiales del DLRML que afectan a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 12) y a la negociación colectiva (artículo 14) podrían vulnerar el límite material del artículo 86.1 CE, afectando a los derechos de los artículos 35 y 37.1 del texto constitucional, dada la entidad relevante de las modificaciones producidas.

5.3. Cuestión de constitucionalidad contra la reforma laboral

Por la amplitud y rigor de su exposición, queremos citar el Auto de 16 de abril de 2012 del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid elevando cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional en relación con la regulación establecida en la última reforma laboral (se refiere al DLRML) en materia de salarios de tramitación.

³² Sentencias del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo, reproduciendo las SSTC 189/2005, de 7 julio (FJ nº 3) y 329/2005, de 15 diciembre (FJ nº 5).

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1983, de 2 de diciembre (FJ nº 8).

Vid. Dictamen 5/2012, de 3 de abril, sobre el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, del Consell de Garanties Estatutaries de Catalunya, págs. 14-29.

En esta cuestión elevada por el Juzgado Social 30 de Madrid³⁴ sobre constitucionalidad de la supresión de los salarios de tramitación en los supuestos de opción por la extinción en despidos declarados improcedentes, según regulación establecida en el RDL 3/2012

Duda el Auto de que exista motivación para la modificación completa por vía de Decreto Ley de la regulación del despido incluido el disciplinario (art. 86-1 CE). Esta primera duda la plantea el juez, sobre la vía elegida por el Gobierno para llevar adelante la reforma laboral: el decreto-ley.³⁵

Alega también como segunda cuestión la posible vulneración de la igualdad ante la ley (art. 14 CE) en la diferencia de trato entre trabajadores con derecho a prestaciones por desempleo y los que carecen de él en caso de improcedencia y opción por la indemnización por el empresario.

Lo mismo en cuanto a la diferencia de trato entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia ante el empresario/cliente en lo relativo al resarcimiento del lucro cesante en caso de declararse ilícita la ruptura contractual de unos y de otros, constituyendo una novedosa argumentación que toma prestadas instituciones del derecho mercantil, como el citado lucro cesante.

Del mismo modo, respecto de la diferencia de trato entre empresarios cuya actuación haya sido declarada improcedente y los que no cuentan con la opción ahora reconocida;

En quinto lugar, en relación con la asistencia y prestaciones sociales especialmente en desempleo (art. 41 CE) en relación con el efecto incentivador del desempleo unido a la supresión de los salarios de trámite a opción del empresario y con la reducción de la extensión de la prestación debida a voluntad del empresario.

En sexto lugar, la posible vulneración del art. 24.1 CE en cuanto a la efectividad de la tutela judicial en la protección del trabajador frente al despido injustificado por la transferencia al obligado incumplidor de la opción entre un sistema completo de

³⁴ Auto de 16 de abril de 2012 citado, demandas 88-89-90, acumuladas, en un asunto de despido.

³⁵ En opinión del juez, “faltan los presupuestos habilitantes de fundamento, concordancia y motivación para la modificación completa por vía decreto ley de la regulación del despido”.

resarcimiento y otro parcial y en la restricción del acceso a los tribunales por la inexistencia de compensación completa de los daños y perjuicios ocasionados por la duración del proceso judicial.

En séptimo lugar, determina la posible vulneración del derecho al trabajo (art. 35 CE) al someterse a un régimen disuasorio y más oneroso la reanudación de la relación y la recuperación del empleo que la indemnización sustitutiva y el desempleo generado³⁶.

El Auto desvirtúa la justificación de la Exposición de Motivos de la norma que explica la desaparición de los salarios de tramitación dado que los trabajadores tienen posibilidad de cobrar la prestación de desempleo desde el momento del despido, y argumenta que el propio acceso a la prestación misma durante la tramitación del proceso no es igual para todos los trabajadores, “sino que con la legislación cuestionada está en función directa de los períodos que hubiera cotizado previamente, no percibiendo importe alguno el trabajador si no ha cotizado el período mínimo requerido. Además la generación de tales prestaciones acto seguido del despido está directamente condicionada en el caso del trabajador demandante en estos autos a que la relación laboral hubiera estado debidamente formalizada y a que el trabajador estuviera en situación de alta y cotización, así como a que el despido le hubiera sido debidamente

³⁶ Establece el Auto con un análisis jurídico laboral riguroso que “aunque el trabajador por el solo hecho del despido pudiera tener derecho a prestaciones por desempleo, no solamente no es homogénea la protección que recibe el trabajador en sustitución de los salarios perdidos, cuya compensación por el empresario se deja a su arbitrio, sino que las prestaciones de desempleo son manifiestamente inferiores a los salarios dejados de percibir, al estar en función de porcentajes sobre la base reguladora previa, y no compensan en su integridad el salario perdido, sino que minoran además irremisiblemente el derecho prestacional final de los trabajadores según sus períodos de cotización previos, que ha ido consumiendo durante dicho período y ya no recuperará de los salarios de tramitación, sino que serán los trabajadores demandantes los que asuman con cargo a su prestación de desempleo el período de espera requerido por el proceso”.

“Con ello se convalida además la práctica empresarial, pese a haber sido declarada irregular, a opción del empresario, parte contractual incumplidora y constituido por la Ley desde el pronunciamiento judicial de improcedencia en autor de un acto ilícito, y percibiendo así una subvención pública, si opta por la indemnización, a cargo del organismo público gestor, al eximirse de todo el coste del tiempo judicial de espera y del salario perdido por el trabajador, salarios perdidos cuyo importe, si opta por no readmitir, sino por indemnizar. Se remite con ello también definitivamente al desempleo al trabajador, cuyo importe se ahorra lisa y llanamente el empresario, y no tiene que devolver al organismo gestor del desempleo el importe de las prestaciones abonadas a los demandantes, ni se incrementa el tiempo de cotización de estos en consecuencia a efectos de desempleo en la prestación de desempleo derivada de la negativa final a readmitir, con lo que se produce otro efecto directamente restrictivo de sus derechos para los trabajadores hoy demandantes. Ello constituye no solo un evidente estímulo contrario a la recuperación del empleo y favorable a la generación de desempleo, a la protección ante el desempleo. Con todo ello varía así de modo sustancial el régimen de protección judicial frente al despido.”

comunicado por escrito”. En otro caso, si no tiene formalizada su relación laboral, no tiene derecho a tales prestaciones.³⁷

6. Los puntos esenciales de la reforma

6.1. Apoyo a las pymes

En consideración al número de trabajadores de la empresa, se establecen medidas de fomento, en relación con el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (menos de 50 trabajadores), con la reducción de cuotas sociales en los contratos para la formación y el aprendizaje (menos de 250 trabajadores), o con la responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial (menos de 25 trabajadores).

En la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012³⁸ se ha introducido la bonificación de 18 meses inmediatamente siguientes a la fecha del alta, equivalente al 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo de cotización vigente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

6.2. Modalidades contractuales

El trabajo a distancia: se modifica el artículo 13 LET sustituyendo el vetusto contrato de trabajo a domicilio por el trabajo a distancia, para adaptarlo a las realidades productivas modernas. No obstante, su regulación es muy pobre, y prescinde de desarrollar la realidad del teletrabajo, como uso intensivo de las nuevas tecnología.

³⁷ En una crítica metajurídica, pero interesante, afirma que “Sin salarios de tramitación, por lógica la indemnización real se reducirá desde los 33 días nominalmente previstos a una cifra que estará por esa misma lógica entre los 20 y los 25, pero mucho más cerca de los 20 días año, porque si el trabajador no acepta el empresario solo tiene que esperar a que tres o cuatro meses después, si es que el juzgado no tiene retrasos, su propuesta, y aun otra inferior, sea finalmente bienvenida. Sin contar con las nuevas y crecientes posibilidades de flexibilización a través de reducción de jornada y modificación de condiciones, así como de movilidad geográfica que permiten otras tantas formas de presión alternativas al despido y que pueden llevar a la renuncia de derechos o a la aceptación final de una extinción laboral. Es decir que, en los términos que utiliza el Real Decreto Ley, aunque en sentido contrario, se posibilitan estrategias procesales y extraprocesales para forzar la renuncia de derechos por los trabajadores. Además, la protección de los derechos de los trabajadores de salario reducido o sin relación laboral reconocida pasa justamente por la posibilidad real de ejercitar acciones contra el despido, que en su caso estará protegido por una indemnización muy reducida y sin otra posibilidad que percibir entre tanto el desempleo al que posiblemente no tengan derecho siquiera, y con ello sufrirán los demás derechos, incluidos los de carácter fundamental y los de protección de la salud y seguridad laboral frente a los accidentes.”

³⁸ Enmienda transaccional núm. 8 a la enmienda núm. 372 (CIU), aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de 24 de mayo de 2012.

Garantiza el acceso de estos trabajadores a la formación profesional, a la seguridad y salud laboral, y a los derechos de representación colectiva (para ello, requiere su adscripción a un centro de trabajo). Creemos que la complejidad y contornos específicos de esta figura merecería el estudio de su regulación como relación laboral de carácter especial.

El trabajo para la formación y el aprendizaje: Tiene por objeto la cualificación profesional en régimen de alternancia. De nuevo, se ha cambiado su régimen jurídico, e incluso su denominación, en relación con la reciente modificación legal de agosto de 2011 mediante el Real Decreto-ley 10/2011. Es un nuevo intento, casi desesperado, de dar solución jurídica a un problema que trasciende al de su regulación legal: el porcentaje de desempleo juvenil, en torno al 50%. Parece cierto que este contrato nunca se ha utilizado masivamente en España por circunstancias diversas (cuestiones de seguridad laboral, formación teórica exigible en una instancia externa) y se pretende que al fin sea un mecanismo válido para aliviar el paro de los jóvenes que quieren acceder al primer empleo, y a los que no son de aplicación el contrato en prácticas.

Se puede celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 25 años, aunque la disposición transitoria novena matiza que hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%, podrá celebrarse este contrato con menores de 30 años.³⁹ No se exige límite de edad para los discapacitados o colectivos en situación de exclusión social.

Los trabajadores sujetos de estos contratos deben carecer de cualificación profesional reconocida en el sistema de formación profesional o del sistema educativo, para concertar un contrato en prácticas. Ahora bien, en la tramitación como proyecto de ley, se ha añadido que podrán acogerse a esta modalidad los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo, con lo que hace posible que los alumnos

³⁹ De igual modo que podrán hacerse contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo de ese porcentaje. Nos remitimos a la opinión que nos merece esta disposición transitoria en relación con el análisis que hacemos del contrato de apoyo a los emprendedores.

que estén realizando una actividad formativa puedan ser también sujetos de este contrato.⁴⁰

La duración del contrato es de un año, y la máxima de tres. No obstante, mediante convenio colectivo pueden pactarse distintas duraciones, sin que la mínima sea inferior a 6 meses y la máxima superior a 3 años.

Como gran novedad, y para salvar uno de los inconvenientes que se habían apuntado para formalizar este contrato, se posibilita con determinados requisitos (personal e instalaciones adecuados) que la formación teórica sea interna, en el seno de la empresa.

En relación con el Real Decreto-ley 3/2012, se ha salvado una de las críticas formuladas, la ausencia de regulación de prórrogas. Así, si se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, puede prorrogarse mediante acuerdo, hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a seis meses, ni la duración total exceda de la máxima establecida.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia o paternidad interrumpen el cómputo de la duración del contrato.

El tiempo de trabajo efectivo, que deberá compatibilizarse con el de las actividades formativas, no podrá superior al 75% de la jornada máxima prevista durante el primer año; o al 85% durante el segundo o tercer año.

Sigue manteniéndose la imposibilidad de hacer horas extraordinarias, salvo casos de fuerza mayor, ni trabajos nocturnos o a turnos.

Para facilitar la celebración de estos contratos, se prevé una reducción de cuotas a la seguridad social, para los trabajadores inscritos en las oficinas de empleo, durante toda la vigencia del contrato: del 100% si el contrato se celebra con empresas de menos de 250 trabajadores; del 75% si la empresa tiene una plantilla igual o superior a dicha

⁴⁰ En un intento de copiar el sistema dual de trabajo-estudio que tan buenos resultados ha dado en Alemania. Habrá que desarrollar esta previsión de forma reglamentaria, y reflexionar sobre si nuestro tejido empresarial es parangonable al germano, como condición para que este sistema por fin prospere en nuestro país.

cifra; si se produce una transformación en contratos indefinidos, cualquiera que sea la fecha de celebración, el empresario tendrá derecho a 1.500 euros/año, durante 3 años (o 1.800 euros si se trata de mujeres).⁴¹

La reforma de 2012 ha eliminado la limitación absoluta de la normativa anterior que prohibía que expirada la duración máxima de este contrato, el trabajador no pudiera ser contratado de nuevo bajo esta modalidad. Con la actual regulación, expirada la duración del contrato, el trabajador no puede ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional.⁴² En todo caso, no puede celebrarse este contrato si el puesto de trabajo ya hubiera sido desempeñado con anterioridad en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.

El contrato, por lo demás, en relación con la acción protectora de la seguridad social, comprende todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y el FOGASA.

Se le garantiza la retribución que se establezca en los convenios colectivos para estos contratos en relación con el tiempo efectivo de trabajo, teniendo como umbral mínimo el salario mínimo interprofesional, también en proporción al tiempo de trabajo.⁴³

Contrato a tiempo parcial: Este contrato o bien no se ha utilizado en la misma proporción que en la Unión Europea, debido a su gran rigidez, o bien se le ha achacado que ha sido una fuente de fraude, al formalizar contratos a tiempo parcial que deberían

⁴¹ Bonificaciones que han sido declaradas vigentes por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, junto con las que establece el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Por lo demás, el cuestionamiento de la eficacia de la panoplia de subvenciones y bonificaciones a la contratación laboral, tantas veces suscitada, ha tenido una respuesta con esta norma hacia su drástica reducción, aun cuando el motivo haya sido económico (de restricciones presupuestarias), y no el de conciencia de su inutilidad como medida de fomento del empleo.

⁴² Este apartado parece más lógico y menos favorecedor del abuso de derecho que la regulación del Real Decreto-ley 3/2012 que posibilitaba que pudiera hacerse un nuevo contrato en la misma o diferente empresa para una actividad u ocupación distinta objeto de la cualificación profesional asociada al contrato.

⁴³ Quizá, como medida excepcional y coyuntural en una situación tan crítica como la actual, podría plantearse un contrato para jóvenes sin el umbral mínimo del SMI, al menos el primer año de contrato. Otra propuesta podría ser el embridar el actual contrato de relevo con el contrato de aprendizaje, posibilitando que el trabajador relevista pudiera ser un aprendiz, con las ventajas que ello comporta para el empresario.

ser a tiempo completo, o por más horas. Con ello, se le ha querido dar un impulso de flexibilización necesario, incidiendo en el principal lastre que se imputaba, la imposibilidad de realizar horas extraordinarias. Así, con la reforma laboral de 2012 se va a permitir hacer horas extraordinarias, en proporción a la jornada pactada, si bien se mantienen también las horas complementarias (escasamente utilizadas debido a su gran rigidez)

Además, las horas extraordinarias computan a efectos de las bases de cotización a la seguridad social y también a los efectos de las bases reguladoras de las prestaciones.

La suma de las horas ordinarias más complementarias más extraordinarias, no pueden exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial (inferior a la jornada de un trabajador comparable a tiempo completo).

6.3. Formación

Se incentiva la formación del trabajador mediante la concesión de un permiso retribuido de 20 horas anuales, y la institucionalización del cheque de formación y de la cuenta de formación.

Se establecen garantías para que los cambios tecnológicos en la empresa no comporte necesariamente el despido del trabajador, ofreciéndole un curso de adaptación a las nuevas realidades productiva. Dicho periodo formativo suspende el contrato y el trabajador cobra su salario. Únicamente se podrá despedir al trabajador por falta de adaptación si antes se ha facilitado esta formación sin resultados.

Finalmente, se consagra el principio de libre concurrencia para que las entidades y empresas participen en la convocatoria y ejecución de los planes de formación estatales y autonómicos, desapareciendo el monopolio de las organizaciones empresariales y sindicales.

6.4. Dualidad laboral y fomento de la contratación indefinida

Se crea el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, con su polémica regulación del periodo de prueba, y desaparece el contrato de fomento de la contratación indefinida.

Se pone fin a la suspensión de la aplicación de las reglas que penalizan el encadenamiento de contratos temporales (artículo 15.5 ET), que había tenido lugar mediante el artículo 5 del Real Decreto-ley 10/2011. De 26 de agosto, adelantándose el fin de la suspensión al 31 de diciembre de 2012.⁴⁴

6.5. Colocación y empleabilidad

Se reconoce el fracaso de la intermediación pública, reconociéndose el papel de las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT) para que puedan actuar como agencias de colocación, mediante declaración responsable del cumplimiento de los requisitos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, y su normativa de desarrollo. Ya no actúan sólo en el ámbito de la temporalidad.

Con ello, se profundiza en la reforma de la Ley 35/2010, regulando la autorización para crear agencias de colocación con ánimo de lucro. Se pone de manifiesto el papel creciente en el sistema de las ETTs, y su influencia como “lobby”. Ya obtuvieron en la reforma de 2010 que se les permitiera intervenir en sectores antes excluidos⁴⁵. Permanece la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad del servicio, la protección de los datos personales, y la ausencia de discriminación. Las ETTs jugarán también un papel activo en la obligación que tienen las empresas de más de 50 trabajadores de incluir en el procedimiento de despido colectivo el recurso al

⁴⁴ Mediante la enmienda núm. 618, del Grupo parlamentario Popular en el Congreso, (Boletín Oficial del Congreso de 27 de abril de 2012) se añade que queda excluido del cómputo del plazo de 24 meses, y del periodo de 30 a que se refiere el artículo 15.5 LET el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011) y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas. Con este párrafo queda sin vigencia la polémica sobre los efectos del cómputo de la suspensión, con teorías que mantenían, o bien que la entrada en vigor de la suspensión podía implicar que los 30 meses anteriores computaban a efectos de la concatenación del artículo 15.5 LET (lo que hubiera supuesto la conversión en indefinidos de miles de contratos temporales); o bien la tesis contraria, que se “rearmaba” inicialmente el cómputo a partir del 1 de enero de 2013, con lo que habría que esperar 24 meses más un día para convertir en fijos de plantilla estos contratos; o bien, teoría que ha prosperado, que este lapso era un paréntesis en el cómputo. Visto el desconcierto causado en las empresas, y la complejidad de gestión para contar los periodos sucesivos de contratos temporales, hubiéramos sido partidarios de poner el contador a cero, y comenzar el cómputo el día 1 de enero de 2013.

⁴⁵ Por ejemplo, en el sector de la construcción en trabajos con riesgos graves de caída en altura, o de sepultamiento o hundimiento. No obstante, el V Convenio General de la Construcción (BOE de 15 de marzo de 2012) ha reaccionado estableciendo justificadamente numerosas exclusiones absolutas y relativas a la contratación mediante ETTs en función de los puestos de trabajo analizados, y en base a parámetros de salvaguarda de la seguridad y salud laboral.

“outplacement” o informe sobre recolocación o reciclaje acudiendo a instancias externas.

6.6. Negociación colectiva

Desvinculación de las condiciones de trabajo: Se amplía y facilita el descuelgue, que trasciende a materias distintas del salario, como el tiempo de trabajo (jornada, horario, distribución, turnos), remuneraciones (sistema, cuantía), sistema de trabajo y rendimiento, funciones y mejoras voluntarias de las prestaciones de la seguridad social. Se evita el recurso a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del artículo 41 LET, y, así, deberán ir por la vía de la desvinculación de las condiciones de trabajo del artículo 82.3 LET, si se trata de modificar lo pactado en un convenio colectivo estatutario. Se mantienen las causas (aunque se reformulan las de tipo económico vinculadas con la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, presumiéndose concurrentes si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior en relación con el mismo trimestre del año anterior). A diferencia de la modificación sustancial del artículo 41 LET, la desvinculación de las condiciones de trabajo deben ser pactada, o sometida a arbitraje, que será voluntario en tanto se pacte, o forzoso, a instancia de cualquiera de las partes, articulándose a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o sus equivalentes autonómicos.

Primacía del convenio de empresa: Se otorga primacía al convenio de empresa, que es inatacable por los superiores, cualquiera que sea el estado de su vigencia⁴⁶ en un conjunto amplio de materias: cuantía del salario base y complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; abono o compensación de las horas extraordinarias y retribución específica del trabajo a turnos; horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; adaptación de los aspectos de las modalidades de

⁴⁶ La enmienda núm. 615 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso añade el inciso “que podrá negociarse en cualquier momento de su vigencia” para desmontar la tesis que sostenía que dicha prioridad aplicativa no regía respecto de los convenios colectivos de ámbito superior firmados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012. Así, la polémica jurídica instrumentada a propósito de la firma del V Convenio General del sector de la Construcción (BOE de 15 de marzo de 2012) que regula la prioridad aplicativa del Convenio estatal de la construcción sobre los de ámbito inferior.

contratación que se atribuyen a los convenios de empresa; o medidas para favorecerla conciliación entre la vida laboral, familiar y personal⁴⁷.

Ultraactividad: La ultraactividad de los convenios se limita al plazo de un año (cuando en el Real Decreto-ley 3/2012 era de dos años). Una vez finalizado este plazo, se aplica el convenio de ámbito superior, si existiere.

Como consecuencia de la eliminación de las categorías profesionales, se concede a los convenios un plazo de un año para acomodarse al nuevo sistema de clasificación basado en grupos profesionales.

Contenido mínimo de los convenios: se eliminan bastantes de las prescripciones que, en la modificación del Real Decreto-ley 7/2011, debían formar parte, obligatoriamente, del contenido mínimo: así, no se hace referencia al plazo máximo para el inicio de las negociaciones, a la duración máxima de éstas, a las funciones específicas de la Comisión Paritaria, o a la adopción de medidas de flexibilidad interna.

6.7. Flexibilidad interna

Son muchas y variadas las medidas de fomento de la flexibilidad interna en la Ley, siguiendo en este sentido la estela de su antecedente, la Ley 35/2010, pero ampliando su contenido y no haciéndolas depender en general de un pacto o convenio.

Categorías profesionales: se sustituye por los grupos profesionales, entendidos como agrupación unitaria de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, incluyendo distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades.⁴⁸ El contenido del contrato de trabajo se ampliará para el trabajador, comprendiendo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional. Como consecuencia, es movilidad ordinaria la comprendida dentro del grupo profesional, no necesitándose alegar causas económicas, técnicas, etc. para que realicen funciones distintas de su anterior categoría si están dentro de su grupo. Los

⁴⁷ Con lo que reestructuración de las reglas de concurrencia de la negociación colectiva en España puede ser total, pasando de estática y jerarquizada a ultra-dinámica y centrípeta. Pueden adoptarse convenios de empresa durante la vigencia de un convenio de ámbito superior con los que concurren. Únicamente no se incluye la jornada como materia relevante en la que los convenios de empresa tiene prioridad aplicativa.

⁴⁸ En las antiguas Ordenanzas laborales se establecía la clasificación de técnicos, administrativos y operarios.

diversos intereses en juego, flexibilidad versus seguridad jurídica, se decanta hacia el primero⁴⁹. Tanto es así, que los convenios en vigor deberán adaptar su sistema de clasificación profesional en el plazo de un año. En caso de polivalencia profesional, se procederá a la equiparación a las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.

Distribución irregular de la jornada: se permite a las empresas disponer, si lo precisa y en defecto de pacto, de un porcentaje mínimo (10%) de jornada irregular (nuevo art. 34.2 ET)⁵⁰. Esta distribución debe respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal legales⁵¹, y el trabajador debe conocer con un preaviso mínimo de 5 días el día y la hora de la prestación resultante de aquella.⁵²

Recordamos que la distribución irregular de la jornada ya estaba en el artículo 85.3 LET de “contenido mínimo de los convenios” (Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio).

Se trata, por tanto, de adaptarse a las necesidades de la producción, pero no se tratan de horas extraordinarias. En ausencia de pacto, es una decisión unilateral de la empresa. En la tramitación parlamentaria de la Ley ya se prevé un cierto procedimiento, hay necesidad de un preaviso de 5 días.

Movilidad funcional: Ya no tiene como limitación la pertenencia al grupo profesional o categorías equivalentes, en su defecto. Se enuncia en positivo, debiendo

⁴⁹ ¿Pero impide la Ley que los convenios establezcan grupos profesionales que a su vez se subdividan en categorías? ¿Impide la norma que se establezcan salarios diferenciados en función de estas subdivisiones? Nos tememos que la inercia de muchos convenios colectivos tenderán a buscar subterfugios para mantener la estructura de prestaciones laborales y salarios basados en las categorías, y ello en base a la seguridad jurídica que otorga al trabajador la delimitación del contenido de la prestación laboral, y al cortafuegos que ello supone para eventuales abusos de derecho.

⁵⁰ En el DLRML el porcentaje mínimo era del 5%.

⁵¹ Pero ¿Qué ocurre con el respeto a la jornada máxima diaria ordinaria de 9 horas?

⁵² El establecimiento del preaviso de 5 días, que se añade como enmienda del Congreso en la tramitación parlamentaria echa abajo la teoría de que esta distribución irregular de la jornada debería comunicarse por el empresario a inicios del año para tener en cuenta la planificación debida del calendario laboral, que ha de pactarse, y porque, de seguir el criterio de que la concreción podía hacerla el empresario cuando lo estimase oportuno, la previsión no era útil porque para ello ya estaban las horas extraordinarias con compensación de tiempo equivalente de descanso (aun cuando, en nuestro criterio, este mecanismo no tiene las mismas virtualidades que esta redistribución irregular de la jornada). No obstante, sería un error considerar que con este mecanismo puede modificarse el calendario laboral. Para ello, habría que ir a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Así, una gestoría que establezca que un martes se trabaja una hora más, y el martes que viene, que ya ha pasado el plazo de declaración de impuestos, una hora menos. Pero si el calendario es de lunes a viernes, y se le dice al trabajador que tiene que trabajar una hora el sábado, posiblemente eso sea una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

efectuarse de acuerdo con las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador, cuya vulneración nos trasladaría a los supuestos del artículo 50 LET. Pero se ha suprimido “sin perjuicio de su formación y profesional”⁵³, con lo que aparece de nuevo su conexión con el artículo 50 LET, que ha eliminado esta consideración de los supuestos de despido a instancia del trabajador por justa causa.

Por tanto, la movilidad funcional queda limitada sólo por las titulaciones académicas o profesionales, y por el respeto a su dignidad.

La movilidad funcional para realización de funciones superiores o inferiores, no correspondientes al grupo profesional, sólo puede hacerse por razones técnicas u organizativas. Si fueran por razones económicas o de producción, deberíamos ir por otra vía. Siguen siendo por el tiempo imprescindible. Si fueran permanentes, debería irse asimismo por otra vía (artículo 41 LET). Pero, en el caso de funciones inferiores, ya no se requiere la existencia de necesidades perentorias o imprevisibles.

Movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo: Se flexibilizan las causas. Deben relacionarse con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Ya no se consideran tales: “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuyan a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” y sí “las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial”. En conclusión, se pretende eliminar el juicio de razonabilidad, y la incertidumbre, flexibilizando el entendimiento de la causa. Pero la decisión empresarial debe razonarse y justificarse, no debe ser arbitraria, sino causal.

Sabemos que al trabajador afectado, le caben tres opciones ante la decisión empresarial:

⁵³ Parece contradictorio con el papel estelar que la Ley pretende otorgar a la formación. En todo caso, una modificación en perjuicio del trabajador de su formación profesional, entendemos que podría ir por la vía del artículo 41 LET, como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

- Aceptar la decisión empresarial.
- Impugnarla en los juzgados de lo social.
- Optar por la extinción de su contrato.

En la movilidad geográfica se reconocen posibles prioridades de permanencia adicionales a la de los representantes: trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, si se pactan en convenio o mediante pacto alcanzado en el periodo de consultas.

Además, se suprime el último atisbo de intervención administrativa eliminando la posibilidad de que la autoridad laboral amplíe excepcionalmente el periodo de consultas y paralice el traslado, ampliando el plazo de incorporación (hasta 6 meses).

En las modificaciones sustanciales, el criterio a distinguir entre las individuales y las colectivas se simplifica, haciéndolo depender sólo del número de trabajadores afectados, y no de la fuente ordenadora, se reduce el plazo de preaviso en las modificaciones individuales, de 30 a 15 días; se contempla expresamente la modificación de la “cuantía salarial”, junto a la estructura del salario; se distingue correctamente la modificación sustancial del descuelgue; se reduce de 30 a 7 días el plazo efectividad en caso de que la modificación colectiva de adopte sin acuerdo.

*Suspensión del contrato y reducción de jornada*⁵⁴: Se regula en el artículo 47 LET⁵⁵. Contempla dos grandes bloques:

- La suspensión del contrato.
- La reducción de jornada, en orden a readaptar temporalmente el tiempo de trabajo por necesidades de la empresa. La reducción de la jornada tiene un doble carácter, coyuntural y cuantitativo. Se posibilita la reducción entre un mínimo de un 10% y un máximo del 70%, computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, por las mismas causas económicas, técnicas,

⁵⁴ Versión española de la figura alemana del “kurzarbeit” (trabajo reducido).

⁵⁵ El artículo 47 LET ha sido reelaborado mediante enmienda núm. 652 del PP, aprobada en la Comisión del Congreso de 24 de mayo de 2012, y cuya justificación obedece a “incluir la definición de las causas de la aplicación de las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada”, así como “permitir la sustitución del periodo de consultas por procedimientos reglados de mediación o arbitraje.” También, la de “aclarar los efectos en el contrato del carácter injustificado de la decisión empresarial.”

organizativas o de producción con arreglo al mismo procedimiento que el previsto para la suspensión del contrato. Se considera que una reducción inferior al 10% sería irrelevante, y superior al 70% se asimilaría a la jornada completa.

Como gran novedad de este epígrafe en relación con la reforma laboral de 2010, desaparece la autorización administrativa, salvo en los supuestos de fuerza mayor.

Ya no hay remisión al procedimiento del despido colectivo (salvo los supuestos de fuerza mayor, que remite al artículo 51.7 LET) pero el procedimiento es muy similar al establecido en el artículo 51, incluyendo lo que se entienden por las diferentes causas justificativas. En las causas económicas, de igual modo que en el descuelgue, se entiende que hay disminución persistente del nivel de ingresos o ventas por referencia a dos trimestres consecutivos, si cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

El procedimiento, común a ambas modalidades, es aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa o de afectados por la suspensión.

La suspensión de trabajo y reducción jornada son situaciones legales de desempleo, y no conllevan indemnización empresarial.

Se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas⁵⁶ con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días. Si no existe representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos, de igual manera que en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el descuelgue, o el despido colectivo, pueden atribuir su representación a una comisión “ad hoc” designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

La autoridad laboral debe dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y debe solicitar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas, debiendo ser emitido en el improrrogable

⁵⁶ Aunque no exista autorización administrativa, la apertura del periodo de consultas lo exige la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998.

plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presume que concurren las causas justificativas y solo puede ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Por tanto, en caso de acuerdo, se mantiene la presunción de que concurren las causas y se limitan las posibilidades de impugnación⁵⁷.

El empresario y la representación de los trabajadores pueden acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, debiendo desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

Tras la finalización del periodo de consultas el empresario debe notificar a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión, y ésta comunicar la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo, para la tramitación de la prestación pública, fecha a partir de la cual surte efectos la decisión empresarial sobre la suspensión de los contratos, salvo que se contemple una posterior.

La decisión empresarial puede ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones.

Contra la decisión empresarial puede reclamar el trabajador ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. En este último caso, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas. Cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los

⁵⁷ De igual manera que en los despidos colectivos o en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o en la desvinculación de la condiciones de trabajo. Pero ello no quiere decir que no puedan ser impugnables, dado que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Quiere decir simplemente que se invierte la carga de la prueba, ya que dichos acuerdos se presumen válidos, y que las causas de impugnación se tasan reconduciéndolas a vicios de consentimiento (de similar manera a la fuerza vinculante de un arbitraje).

umbrales previstos para el despido colectivo se puede reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo paraliza la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

Se establecen medidas de apoyo a través de bonificaciones y de reposición de las prestaciones de desempleo.

El artículo 47 LET (suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada) no se aplica a las Administraciones Públicas ni a los entes de derecho público, a no ser que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartidas de operaciones de mercado.

Podemos preguntarnos si el procedimiento del artículo 47 es el único aplicable para reducir la jornada de trabajo. Si se dan las causas justificativas (económicas, técnicas, organizativas, o de producción) creemos que sí, con las matizaciones que haremos más adelante.⁵⁸ Es obvio que la suspensión contractual o reducción de jornada no puede suponer la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, porque lo prohíbe el artículo 12. 4 e) LET. Sería una novación contractual que requeriría pacto entre las partes,⁵⁹ y ni siquiera se admite que la posibilidad de esta conversión se pacte en convenio colectivo sin que haya consentimiento expreso del trabajador afectado.⁶⁰ Es cierto que si hay medidas justificadas que acrediten la reducción del tiempo de trabajo en base, por ejemplo, al volumen de actividad de la empresa, se puede acudir a la vía de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del artículo 41 LET, que, entre otras materias, contempla la jornada.⁶¹ Pero entonces los trabajadores no podrían acogerse a las prestaciones por desempleo para compensar esa reducción de jornada.⁶²

⁵⁸ Sin perjuicio de la solicitud de expediente ante el juez mercantil de estar incurso la empresa en un procedimiento concursal.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2007.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de julio de 1992.

⁶¹ Al menos antes de la reforma laboral de 2010, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2010, en un supuesto de disminución de actividad de una contrata de limpieza.

⁶² Fernández Díez, A., "Reducción temporal de la jornada tras la reforma laboral", portal jurídico de Lex Nova, julio 2012.

Durante el periodo de reducción de jornada no se pueden realizar horas extraordinarias, salvo fuerza mayor, puesto que lo contrario no sería coherente con los motivos que llevan al empresario a iniciar este expediente

Por otra parte, se dice que deberá promoverse el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

La suspensión del contrato y la reducción de jornada, como respuestas que son susceptibles de evitar o diferir soluciones más traumáticas, han sido apoyadas por el legislador mediante medidas de apoyo, que han seguido la estela de las articuladas en la Ley 35/2010.

Se contienen dos tipos de medidas, una de apoyo a la empresa, y otra al trabajador:

- La bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social.
- La reposición del derecho a las prestaciones por desempleo.

Las empresas tienen en la actualidad derecho a una bonificación del 50 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, incluidas las suspensiones de contratos colectivos tramitadas de conformidad con la legislación concursal.⁶³ La duración de la bonificación debe ser coincidente con la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador. En relación con su cómputo temporal, es aplicable a las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.⁶⁴ El requisito principal para la obtención de la bonificación es que el empresario debe comprometerse a mantener en el empleo a los trabajadores afectados

⁶³ En lugar de la bonificación que podía llegar en determinados supuestos al 80%, articulada en la Ley 35/2010.

⁶⁴ No obstante, ya estamos acostumbrados (por ejemplo, Ley 35/2010), que estos plazos sean prorrogados o establecidos de nuevo en función de la persistencia de las condiciones económicas que hace necesario este tipo de estímulos a los expedientes de suspensión, como contraposición y para desactivar expedientes de extinción, más traumático en cuanto a sus efectos para los trabajadores.

durante al menos un año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción.⁶⁵

Otra medida de apoyo, en este caso a los trabajadores, es la reposición del derecho a la prestación por desempleo. Partimos del supuesto de una empresa, que en virtud del artículo 47 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de un procedimiento concursal, ha suspendido contratos de trabajo, de forma continuada o no, o ha reducido el número de días u horas de trabajo, y posteriormente extingue contratos al amparo de los artículos 51 (despido colectivo) o 52.c (despido objetivo por causas económica, técnicas, organizativas o de producción) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.⁶⁶ En este caso, los trabajadores afectados tienen derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013.

La reposición de las prestaciones por desempleo será de aplicación cuando en el momento de la extinción de la relación laboral, bien se reanude el derecho a la prestación por desempleo, bien se opte por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial, en ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 210.3 del

⁶⁵ ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento de este compromiso?

En primer lugar, el empresario debe reintegrar las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores. En segundo lugar, ello será sin perjuicio de su consideración como infracción administrativa, en aplicación de lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Por último, la norma prevé su exclusión por un periodo de doce meses de la aplicación de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

Ahora bien, no se considerará incumplida esta obligación de mantener el empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

Se prevé que estas bonificaciones sean compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, incluidas las reguladas en el Programa de fomento de empleo, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

⁶⁶ De nuevo, un precepto similar viene siendo habitual ya en las reformas laborales españolas, y a tal efecto, podemos confrontar un precepto similar en la disposición transitoria quinta. 2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; bien se haya agotado la prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho a prestación por desempleo contributiva.⁶⁷

De esta manera, la norma enfatiza que la reposición de las prestaciones por desempleo se aplicará sólo al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo, por lo que la base de cotización y la cuantía a percibir, durante el periodo de la reposición, serán las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de la reposición.⁶⁸

6.8. La flexibilidad externa

Estas medidas incluyen los mecanismos para facilitar y abaratar el despido, con lo que el eufemismo “flexibilidad externa” se convierte en sinónimo de despido, dejando de tener mucho sentido el énfasis que caracterizaba ya a su antecedente, la Ley 35/2010, de 18 de septiembre, en el sentido de promover la flexibilidad interna para evitar llegar a las acciones traumáticas de despidos (flexibilidad externa). Con la actual regulación, queda claro que ambos mecanismos, el de flexibilidad interna y el de externa, son compatibles y solidarios en orden a uno de los objetivos capitales de la norma: dar mayores facilidades a la empresa, en todos los órdenes, en la creencia que la flexibilidad general propugnada contribuirá a generar la confianza necesaria para invertir en empleo.

Salarios de tramitación y despidos exprés: Se suprimen los salarios de tramitación, excepto en los supuestos de nulidad, en los casos en que la empresa opta por la readmisión, o cuando se trate de representantes de los trabajadores. Además, y

⁶⁷ El derecho a la reposición se reconocerá de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo. En los supuestos en que esté agotado el derecho se deberá solicitar la reposición, siendo de aplicación, tal y como establece el Real Decreto-ley 3/2012, lo establecido en el artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶⁸ No se prevé la acumulación de la reposición de prestaciones con otras ayudas, así, por ejemplo, ocurre con los trabajadores incluidos en los planes de apoyo para facilitar el ajuste laboral de los sectores afectados por cambios estructurales del comercio mundial, conforme a lo previsto en los citados planes de apoyo y en la Orden de 5 de abril de 1995 por la que se determinan las ayudas que podrá conceder el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración de empresas.

por mor de lo dispuesto del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se modifica también el artículo 57 LET, para que la reclamación al Estado de abono de la percepción económica al que se refiere el artículo 56.2 LET, en los supuestos en los que aun proceden los salarios de tramitación, por los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento ya referido de los salarios de tramitación, se abonen transcurridos más de 90 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda.⁶⁹

Se eliminan las ventajas del despido exprés, y el reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario en el momento de la comunicación del mismo o con anterioridad al acto de conciliación implica su consideración como renta de trabajo. Asimismo, tributan las indemnizaciones en la cuantía que superen las establecidas en la Ley laboral.

La indemnización por despido improcedente: La indemnización por la extinción del contrato indefinido, pasa a ser de 33 días por año trabajado en caso de despido improcedente, con un máximo de 24 mensualidades, para los contratos formalizados a partir del 12 de febrero de 2012. Para los contratos anteriores, se impone un doble módulo.

La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos: En los despidos colectivos desaparece la autorización administrativa y el procedimiento se focaliza, de acuerdo con las Directivas comunitarias, en la negociación del periodo de consultas y en el plan social de acompañamiento. Además, si la empresa tiene más de 50 trabajadores, se constituye como preceptivo un plan de recolocación a través de una empresa externa.

Objetivación de los despidos: En los despidos colectivos y objetivos desaparecen las referencias a la razonabilidad de la medida y se “objetiva” la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas por referencia a tres trimestres consecutivos, en relación cada trimestre con el mismo del año anterior.

⁶⁹ Frente a los 60 días de la regulación anterior. La motivación es claramente económica, y responde a la pretensión del ahorro de gastos por parte del Estado.

El despido “indirecto”: En relación con el artículo 50 LET, despido a instancia del trabajador por justa causa, se omite la formación profesional dañada o perjudicada como causa de extinción del contrato por incumplimiento grave y culpable del empresario. A cambio, se contempla la vulneración del artículo 41 LET si se quiere imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo como circunstancia añadida al menoscabo de la dignidad del trabajador. Ya no están incursas en el artículo 50 LET las modificaciones sustanciales que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad, sino sólo las modificaciones sustanciales que no respeten lo previsto en el artículo 41 LET y (no es disyuntiva sino copulativa) y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

Cláusula “Telefónica”: Se establece impedimentos para llevar a cabo despidos colectivos en empresas o grupos de empresas de más de 100 trabajadores⁷⁰, que afecte a trabajadores de 50 o más años de edad, y que, aun concurriendo las causas justificativas, hubieren obtenido beneficios en los dos ejercicios anteriores. Se pretende evitar que los expedientes de regulación de empleo se conviertan en instrumentos de prejubilaciones a costa del erario público. Y así, se introduce esta cláusula denominada “Telefónica” (modificándose la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto), estableciendo la obligación de una aportación económica al Tesoro Público.

FOGASA: El resarcimiento directo del Fondo de Garantía Salarial ha sufrido varias modificaciones normativas desde el Real Decreto-ley 10/2010, lo que no ha contribuido a la seguridad jurídica requerida. En la Ley 3/2012 se resarce en empresas de menos de 25 trabajadores⁷¹ del abono de 8 días de la indemnización consecuencia de un despido objetivo o colectivo, o derivado de un procedimiento concursal, teniendo que ser el contrato indefinido, y no respondiendo el Fondo de las decisiones extintivas empresariales. En contra de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2012, que establecía su resarcimiento al empresario⁷², en la Ley se ha modificado el sujeto beneficiario, que

⁷⁰ En la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 3/2012 el umbral se establecía en 500 trabajadores.

⁷¹ Cabe la duda de discernimiento de la fecha a computar para el requisito de que la empresa tenga menos de 25 trabajadores. La duda parece haberla resuelto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2012, confirmando una Sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, estableciendo que el cómputo debe hacerse el día del despido, no el de su comunicación o preaviso. Éste es la exteriorización de la voluntad extintiva empresarial, mientras el cese efectivo es la materialización de la fecha fijada en la comunicación.

⁷² La legitimación de la empresa para el abono del pago directo del FOGASA tenía el problema para el trabajador de que al no ser necesaria la autorización administrativa en el despido colectivo, en caso de

ya no será la empresa sino el trabajador.⁷³ Por tanto, el Fondo no responderá de cuantía indemnizatoria alguna en las extinciones improcedentes hasta una vez transcurrido el plazo de caducidad de la acción de despido de veinte días hábiles (artículo 103 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante, LJS).⁷⁴

Pero esta no es la última modificación. Motivada por la necesidad de ahorro de prestaciones públicas, el Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establece, en relación con las prestaciones cuyo hecho causante se produzca el día 15 de julio de 2012, o posterior, como módulo tope de cálculo de los salarios pendientes y de las indemnizaciones por despido el doble del salario mínimo interprofesional⁷⁵ Además, los salarios devengados pendientes de pago y de tramitación queda limitada a 120 días.⁷⁶

Despidos en el sector público: Se reconoce la posibilidad de efectuar despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. Se entienden causas económicas las insuficiencias presupuestarias sobrevenidas y persistentes si se producen durante tres trimestres consecutivos. Esta medida pretende facilitar el redimensionamiento y sostenibilidad de las empresas públicas.

Despido por absentismo: desaparece la referencia al 2,5% de absentismo promedio del centro de trabajo, y en la tramitación parlamentario se suavizan las aristas más polémicas, estableciéndose un cómputo anual del 5% en las faltas de asistencia en los dos meses consecutivos, y se excluye del cómputo las ausencias que obedezcan a tratamientos médicos de cáncer o enfermedad grave.

insolvencia empresarial para cobrar del Fondo la indemnización por despido se hacía preciso un acta de conciliación judicial o sentencia, no bastando la conciliación administrativa. La empresa al despedir no podía derivar el pago del 40% al FOGASA, por lo que ante el supuesto citado de insolvencia del empresario había que demandar por el total de la indemnización, demorando el cobro del trabajador. Sin embargo, el actual procedimiento tiene también otras consideraciones que conviene resaltar. Será beneficioso para el empresario, en tanto, sólo deberá hacer frente a una indemnización por despido de 12 días por año de servicio, con lo que no sufrirá tanto su liquidez o tesorería. Por otro lado, se le obliga al trabajador, si el empresario no colabora, a tramitar por su cuenta, el resarcimiento de los 8 días por año de servicio (con los topes cada vez más reducidos), lo que conlleva una dificultad de gestión y encarecimiento de los costes si la tramitación se encarga a una asesoría.

⁷³ Enmienda núm. 609 (UPN), aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso, con fecha 24 de mayo de 2012.

⁷⁴ Criterio de Actuación 1/12, emitido por el Fondo de Garantía Salarial (Secretaría de Estado de Empleo).

⁷⁵ Frente al triple del SMI que establecía la legislación anterior.

⁷⁶ Frente a los 150 días de la regulación anterior.

6.9. La conciliación de la vida familiar y laboral

El artículo 34.8 LET establecía que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

Si bien esta redacción es meramente programática, y ociosa, dado que refería el derecho a lo acordado mediante convenio o pacto, el legislador ha considerado que todavía puede hacerse más indeterminada y carente de fuerza de obligar la invocación a la conciliación de la vida familiar y laboral, y por tanto inútil para los fines que se pretenden, salvo los pedagógicos o didácticos, o cubrir una apariencia de actuación, y así, en la LRML se ha añadido un segundo párrafo que establece que “A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.”⁷⁷

De más entidad son los siguientes apartados contenidos en la disposición final primera LRML, que, no obstante, han sido promulgados, no para ampliar los derechos de los trabajadores en este ámbito, sino para reducir los abusos que sobre esta materia se habían detectado por parte de los beneficiarios de la norma, es decir, por los propios trabajadores.

Lactancia: la novedad radica en que el reconocimiento del derecho a ambos progenitores sólo podrá ser ejercido por uno de ellos, si ambos trabajan (artículo 37.4 LET). A pesar del probable problema de control de esta disposición si los cónyuges trabajan en distintas empresas, a salvo de un registro reglamentario que ahora no existe, la actual redacción pretende acabar con las dudas que se establecían sobre la interpretación del disfrute indistinto del derecho cuando ambos cónyuges trabajaban.

⁷⁷ Enmienda transaccional núm. 3, a la enmienda 203 (BNG) y 377 (CIU), aprobada por la Comisión del Congreso del 24 de mayo de 2012.

Reducción de jornada por cuidado de menor u otros supuestos: Se modifica el artículo 37.5 LET para referirlo a la jornada diaria, con lo que se pretende evitar el cómputo semanal, que incluya la no asistencia al trabajo durante un día entero.⁷⁸

Aunque prima el derecho de elección del trabajador, los convenios pueden establecer criterios para la concreción horaria. Además, se fija un preaviso de 15 días o la que determine el convenio, salvo fuerza mayor, precisando las fechas de inicio y finalización del permiso, con el fin de evitar cambios periódicos en la duración del permiso.

Vacaciones: Si el periodo de vacaciones coincide con una incapacidad temporal (en adelante, IT) por contingencias distintas a la de embarazo, parto o lactancia natural, maternidad o paternidad, que imposibilite al trabajador disfrutarlas en el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Recordemos que la jurisprudencia comunitaria establecida en el caso Paz Merino López, por maternidad- (STJUE 18 de marzo de 2004), y en los casos posteriores por incapacidad temporal Schultz-Hoff (STJUE de 20 de enero de 2009) , y V. Pereda (10 de septiembre de 2009), provocaron un giro radical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que venía estableciendo la caducidad del derecho de las vacaciones con el año natural⁷⁹.

De esta manera:

- Si el periodo de vacaciones coincide con una IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural o con los permisos de conciliación de la vida familiar y laboral del art. 48.4 y bis LET, el disfrute de vacaciones podrá

⁷⁸ Por ejemplo, en el convenio colectivo de comercio, con jornada de lunes a sábado, se primaba el derecho a la conciliación posibilitando que la reducción de jornada implicara la no asistencia al trabajo los sábados. Ahora, con esta modificación legislativa, ya no será posible.

No obstante, quedan dudas, como si puede pedirse un turno fijo en trabajos a turnos. Por otra parte, sabemos que no procede la adaptación de horarios de trabajo fuera de los horarios de trabajo fijados por la empresa.

⁷⁹ *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2009.

fijarse en fecha distinta a la de la IT o del disfrute del permiso, aunque haya terminado el año natural.

- Si las vacaciones coincide con una IT por contingencias distintas a las anteriores, el trabajador podrá disfrutarlas una vez finalice la IT siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se haya originado.

¿Es esta última prescripción compatible con la jurisprudencia comunitaria? En efecto, el legislador ha tenido en cuenta la STJUE 22 de noviembre de 2011 (Caso Winfried Schulte), que considera compatible con el Derecho Comunitario que una norma nacional, en este caso un convenio colectivo alemán pueda limitar el periodo de disfrute de vacaciones, no disfrutado previamente por encontrarse en IT.⁸⁰

Se pretende erradicar por tanto un eventual abuso de derecho⁸¹ Una normativa nacional puede establecer un límite temporal a la acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas que se hayan adquirido durante un período de incapacidad laboral pero que no se hayan disfrutado. No obstante, ese límite debe ser sustancialmente superior a la duración del período de devengo con el que guarda relación.

6.10. La jubilación obligatoria

La disposición final cuarta. Dos LRML modifica la disposición adicional décima LET, estableciéndose la nulidad, y declarándose sin efecto, de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dicha cláusulas.

Con ello, se actúa contundentemente en el ánimo de prolongar la vida activa de los trabajadores, impidiendo que la negociación colectiva actúe de cortapisa o freno en

⁸⁰ En ese caso eran quince meses.

⁸¹ Consideremos así un trabajador que agota una IT por enfermedad hasta los 18 meses , y sufre otra enfermedad distinta, a las pocas fechas por distinta contingencia, sumando otra IT de 18 meses. Al obtener el alta definitiva, hubiera tenido derecho a 3 meses de vacaciones acumuladas, en función de las dos contingencias por IT sufridas.

esa “voluntas legis,”⁸² dejando claro el entendimiento de la primacía de la ley sobre el convenio colectivo, en base al principio de jerarquía, pero también de competencia, al ser una materia relativa a la función ordenadora de la economía, cuya competencia se encomienda a los poderes públicos.⁸³

7. Un nuevo impulso para la formación

7.1. La libre concurrencia en el diseño y en la planificación de la formación

Es éste uno de los epígrafes cuya redacción ha sufrido alteraciones significativas en su tramitación parlamentaria.

Es la formación como un derecho individual el eje básico de la reforma en esta materia -lo dice expresamente el Preámbulo de la norma- y pretende favorecer el aprendizaje permanente de los trabajadores, quizá como contrapeso del sesgo normativo hacia la facilitación del poder de decisión empresarial que impregna la reforma, y también como manifestación de uno de los pilares que sustenta la flexiseguridad, la formación y el desarrollo de una política de empleo eficaz.

Derecho individual del trabajador como reacción a críticas vertidas hacia un entramado de la formación en España que relativiza el objeto primordial de la tutela, el derecho a la formación profesional de los trabajadores, y lo focaliza hacia otros objetivos, como el sustento o la potenciación de las organizaciones sociales representativas.

Es por ello que se reconoce en la LRML el derecho que tienen los centros y entidades de formación, debidamente acreditados, de participar directamente en el sistema de formación profesional para el empleo, en libre concurrencia y competencia

⁸² Esta disposición, que no figuraba en el DLRML, fue pactada en la tramitación en el Congreso de la Ley mediante enmienda transaccional 24, a la enmiendas 346 (UPD) y 638 (PP).

⁸³ Con lo que obligará a revisar muchos convenios colectivos. Así, el artículo 97 del V Convenio General del Sector de la Construcción, aprobado mediante Resolución de 28 de febrero de 2012 (BOE de 15 de marzo de 2012) que establece que “Las partes firmantes del presente convenio, conscientes de que es necesario acometer una política de empleo encaminada a mejorar la estabilidad y la calidad del mismo, establecen, salvo pacto individual en contrario, la jubilación obligatoria a las edades y periodos cotizados que se señalan en el apartado 2, siempre que el trabajador cumpla con los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación. En todo caso, el trabajador deberá tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 % a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión y cumplir con los demás requisitos de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.”

con estas organizaciones sociales representativas, con la finalidad declarada de que “la oferta formativa sea más variada, descentralizada y eficiente”, es decir, de más calidad y más económica para las arcas estatales y comunitarias que financian los planes de formación⁸⁴.

De esta manera, se desarrollan dos ámbitos para dar cabida a esta liberalización de la formación:

- *Ejecución de los planes de formación*: se modifica el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, modificando la redacción de sus artículos 24.2 y 24.3, para que en su ámbito estatal y autonómico, respectivamente, la ejecución de los planes de formación que se lleven a cabo en el marco del Sistema Nacional de Empleo (o de las Comunidades Autónomas) por el Servicio Público de Empleo Estatal, o su correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma, incluya junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a los centros y entidades de formación debidamente acreditados e inscritos en los correspondientes Registros de Centros y Entidades de Formación.
- *Diseño y planificación de la formación*: Y, coherentemente, la propia Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, es modificada, así el artículo 26 apartado 1 letra c) añade en la *participación en el diseño y planificación* del subsistema de formación, además de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a los centros y entidades de formación debidamente acreditados, pero incluyéndose en la tramitación parlamentaria, en relación con el Real Decreto-ley 3/2012, la siguiente adición: “a través de sus organizaciones representativas del sector”, con lo que, al menos a los efectos del diseño y planificación de la formación parece que la acreditación de la iniciativa privada se condicionaría a la conformidad de la organización representativa a la que pertenezca, que será organización empresarial, con lo que la apertura total a la iniciativa privada quedaría condicionada. Más positivo nos merece la

⁸⁴ Consideramos que junto con entidades y empresas privadas, también el ámbito público tiene mucho decir canalizando a través de la propia Universidad un elenco de acciones formativas y cursos de especialización que se antojan estarían en disposición plena de concurrir con ventaja frente a otras entidades formativas.

participación que se abre a las necesidades de los trabajadores autónomos y de las empresas de economía social (también añadidas en la tramitación parlamentaria), aun cuando el cauce que se establece es necesariamente también el de sus organizaciones representativas⁸⁵.

En conclusión, la modificación del artículo 26.1 c) de Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y concordantes, quiere dar cabida a los centros y entidades de formación debidamente acreditados junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en ese diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo. Se pretende con ello, si hemos de creernos las intenciones de la Exposición de Motivos, tal y como ya hemos comentado, que la oferta formativa sea más variada, descentralizada y eficiente. En realidad, surge la desconfianza del legislador hacia el monopolio de la formación por parte de los agentes sociales. Si introducimos competencia, y liberalizamos este servicio, parece ser el mensaje subyacente, se incrementará su eficiencia, y se abaratarán costes.⁸⁶

De esta manera, debemos decir que a esta apuesta, aun cuando no es meramente programática, creemos que le falta la ambición y los medios para desplegar plenamente sus efectos. La formación ocupacional y para desempleados debe ir ligada necesariamente con una reforma en profundidad del sistema educativo, estable, que imbrique la formación profesional y los grados, con los certificados de profesionalidad y con la formación en el seno de las empresas, y para ello debería utilizarse el marco normativo de un contrato de formación y aprendizaje flexible, que potenciara la formación combinativa o dual de los estudios y del trabajo en las empresas, de acuerdo con los convenios sectoriales.⁸⁷ El contrato de trabajo que se formalizara, reservado

⁸⁵ Enmienda transaccional núm. 7 a la enmienda 372 (CIU) aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso, el día 24 de mayo de 2012.

⁸⁶ Y de paso posiblemente se limará poder, capacidad de influencia y financiación a los sindicatos y organizaciones empresariales representativas

⁸⁷ De nuevo inspirado en el modelo dual alemán. En Alemania, Con este modelo de formación dual, el 90% de los alumnos se quedan en la empresa tras finalizar los estudios y el aprendizaje. Este modelo suscita una gran aceptación social, como lo prueba el hecho de que en Alemania el 60% de los jóvenes opten por este tipo de formación y que su tasa de paro juvenil sea de un 9,1%, siendo su índice de desempleo del 5,9%, cifras éstas muy alejadas de las de nuestro país. Combina la formación en empresas y en centros educativos. Los alumnos siguen un programa formativo que desarrollan durante un tercio de su jornada semanal en el centro educativo y dos tercios en la empresa. Las empresas ofertan las plazas formativas a través de un contrato de formación de los aspirantes que deseen convertirse en sus aprendices. Para ello han de disponer de formadores entre su personal y el Estado debe garantizar la formación en los centros educativos.

exclusivamente a los jóvenes que acceden al primer empleo, debería tener un coste de seguridad social mínimo para la empresa. Sería fundamentalmente a tiempo parcial, y los salarios, excepcionalmente, no deberían tener como umbral mínimo el SMI. Además, estos contratos, deberían tener una continuidad lógica en el contrato de relevo, con lo que propiciaríamos la jubilación anticipada y parcial sin coste para la empresa y sin perjuicio económico para el trabajador relevado, de la plantilla más veterana o menos productiva, y estaríamos en condiciones de sustituirla por jóvenes, aliviando el dramático coeficiente de paro juvenil del 53%, difícilmente sostenible para una economía desarrollada que debe mantener las prestaciones sociales básicas.⁸⁸,

7.2. La promoción y la formación profesional en el trabajo

Se modifica el artículo 23 LET, relativo a la promoción y formación profesional en el trabajo. Nos interesa en este apartado la introducción de un apartado tres, que introduce un nuevo permiso retribuido, relacionado con el derecho individual del trabajador a la formación profesional.

En la planificación de esta formación intervienen las empresas, los sindicatos y la Administración, en el marco del diálogo social. Por tanto, las empresas desempeñan un papel muy activo en la formación al comprometerse a garantizar el éxito en los exámenes al alumno que se realizan en las Cámaras de Comercio –con la colaboración de los formadores y de los profesores–, donde finalmente se le expide el título. Se trata de un sistema cuya responsabilidad recae en la administración laboral y es fruto del consenso social, donde la empresa asume grandes compromisos, aportando los recursos financieros y humanos. Como contrapartida, las empresas obtienen la formación de sus futuros empleados y una desgravación fiscal. Pero la FP dual alemana tiene sus ventajas e inconvenientes.

Entre las ventajas destacan la adquisición de las competencias en el propio lugar de trabajo, en íntima relación con las necesidades del mercado laboral, y la gran especialización de la formación profesional. De hecho existen aproximadamente 350 titulaciones reconocidas de formación profesional, de ellas, 270 en el sector industrial, comercial o de servicios.

Además, la FP dual facilita el acceso al empleo, ya que muchos alumnos son contratados por las empresas donde se forman y fomenta el ahorro en recursos aportados por la Administración, que son aportados por las empresas. Esta formación resulta atractiva para los estudiantes que, además de formarse, reciben un sueldo de entre 500 y 800 euros y cotizan a la Seguridad Social.

Por último, y dentro del capítulo de ventajas de la FP dual, la implicación de las empresas permite el ajuste entre la oferta y demanda de cualificación en el mercado laboral.

Entre los inconvenientes reseñamos que la planificación de la oferta formativa, al ser propuesta por las empresas, se produce en un marco de selección de necesidades de personal, por lo que está muy vinculada a la coyuntura económica. Otro inconveniente es la complejidad tanto para la planificación de la oferta como para garantizar la calidad de la formación. La Administración educativa ha de garantizar un puesto escolar y el número no es regular cada año. Además, las empresas esperan los retornos a la inversión que puede conllevar en algunos casos una sobrecarga de trabajo a los aprendices.

⁸⁸ Nuestra propuesta, por tanto, va más allá de los conocidos “mini-jobs” del Derecho Comparado.

Téngase en cuenta que ni la actual estructura educativa española (en la que quizá haya un sobredimensionamiento de universitarios, por un extremo, y un exceso de fracaso escolar, por el otro), ni por supuesto el tejido empresarial español, mucho más débil, son asimilables al germano.

El propio Preámbulo reconoce las necesidades de mejora que deben arbitrarse en el actual sistema de formación profesional. Se pretende, como ya se ha mencionado, potenciar el aprendizaje permanente de los trabajadores, y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales.

En efecto, los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación, que en la redacción del Real Decreto-ley 3/2012 era vinculada al puesto de trabajo, y que con la Ley 3/2012 se abre a una perspectiva más amplia, como es la actividad de la empresa. Son acumulables por un periodo de hasta cinco años (en el Real Decreto-ley 3/2012 sólo era de tres). La concreción del disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario “en defecto de lo previsto en convenio colectivo” (añadido en la tramitación parlamentaria).⁸⁹

Es cierto que con este nuevo apartado 3 se establece una medida concreta y operativa, consistente en que para fomentar el aprendizaje y reciclaje permanente de los trabajadores y el desarrollo pleno de sus potencialidades profesionales se reconoce el derecho a favor del trabajador de un permiso retribuido de 20 horas.

Ahora bien, este derecho no es incondicionado.

En primer lugar, el trabajador debe tener una antigüedad de un año en la empresa, condición que parece razonable en orden a acreditar cierta vinculación en la empresa para operativizar el permiso. Si no, podríamos encontrarnos la instancia de dicho permiso por el trabajador sin haber transcurrido plazos suficientes de permanencia en la empresa, lo que podría generar situaciones de abuso.

En segundo lugar, ese derecho se circunscribía en el Real Decreto-ley 3/2012 a la formación vinculada al “puesto de trabajo”, no a otra no relacionada significativamente con su prestación laboral. No era baladí la determinación de lo que se

⁸⁹ No debemos confundir este derecho con el permiso individual de formación regulado en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, y la Orden TAS/2307/2007, que hace relación a una formación que puede ser personal o profesional, y que es retribuido, condicionado a la financiación del crédito anual de bonificaciones, con un límite de 200 horas laborales por permiso y curso académico o año natural, en función de la formación a realizar.

entendía por formación vinculada al puesto de trabajo. Téngase en cuenta que, desde el punto de vista de la Psicología Industrial, íntimamente entrelazado con el Derecho del Trabajo, parece indubitado el reconocimiento que debe darse al trabajador de su derecho a formarse en orden a conseguir una promoción profesional en el seno de su carrera profesional, en funciones distintas que fortalezcan, bien su versatilidad, bien su posible acceso a puestos superiores. Incluso podríamos hablar si una formación transversal relativa a la consecución de habilidades personales, emocionales, de gestión del tiempo, o similares no vinculados directamente al puesto de trabajo pero sí esenciales en orden a capacitar al trabajador para un correcto desempeño de su puesto de trabajo, actual o el correspondiente a su promoción o carrera profesional. Creemos por ello que esa vinculación de la formación al puesto de trabajo, conllevaba potenciales conflictos, y, en caso de exteriorización de las citadas controversias, evidentemente correspondían a los tribunales consolidar una doctrina que orientara a las partes sobre su amplitud y contenido.

En la tramitación parlamentaria se ha ampliado a la formación profesional para el empleo a la vinculada a “la actividad de la empresa”, con lo que se subsanan buena parte de los defectos reseñados, al tener un contenido mucho más amplio y admitir un elenco mayor de acciones formativas idóneas para el trabajador.⁹⁰

El derecho al permiso no caduca con el año natural, sino que, caso de que el trabajador no haya hecho uso del mismo en dicho periodo, o habiéndose inscrito en alguna acción formativa, no hubiera agotado las 20 horas, puede acumularse hasta en un plazo de cinco años⁹¹, según enmienda transaccional aprobada en el Congreso en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, cuando eran tres años (es decir, hasta 60 horas) en el Real Decreto-ley 3/2012⁹². Por tanto, cabe la acumulación o la posposición del permiso más allá del año natural, de forma similar a lo que ocurre con el derecho de vacaciones no disfrutado por causa de incapacidad temporal o de maternidad. Sin embargo, consideramos cinco años un periodo acumulativo que puede ser excesivo. El trabajador puede encontrarse al final de este periodo con un crédito disponible de 100

⁹⁰ Enmienda transaccional núm. 6 a las enmiendas 303 (UYPD) y 366 (CIU) aprobada en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados de 24 de mayo de 2012.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Entendemos además que este permiso no puede estar condicionado a la existencia de financiación por parte de los fondos estatales, autonómicos o europeos, ni a su inclusión en un programa formativo preexistente, de los regulados en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

horas, es decir, normalmente más del 5 % del total de la jornada anual de la empresa, lo que supone un coste considerable que debe sufragar el empresario.

En tercer lugar, la concreción del derecho se fija de común acuerdo, en defecto de lo previsto en convenio colectivo,⁹³ lo que no significa que se pueda discutir el derecho sino sólo su determinación temporal. Es ésta una cláusula ya utilizada para la fijación de las vacaciones (artículo 38.2 LET). Pero podrá ocurrir que el trabajador pretenda un determinado curso o acción formativa, que considere idóneos para su formación profesional, con unas fechas de celebración determinadas, y el empresario discrepe sobre su adecuación a la actividad de la empresa o se niegue a autorizar el permiso por razones productivas. Con lo que los conflictos pueden ser frecuentes, porque podría vulnerarse la esencia de su derecho, y será el juez de lo Social quién deberá declarar el mismo.

Lógicamente, este derecho expectante tendrá incidencia en los calendarios laborales establecidos, que deberán adaptarse al ejercicio del derecho. Por ello cobra especial relieve la modificación efectuada en la Ley respecto a su antecedente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, explicitando que el derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar 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. Es evidente que será un criterio determinante para entender cumplido este derecho y que guiará la actuación de los tribunales.⁹⁴

Por tanto, en la tramitación parlamentaria se ha matizado⁹⁵, creemos que acertadamente para evitar eventuales abusos, que el derecho se entenderá cumplido 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. Con ello, la

⁹³ *Vide.* Enmienda transaccional nº 6, ya mentada.

⁹⁴ Así, si a un trabajador del sector de la construcción se le asigna la función de ser recurso preventivo, y el organismo mixto y paritario denominado Fundación Laboral de la Construcción, que recoge el Convenio General de la Construcción, tiene en su programación de formación ocupacional ese curso, parece que su ofrecimiento por el empresario dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 23.3 LET. De la misma manera que si el curso solicitado por el trabajador está dentro de la programación del plan de formación empresarial, no parece de recibo, salvo causa justificada, que rechace sin causa justificada el mismo eligiendo otro de otra entidad, que pueda ser más oneroso para la empresa.

⁹⁵ *Ibid.*

idoneidad de un curso establecido en el plan formativo de la empresa o del sector productivo exoneraría al empresario de aceptar la demanda del trabajador de otro curso con peores horarios o coste económico. En todo caso, consideramos que el permiso de 20 horas anuales no incluye la obligación de retribuir el coste del curso del trabajador, si éste es oneroso, sino de cederle el crédito de horas remunerado, permitiendo que sea en horas de trabajo o compensándole económicamente si tuviera lugar fuera de dicho horario.⁹⁶

Si decimos que este permiso es retribuido, deberemos computar todos los conceptos que normalmente se devenguen a favor del trabajador, con exclusión posiblemente de los directamente relacionados con la actividad productiva extraordinaria (las propias horas extraordinarias, los destajos, los complementos de cantidad o calidad en el trabajo, etc.)

En todo caso, este permiso es independiente del derecho que le reconoce al trabajador el propio artículo 23.1 b) a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional, con reserva del puesto de trabajo, pero sin derecho a remuneración.

Tampoco pueden entrar en el cómputo de las 20 horas retribuidas de permiso, siendo acumulativas, las de los cursos necesarios en materia de prevención de riesgos laborales, para garantizar el derecho a la formación previsto en el artículo 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Esta formación, teórica y práctica, suficiente y adecuada, debe centrarse también específicamente en el puesto de trabajo, o función de cada trabajador. El bien jurídico protegido es diferente, no es tanto el derecho del trabajador a una formación profesional, sino la vida e integridad física y psíquica de aquél. Será por tanto la que marquen los convenios colectivos⁹⁷ o la planificación de la acción preventiva de la empresa, y siempre tendrá carácter acumulativo e independiente al permiso retribuido de 20 horas, puesto que su

⁹⁶ Este permiso es retribuido, lo que, por un lado, conlleva un coste añadido para la empresa en términos anuales. Para un salario de 20.000 euros al año, y una jornada anual de 1.750 horas, suponen unos 230 euros de coste, que podrían alcanzar los 300 euros si incluimos los costes de Seguridad Social, y llegar a los 1500 euros si lo acumulamos en el tope de los cinco años

⁹⁷ Como ejemplo, el V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, publicado en el BOE de establece los itinerarios formativos en prevención de riesgos laborales, con los módulos de impartición y su duración, en función de los puestos de trabajo u oficios reseñados. Todo ello, en la habilitación dada por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, en su artículo 10.

naturaleza jurídica es diferente. Así, lo aclara la enmienda aprobada en la Comisión del Congreso⁹⁸, que se ha trasladado definitivamente a la LRML cuando establece que no comprende este derecho la formación que deba impartir la empresa obligatoriamente, conforme a lo previsto en otras Leyes.

7.3. El despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas

En conexión con lo expuesto, se reconoce a los trabajadores, en la nueva redacción del artículo 4.2 b) LET, el derecho a la formación profesional dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. También se reconoce –añadido en su tramitación parlamentaria- el derecho al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

Tanto es así, que para hacer efectivo el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo (artículo 52 b LET), se exigirá, además de la razonabilidad de los cambios, el ofrecimiento al trabajador de un curso dirigido a facilitar dicha adaptación. Durante esta formación, el contrato permanece suspendido, debiendo abonarse al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción contractual, de producirse, habrá de acreditar lógicamente esa falta de adaptación, debiendo haber transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación. Es una redacción que mejora ligeramente la anterior regulación en tanto que añade más garantías para el trabajador que debe sufrir la reconversión, reciclaje o cambios tecnológicos, y que por tanto van en dirección contraria a la flexibilización y facilitación para el empresario de los demás supuestos del despido objetivo.

En todo caso, se reconoce con carácter general (artículo 23.1 d) el derecho del trabajador a la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones que requiera su puesto de trabajo. Esta formación corre a cargo de la empresa, “sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación”, y el tiempo destinado a formación debe considerarse como tiempo de trabajo efectivo, dándosele por tanto, el mismo tratamiento que a la formación en prevención de riesgos laborales (artículo 19.2 LPRL).

⁹⁸ La citada enmienda transaccional núm. 6 a las enmiendas 303 (UYPD) y 366 (CIU) aprobada en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados de 24 de mayo de 2012.

Es más, el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas deberán a partir de ahora especificar en cada convocatoria que realicen las acciones formativas que consideren prioritarias, con independencia de los criterios que también señalen las Comisiones Paritarias Sectoriales (artículo 22.3 y 4 del RD 395/2007), con la finalidad de anticipar las necesidades formativas al nuevo modelo productivo, cuyos perfiles no se mencionan, salvo por su identificación con los sectores más innovadores.

7.4. La cuenta de formación

Anudado al derecho a la formación, la reforma laboral añade un apartado al artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, creando la denominada cuenta de formación asociada al número de afiliación de la seguridad social del trabajador, vinculada a la carrera profesional.

El Real Decreto-ley 3/2012 vinculaba esa formación recibida por el trabajador con el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, añadiéndose en la tramitación parlamentaria⁹⁹ el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, con el objeto de que la cuenta de formación reúna toda la formación profesional acreditable oficialmente, también la referida a las titulaciones universitarias.

La cuenta de formación recuerda en su planteamiento a algunos documentos ya creados por convenios colectivos estatales, como la Tarjeta Profesional de la Construcción, actualmente recogida en el artículo 167 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 15 de marzo de 2012), documento expedido por la Fundación Laboral de la Construcción que acredita la formación específica recibida en prevención de riesgos laborales por los trabajadores de este sector, incluyendo también la experiencia en el sector, con la categoría profesional del trabajador y los periodos de ocupación en las distintas empresas en las que vaya ejerciendo su actividad, reseñándose las empresas y las funciones desempeñadas en su carrera profesional, así como la formación de otro tipo, académica, profesional y las acciones formativas de cualquier tipo realizadas. Es un documento que pretende

⁹⁹ Enmienda núm. 602, promovida por UPN, en la Comisión de Empleo y Seguridad Social de 24 de mayo de 2012.

prestigiar el periplo profesional de los trabajadores de esta actividad productiva, haciéndose con un “currículum” de la trayectoria en el sector.¹⁰⁰

Esta cuenta de formación, que debe desarrollarse reglamentariamente, puede constituirse como soporte del itinerario formativo y de de la carrera profesional del trabajador, y puede servir también para otros fines, como la de instrumento de control para que los trabajadores no realicen reiteradamente un mismo curso, que aun siendo inicialmente necesario para su formación del puesto de trabajo, se convierta en redundante, agotando su crédito formativo.

7.5. El cheque de formación

Junto a la cuenta de formación, con el cheque de formación se posibilitará el derecho individual a la formación de los trabajadores. De nuevo nos suenan las reminiscencias del mitificado modelo austriaco¹⁰¹ tan polémico como mal conocido y

¹⁰⁰ Los titulares de la Tarjeta Profesional de la Construcción con contrato fijo de obra u otra modalidad de contrato temporal, están exentos del periodo de prueba para los trabajos de su categoría profesional, siempre que conste en dicha Tarjeta haber acreditado su cumplimiento en cualquier empresa anterior (artículo 21.4 CGSC).

¹⁰¹ Bote, Valentín, *El modelo austriaco. Un reto para el Gobierno de Rajoy*, Economía Española, 2 de diciembre de 2011. Denominamos “modelo austriaco puro” al que se está aplicando en Austria desde 2003, y “modelo austriaco mixto”, el que pretendía aplicarse en nuestro país, que posibilita su rescate, por ejemplo, para financiar la formación del trabajador. Los empleadores contribuyen anualmente con un 1,53% del salario a la constitución de unas cuentas de salario individuales, cuya titularidad corresponde a cada trabajador. Con ello, la indemnización por despido se reduce sustancialmente o incluso desaparece. Es decir, el empresario empieza a dotar un fondo que sustituye a una hipotética indemnización por despido. Con anterioridad, la indemnización por despido consistía en una cantidad pagada a tanto alzado, fijada por el legislador, equivalente a un número de mensualidades, que se incrementaba cada cinco años de antigüedad en la empresa y oscilaba entre las 2 mensualidades para un trabajador de 3 o más años en la empresa y las 12 mensualidades de salario para quienes llevaran al menos 25 años en ella. Los trabajadores con menor antigüedad no percibían indemnización alguna, mientras que los de mayor permanencia en la empresa (a partir de los 10 años) tenían derecho a la indemnización incluso cuando la terminación del contrato se debía a voluntad del trabajador, siempre que éste pasara a la situación de jubilación. La consecuencia de ello era un fuerte incentivo para que la empresa mantuviera relaciones de corta duración, evitando de este modo tener que hacer frente a las indemnizaciones señaladas. Tras un debate social y político se alcanzó un acuerdo para la implantación de un nuevo sistema, consistente en la sustitución de las indemnizaciones por un fondo que operara a modo de seguro. El trabajador, a medida que acumula años de trabajo va viendo crecer el volumen de los recursos depositados en su cuenta nominativa. Dichos recursos acumulados en la cuenta pueden utilizarse en el caso de que el trabajador sea despedido o, de no ser así, en el momento de su jubilación (no se prevé rescate a causa de la formación del trabajador, como en España preveía la reforma de la Ley 35/2010). Una de las grandes ventajas de este sistema radica en que si el trabajador cambia de trabajo su cuenta permanece, por lo que al cambiar de empleo el trabajador no está renunciando a la potencial indemnización por despido que percibiría en caso de permanecer en su empleo y ser eventualmente despedido en algún momento del futuro. Se favorece por tanto la movilidad de los trabajadores y se incrementa el ahorro.

peor articulado en la reforma de la Ley 35/2010¹⁰². El legislador, no obstante, no lo tiene muy claro. Evaluará su conveniencia, y consultará si lo impulsa con los interlocutores sociales (disposición final tercera). Por tanto, no se confía en su viabilidad, sobre todo, entendemos, económica, que en todo caso no podría aplicarse sino a los nuevos contratos, dada la complejidad del sistema, y a costa, bien de los erarios públicos, bien de las aportaciones empresariales, a pesar de la prohibición en este último sentido de la Ley 35/2010.¹⁰³

En España, mediante este sistema, se quería poner fin a la dualidad existente derivada de la enorme diferencia en costes de despido entre los contratos indefinidos y los temporales. Este cambio generaría mejoras en todos los agentes afectados: En la empresa, porque no tendría que asumir un coste tan elevado como en la actualidad en el caso de tener que reducir plantillas antiguas, con contratos indefinidos. Para los trabajadores con contratos temporales, porque pasarían a tener un contrato único de trabajo –la idea podría ser igualar el coste de despido de los contratos temporales e indefinidos, con lo que de facto iríamos a una especie de contrato único-, con un mayor nivel de protección que en la actualidad. Para los trabajadores con contratos indefinidos, que son los grandes beneficiados del actual sistema, salen perjudicados, porque la indemnización comparable sería mucho menor: No obstante, con la actual regulación pueden no cobrar nunca indemnización por despido porque no lleguen a ser despedidos, mientras que con el sistema austriaco rescatarían en todo caso el fondo al finalizar su vida laboral y además puede servir de acicate para dinamizar la movilidad profesional, al perder el miedo a irse de una empresa, perdiendo sus derechos indemnizatorios, y ayudando al desarrollo profesional ligadas a un cambio de empresa.

<http://economy.blogs.ie.edu/archives/2011/12/el-modelo-austriaco-un-reto-para-el-gobierno-de-rajoy.php>

¹⁰² Gimeno Díaz de Atauri, P., *Nuevo fondo de capitalización: ¿Similitud con el modelo austriaco?*, Portal Jurídico de Lex Nova, mayo de 2012. La propuesta que hace el Real Decreto-ley 10/2010 del modelo austriaco, se califica de irreconocible.

<http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/25779/nuevo-fondo-de-capitalizacion-similitud-con-el-modelo-austriaco>

¹⁰³ *Ibid.* Gimeno Díaz de Atauri, P., *Nuevo fondo de capitalización: ¿Similitud con el modelo austriaco?*, Las cantidades así aportadas no están, sin embargo, a disposición del trabajador, sino que únicamente puede percibir las cuando pierda el empleo por causa ajena a su voluntad y siempre que se hayan realizado aportaciones a su nombre por al menos tres años, ya sea por uno o varios empleadores. En caso de que cuando termine una relación de trabajo el empleado despedido no tenga derecho a la percepción de la cuenta a su nombre, ésta permanece intacta, y el nuevo empresario que posteriormente le contrate seguirá realizando aportaciones.

La gestión de este dinero se encomienda a entidades privadas, que lo hacen con ánimo de lucro y son elegidas por cada empresario, debiendo garantizar una rentabilidad mínima fijada por el gobierno. El trabajador que cesa en su puesto de trabajo, aun cuando cumpla los requisitos, no está obligado a retirar las cantidades a su nombre del fondo, sino que puede dejar que permanezcan para percibir las posteriormente en el momento de la jubilación, constituyendo uno de los objetivos de esta reforma el reforzar el sistema de pensiones.

El modelo austriaco así caracterizado presenta una serie de ventajas sobre el sistema anterior que deben ser resaltadas. En primer lugar, es neutral en cuanto a la decisión del empresario de mantener una relación laboral o darla por terminada, y tomará esta decisión únicamente en atención a criterios relacionados con la productividad y el rendimiento de la empresa, y no para evitar el pago de indemnizaciones.

Por otro lado, el trabajador elimina el riesgo de perder una indemnización en caso de ser despedido al cambiar de empleo, pues la antigüedad deja de tener incidencia en la cantidad percibida en caso de extinción. También a causa de esta irrelevancia del tiempo en la empresa a la hora de determinar los costes de la extinción perdería vigencia la política de *Last In First Out*, y la empresa retendrá a los

Tampoco parece muy clara su viabilidad técnica. Si el cheque se nutre con fondos acumulados a lo largo de la vida laboral del trabajador, tendremos que el joven que se incorpora al mercado de trabajo necesitará un plus de formación, cuando es lo cierto que, al no tener una carrera profesional a sus espaldas, tendrá el cheque a cero, y no podrá por tanto hacer uso de él. Contrariamente, el trabajador veterano que no requiera una especial formación para su trabajo, ya que la cualificación la posee ya por su experiencia profesional y por las acciones formativas ya realizadas, sí que tendrá el cheque disponible para una formación que no necesita.

7.6. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores desempleados

Finalmente, se modifica el apartado 1 de la disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de protección por desempleo, en relación con el programa de sustituir trabajadores que están formándose (con financiación pública) por trabajadores desempleados, beneficiarios de las prestaciones, pagando el empresario la diferencia entre la prestación por desempleo y los salarios que correspondan, más la totalidad de la cotización. En efecto, el párrafo tercero del apartado 4^a 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 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

trabajadores que mayor rendimiento le vayan a dar, ya sea por su productividad actual o por la esperada en el futuro. Este sistema supone, además, una buena solución para los despidos económicos, pues en una situación difícil para las cuentas de una empresa no le obliga a hacer desembolsos adicionales, dado que ya habrá pagado la indemnización a lo largo de toda la vida de la relación laboral. Igualmente, se liberan recursos que tendrían que ser provisionados para el pago de indemnizaciones, entregando determinadas cantidades a Fondos privados que realizarán actividades de producción de bienes y servicios financieros.

No obstante, también existen algunos inconvenientes, pues al eliminarse totalmente los costes marginales del despido la empresa no está soportando el coste social que éste tiene, por lo que despedirá en promedio más de lo óptimo, generando además una rotación excesiva. Por otra parte, el sistema es relativamente costoso para las empresas, pues mientras que en el sistema anterior, como en el español, sólo deben pagarse indemnizaciones en caso de que exista despido, en el sistema austriaco deben hacerse aportaciones constantes, por lo que el coste total a abonar a trabajadores despedidos es relativamente elevado. Por último, supone una socialización de los costes del despido entre todos los empresarios, y son los que no despiden o despiden poco los que subvencionan a los que despiden con más asiduidad. No obstante, este problema podría solventarse mediante un sistema de recargos de primas, como en las compañías de seguros.

formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. En este caso, los trabajadores podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo que desarrollen.

La citada 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 la reforma laboral de 2012, la adscripción es obligatoria para los trabajadores desempleados beneficiarios de las prestaciones por desempleo, imponiendo la obligación de aceptación de estos trabajos. ¿Cuál es el beneficio empresarial? La misma disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002, establece en su 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.

8. El nacimiento de un nuevo contrato estrella. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

8.1. La reforma de la contratación

En la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 (apartado III) se intenta desentrañar uno de los aspectos nucleares de la reforma, emparentado directamente con las promesas del Partido Popular antes de las elecciones generales, y muy polémica en el arbitrio de una de sus medidas más conocidas, el periodo de prueba de un año recogido en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.

La Exposición de Motivos, sin embargo, huye de estos aspectos polémicos, e insiste en que las medidas pretenden favorecer a aquellos que con mayor intensidad están sufriendo la crisis, los jóvenes desempleados y las Pymes.

Es un hecho en España la dualidad del mercado de trabajo, sesgada hacia la contratación temporal. El mismo Preámbulo de la norma nos ilustra con un dato significativo. Mantenemos una tasa de temporalidad de casi el 25%, muy superior a la de la Unión Europea de los 27, que es del 14%, 11 puntos inferior a la española.

Tras la reforma de 1994 se derogó la contratación temporal estructural, desapareciendo el RD 1989/1994, que propiciaba la generalización masiva de la contratación temporal como medida de fomento de empleo. En 1997 se deroga el contrato por lanzamiento de nueva actividad. En la actualidad, la contratación temporal, en términos jurídicos, se vería constreñida, salvo excepciones, a la contratación de duración determinada, que exige causalidad en la justificación de esta contratación, y acreditación de la coyunturalidad de la medida. La realidad y práctica del mercado laboral ha ido, sin embargo, por caminos diametralmente opuestos, generalizándose indiscriminadamente la contratación temporal a través de un uso abusivo del contrato de obra o servicio y del contrato eventual por circunstancias de la producción, en orden a evitar los miedos y presuntos perjuicios que parece provocar la contratación indefinida.

No obstante, el empeño del legislador por cambiar los mecanismos psicológicos del empresariado español, volcados hacia la contratación, es digno de mejor causa. En la actual reforma, se hace un enésimo intento, en nuestro criterio desigual, para invertir esta tendencia y acabar con la famosa dualidad del mercado de trabajo español. Hay un hecho evidente, y es que en los últimos años en torno al 90% de los contratos formalizados en España son contratos temporales, frente al 10% de contratos indefinidos. La búsqueda de una flexibilidad que la contratación indefinida no brinda, y un esquema productivo basado en la construcción, los servicios del turismo y la hostelería, que demandan la contratación temporal con mayor intensidad que la industria, explican estas cifras¹⁰⁴.

Las modalidades de contratación en España teóricamente son muy numerosas (en torno a treinta, que con sus diferentes modalidades de jornada, o conversiones puede llegar a setenta). En la realidad se utilizan con asiduidad cinco o seis, y

¹⁰⁴ Las cifras de paro y contratación a agosto de 2012 señalan lo siguiente: el paro se incrementó en 38.179 personas, lo que supone una subida del 0,83%, alcanzando el paro total la cifra de 4.6525.634 personas. Se firmaron sólo 4.680 contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores (representando el 21% de los indefinidos), lo que puede hacer pensar más en un efecto sustitución –los empresarios prefieren esta modalidad por sus ventajas económicas y lo eligen en lugar de hacer un contrato indefinido ordinario– que en que esta modalidad esté sirviendo para que los contratos indefinidos ganen terreno a los temporales. Desde que se aprobó la reforma laboral, sólo se han registrado 50.232 contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores, de los cuales un 50%, 24.273, se han realizado a jóvenes menores de 30 años. En Aragón, la cifra alcanza los 1.689 contratos (814 para menores de 30).

fundamentalmente el contrato de obra o servicio y el eventual por circunstancias de producción, de forma abusiva y tolerada, como se ha citado, y a menudo sin justificar adecuadamente la causa determinante. Se barajó seriamente, e incluso aparecía en el programa del partido en el gobierno, la existencia de un contrato único indefinido, con indemnizaciones muy bajas atendiendo a la antigüedad del trabajador y a la duración del contrato, y con restricciones sustanciales para calificar lo que en el Derecho comparado se tilda de “despido injusto”. La simplificación pretendida hubiera acabado con la dualidad entre contratación indefinida y temporal, puesto que las ventajas de ésta última se hubieran diluido, pero, posiblemente, hubiera tenido problemas de constitucionalidad muy serios.

8.2. La limitación del número de trabajadores

El artículo 4 de la Ley, en su capítulo II, regula este contrato. Su tramitación parlamentario le ha dotado de alguna precisión técnica que ha mejorado su texto.

En relación con este contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, arguye un dato meramente estadístico, y es que el 99,23% de las empresas españolas tienen cincuenta o menos trabajadores, según datos del Directorio Central de Empresas del INE. Consiguientemente, la reforma trata de facilitar la contratación de trabajadores por parte de estas empresas, escapándose a nuestro conocimiento, porqué, dado la insignificancia del número de empresas que quedan fuera de este ámbito en nuestra famélica estructura productiva, dominada por las micropymes, no se han extendido los beneficios de este contrato a la totalidad de las empresas. ¿Estamos condenando a las empresas de 50 o más trabajadores a abusar más de los mecanismos de la contratación temporal, una vez excluidos de los beneficios a la contratación indefinida? ¿O es que no precisan de este contrato?

Sabemos, en efecto, que sólo pueden acogerse a él las empresas con menos de 50 trabajadores. Es decir, superando el número de 49, decae el derecho de la empresa a utilizar este tipo de contrato. Estamos hablando de empresas, y, por tanto, el cómputo no se realizará por centro de trabajo o lugar de trabajo. Tampoco el criterio puede ser el de grupo empresarial. Parece indiferente también la naturaleza jurídica contractual de los contratos afectados. No se determinan criterios para su cómputo, y entendemos que no será relevante si los trabajadores de la empresa tienen concertado contratos de

duración determinada, a tiempo parcial, etc. La modalidad o duración de los contratos no se convierte en requisito, únicamente el número de trabajadores de la empresa.

Conociendo ya que este contrato está circunscrito a las empresas de menos de 50 trabajadores, no nos podíamos plantear con cuál es el criterio del cálculo. Si deberíamos ir al momento inmediatamente anterior a la contratación, o habría que ir a un promedio de plantilla en el ejercicio, o bien si a efectos del cálculo deberíamos acudir a alguno de los ya establecidos en otros procedimientos jurídicos laborales, como por ejemplo el del artículo 72.2 b) LET previsto para las elecciones de representantes de los trabajadores¹⁰⁵, o el del artículo 11 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de octubre¹⁰⁶, que desarrolla la Ley 32/2006, reguladora del sector de la construcción, ya viene resuelto en el apartado 8 del artículo 4 de la Ley que determina que el número de trabajadores a tener en cuenta es el del momento de la contratación. Tampoco parece que tenga trascendencia el hecho de que una empresa una vez efectuada la contratación supere los umbrales establecidos de 49 trabajadores.

Más dudas plantea el hecho si para el cómputo deben incluirse los trabajadores procedentes de contratos de puesta a disposición a través de una empresa de trabajo temporal. Faltaría una referencia expresa, como la del 38 de la Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos, que determina que deben incluirse en el 2% de discapacitados que deben tener las empresas de 50 o más trabajadores los que provengan de contratos de puesta a disposición de una empresa de trabajo temporal. Por otra parte, en lo que hace a la Ley 43/2006 (Sección I, Capítulo I), que juega como supletoria, no se realiza ninguna mención al respecto. Entendemos que la dicción legal literal “las empresas que tengan 50 o menos trabajadores” (según los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil), excluiría su cómputo¹⁰⁷, puesto que son trabajadores “cedidos” por la empresa de trabajo temporal, y tanto el salario, como el contrato laboral y las obligaciones en materia de Seguridad Social corren a cargo de

¹⁰⁵ Desarrollado por el artículo 9.4 del Real Decreto 1844/1994.

¹⁰⁶ Este artículo 11 desarrolla el artículo 4.4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, a los efectos del cómputo del cálculo del 30% de contratos por tiempo indefinido que deben tener las empresas que habitualmente tienen como actividad la de la construcción.

¹⁰⁷ Calderón Pastor, J., ya citado, que como argumento a favor de la inclusión ofrece la definición de empleador del artículo 1.2 LET, que establece que empresarios son todas las personas físicas y jurídicas que reciben la prestación de servicios ... así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

la empresa cedente, según disponen los artículos 1 y 12 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

En realidad, durante la tramitación parlamentaria como proyecto de ley se ha modificado el Preámbulo (apartado III, cuarto párrafo) para precisar que las empresas de 50 o menos trabajadores constituyen la mayoría del tejido productivo en España¹⁰⁸ y que albergan las diversas formas de organización empresarial que posibilita nuestro ordenamiento jurídico, entre las que destaca el trabajador autónomo y las diversas familias de la economía social¹⁰⁹, clarificando la posibilidad de que los autónomos, y sociedades o cooperativas laborales acudan a esta modalidad contractual, y reforzando el papel de estas figuras.

Este contrato debe hacerse por tiempo indefinido, a jornada completa y por escrito (la ausencia de su formalización por escrito sabemos que implica su presunción como contrato indefinido, en este caso ordinario).

Sorprende el criterio administrativo un tanto errático de admitir como indefinido a tiempo completo el contrato de fijo discontinuo¹¹⁰ a efectos de su formalización¹¹¹, cuando es lo cierto que un contrato a tiempo parcial indefinido suscrito con el 90% de la jornada anual equivalente a tiempo completo, no podría acogerse a esta modalidad de contratación.

En efecto, creemos que hubiera sido útil incluir alguna modalidad de contrato a tiempo parcial, el formalizado por tiempo indefinido, en este marco de ayudas del contrato de apoyo a los emprendedores, cuando es una constante la reivindicación de fomentar este tipo de contratos hasta los niveles medios europeos.

¹⁰⁸ La falta de rigor es notable porque las medidas de fomento van dirigidas a las empresas con menos de 50 trabajadores, no a las de 50 o menos, como el propio Preámbulo subraya en su párrafo quinto.

¹⁰⁹ En la enmienda 646 del PP se justifica la referencia especial a los autónomos y a las entidades de economía social en el interés mostrado por estas asociaciones en que se reflejaran las diversas formas de organización empresarial, si bien sus efectos son meramente programáticos o declarativos, ya que su sola inclusión en la Exposición de Motivos y la falta de concreción de facultades o derechos especiales en el articulado les priva de eficacia jurídica.

¹¹⁰ Benavides Vico, A., ya citado.

¹¹¹ Modelo de contrato clave 350.

8.3. La gran polémica. El periodo de prueba de los contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores

Su aspecto más polémico es sin duda el periodo de prueba de un año que se establece con carácter general, con independencia de la categoría profesional del trabajador, o de la complejidad de la tarea a desarrollar. Digamos que excepciona, con una validez jurídica dudosa, el artículo 14 LET, pero también lo que pudiera regularse en los convenios colectivos. Digamos también que se ha cuestionado seriamente la constitucionalidad de la medida, y así los sindicatos mayoritarios han pedido al Defensor del Pueblo que recurra, entre otras medidas, este precepto. También hay ya varias cuestiones de constitucionalidad planteadas por tribunales de justicia. Y es así que además contraviene flagrantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. La constitucionalidad de la medida a debate se fundamenta en el artículo 14 CE.

Es curioso que este artículo 4 LRMLL subraye el carácter jurídico laboral común de la regulación de este contrato, explicitando que se aplica lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción, se dice, de la regulación del periodo de prueba (artículo 4.3 de la Ley 3/2102).

En este contexto, fueron bastantes las voces, en el ámbito doctrinal y también social, que esperaron un cambio en la tramitación parlamentaria, que no se ha producido.¹¹² Si bien la legalidad de la medida es incuestionable (¿puede haber “lex contra legem”?), se ponía de manifiesto alguna dosis de inconstitucionalidad, que debiera reconducir a una duración a la baja en el trámite parlamentario.¹¹³

La jurisprudencia había atacado similares regulaciones de convenios colectivos, en base a la teoría del abuso de derecho y del fraude de ley.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 declaró inaplicable por abusivo el periodo de prueba establecido en el convenio en el caso de la extinción durante el mismo del contrato de un trabajador no cualificado.

¹¹² Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R. “Claves de la reforma laboral de 2012”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 183.

¹¹³ *Ibid.* Pág. 183

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, analizó la legalidad del periodo de prueba de duración de dos años establecida en el Convenio Colectivo de «Telefónica Publicidad e Información, SA» para el trabajador perteneciente a la categoría profesional “promotor de entrada”. El Tribunal Supremo establece el abuso de derecho de esta disposición, entendiendo que esta duración excesiva contraría la finalidad de la institución, y declarando la resolución habida en el periodo de prueba como despido improcedente.

Otra jurisprudencia ordinaria del Tribunal Supremo ha declarado nulos los periodos de prueba excesivos fijados en convenios colectivos, considerando que incurrían en un fraude de ley (STS de 15 de julio de 1994, respecto de un periodo de prueba de 3 años; STS de 20 de julio de 2011, ya citada, con relación a otro de un año).

Periodos indiferenciados de duración del periodo de prueba muy prolongados, prescindiendo de la categoría del trabajador, o de la complejidad de la prestación laboral, debían (creemos que deben) entenderse como injustificados, y, por tanto, nulos de pleno derecho.¹¹⁴

Acudir a mecanismos indirectos basados en el periodo de prueba para conseguir un despido libre y gratuito el primer año de contratación se nos antoja cauce espurio y dudosamente inconstitucional. De hecho, publicado el Real Decreto-ley 3/2012 se dio casi por hecha una modificación legal en la tramitación parlamentaria que no se ha producido. Deberemos estar por tanto a lo que determinen los tribunales, pero es claro que los mismos resultados pretendidos por el legislador podían haberse conseguido por otras vías más adecuadas, y por derecho, sin ocultamientos ni subterfugios. Así, podía haberse establecido un contrato extraordinario y coyuntural indefinido de fomento de empleo para pymes, sin indemnización por cese el primer año, o con indemnizaciones muy reducidas, progresivamente más altas en función de la antigüedad del contrato. Y ello sin necesidad de distorsionar el mecanismo del periodo de prueba hasta límites que suponen la desnaturalización de la institución.

¹¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de julio de 1994, 4 de marzo de 2008 y de 20 de julio de 2011.

Sí que es cierto que en la tramitación parlamentaria¹¹⁵ se ha incorporado una novedad que se nos antoja obvia, una mera puntualización técnica innecesaria, por estar ya establecida con carácter general en el artículo 14 LET¹¹⁶.. No podrá establecerse, se dice, un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. Ciertamente, aun cuando no se hubiera matizado en el artículo 4 este extremo, hubiéramos llegado a la misma conclusión jurídica por aplicación del citado artículo 14 LET.

Entendemos que no será posible a partir de esta regulación de la LRML que los convenios colectivos establezcan duraciones distintas para este contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, dado el carácter de derecho imperativo y de “ius cogens” de esta regulación, que consideramos indisponible para la negociación colectiva, en virtud de la jurisprudencia constitucional que sostiene la primacía de la Ley frente a lo dispuesto en los convenios colectivos (el principio de jerarquía del artículo 3 LET). Ahora bien, ¿sería factible eludir la expresión “en todo caso”, relativo a la duración de 12 meses del periodo de prueba mediante la negociación individual o lo pactado en el contrato de trabajo? ¿Podrían pactarse periodos inferiores o incluso la exoneración del mismo? Creemos que sí¹¹⁷, y no entenderíamos que el criterio de la Administración tributaria o laboral pudiera denegar las deducciones fiscales y bonificaciones sociales previstas, so pretexto de la desnaturalización del contrato por las partes, dado que en nada entorpece a los intereses públicos este pacto. Otras opiniones, sin embargo, entienden que la expresión “en todo caso” parecen significar que la voluntad de las partes, también la plasmada en contrato, no puede afectar a su duración, con lo que la “voluntas auctoritatis” parece ser contraria a que se trate de una cuestión susceptible de transacción.¹¹⁸

Por otra parte, merece un estudio independiente, por su rigor jurídico, la doctrina emanada en esta materia por el Consell de Garanties Estatutàries de Cataluña a

¹¹⁵ Enmienda núm. 651 del Grupo Parlamentario Popular

¹¹⁶ Pues es lo cierto que el artículo 4.3 de la Ley excepciona la aplicación general de la LET, pero sólo en cuanto a la duración del periodo de prueba.

¹¹⁷ En ese sentido opina también Calderón Pastor, Javier, en el Portal jurídico electrónico de Lex Nova, de 19 de julio de 2012.

¹¹⁸ Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R. “Claves de la reforma laboral de 2012”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 183.

propósito de la constitucionalidad y adecuación al Estatuto de Autonomía de Cataluña del Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.¹¹⁹ Comienza por constatar que el apartado 3 del artículo 4 RDL 3/2012 se refiere al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y se incluye dentro del capítulo II sobre el Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo. Los solicitantes argumentaban que este precepto, al ampliar a un año el periodo de prueba de los contratos previsto en el artículo 14 ET, podría vulnerar el derecho al trabajo (artículo 35 CE), “en tanto que después de un año permite no renovar el contrato sin necesidad de indemnización, o lo que es lo mismo, despedir sin causa justificada y de forma gratuita”. Por otra parte, consideran que esta misma regulación “podría producir una vulneración explícita del artículo 4 del Convenio número 158 OIT de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo [...]”, que exige una causa justificada para poner fin a una relación de trabajo, razón por la cual, afirman, “se vulneraría también lo establecido en los artículos 10.2 y 96.1 CE”. El Dictamen citado centra su atención en la falta de diferenciación de la duración del periodo de prueba que el artículo 4.3 RDL 3/2012 establece, sin distinguir en ningún momento entre trabajadores que tengan una determinada calificación profesional y trabajadores que no la tengan. Sobre este particular se debe mencionar que, de acuerdo con el artículo 14.1 ET, con carácter general, los límites de la duración del periodo de prueba se fijan en los convenios colectivos. En ausencia de pacto respecto de esta duración, el propio precepto prescribe un límite temporal en función de un doble criterio: 6 meses para los trabajadores titulados y 2 meses para el resto de trabajadores (3 meses, en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores). En el ámbito de los estados de nuestro entorno conviene destacar que la regulación también responde a un criterio similar al hasta ahora existente: una duración del periodo de prueba que no supera los 6 meses y la diferenciación en razón de la cualificación profesional del trabajador para determinar el límite temporal concreto del periodo¹²⁰. En

¹¹⁹ Dictamen 5/2012, de 3 de abril, en relación con la solicitud de dictamen presentada el 6 de marzo de 2012 por los Grupos parlamentarios Socialista, de Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa y de Esquerra Republicana de Catalunya y por el Subgrupo parlamentario de Solidaritat Catalana per la Independència, y con la solicitud por más de una décima parte de los diputados del Parlamento de Cataluña, del Grupo parlamentario de Convergència i Unió, que fueron objeto de acumulación por el Consell en un solo dictamen.

¹²⁰ Así, en Francia se establece una duración máxima de 2 meses para los obreros; 3 meses para los técnicos y 4 meses para los «cuadros» profesionales (art. L. 1221-19 del Código de trabajo). En Italia, el periodo máximo es de 6 meses (art. 10 Ley 604-1996, de 15 julio, sobre normas de despido individual); en Portugal 90 días para el conjunto de los trabajadores, 180 días para los trabajadores que

general, en el derecho comparado, la duración del periodo de prueba de estos contratos laborales es breve y, cuando hay una diferencia de duración entre diferentes supuestos, se justifica mediante el tipo de tarea que realiza el trabajador.¹²¹

Deberíamos ir a la teleología o finalidad del periodo de prueba, que 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.”¹²²

Sería interesante reseñar también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en esta materia¹²³, que ha subrayado que la discriminación prohibida por el artículo 14 del Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, no solo incluye el trato diferente sin justificación objetiva de situaciones de hecho que son iguales; sino que también prevé como supuesto de discriminación el tratamiento normativo que no admite la distinción de situaciones de hecho diferentes. Es lo que se califica como “*discriminación por indiferenciación*” en la que el TEDH ha afirmado que:”El Tribunal, hasta el momento, ha dictaminado la violación del derecho garantizado por el artículo 14 de no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Convenio cuando los Estados tratan de manera diferente sin justificación objetiva y razonable a las personas que se encuentran en situaciones análogas (Sentencia Inze citada, pág. 18, apdo. 41). Sin embargo, considera que no es la única faceta de la prohibición de cualquier discriminación enunciada por el artículo 14. El derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido en

ejerzan cargos de complejidad técnica o un elevado grado de responsabilidad, y 240 días para los trabajadores que ejerzan un cargo de dirección (Ley 7/2009, de 12 de febrero, que aprobó la revisión del Código de trabajo); y en Alemania, la duración máxima del periodo de prueba es de 6 meses y la resolución unilateral del contrato durante este periodo está sometida al requisito del preaviso de un mínimo de 2 semanas (art. 622.3 BGB [Código civil alemán]).

¹²¹ No obstante, hay que mencionar que en Francia, en el 2005, se estableció también un contrato muy próximo al que aquí nos ocupa (Ordonnance núm. 2005-893, de 2 de agosto de 2005, relativa al contrato de trabajo «nouvelles embauches»).

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo 5455/2011, de 20 de julio, Sala Social, FJ 2-

¹²³ Asimismo citada en el Dictamen citado del Consell de Garantías estatutarias de Cataluña, pág. 79.

discriminación se igualmente transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente en personas en situaciones sensiblemente diferentes.» (apdo. 44)¹²⁴ Por tanto, el TEDH determina que la garantía del derecho a no sufrir discriminación en la justificación de la razonabilidad de la disposición normativa, puede venir porque no establece diferencias entre dos situaciones de hecho análogas o bien por todo lo contrario.

Aunque El Tribunal Constitucional no ha llegado a admitir la denominada discriminación por indiferenciación como ámbito protegido por el artículo 14 CE¹²⁵, no ha excluido la obligación de justificar la razonabilidad de toda diferencia normativa afirmando que: “[...] lo que el artículo 14 de la CE impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares”.¹²⁶ El Tribunal Constitucional no recoge la teoría de la “discriminación por indiferenciación” pero sí la exigencia del cumplimiento del “*canon de razonabilidad*”, lo que obligaría a los tribunales a aplicarla en relación con otros preceptos constitucionales, como el tantas veces citado derecho al trabajo (artículo 35 CE), en el sentido que el periodo de prueba que han de superar los trabajadores tiene una finalidad, como es el acceso a la continuidad y la estabilidad en su puesto de trabajo.¹²⁷

Entendemos finalmente que, siguiendo a la jurisprudencia constitucional aportada, esta medida hubiera necesitado de una justificación sólida y un fin legítimo, sin que pueda considerarse como tal la protección de las pymes, que, por otra parte, abarcan la práctica totalidad del tejido empresarial (99,23%). Situaciones jurídicas diferentes no admiten un tratamiento jurídico de igualación, a tenor de la jurisprudencia

¹²⁴ La Sentencia del TEDH 6 de abril de 2000 (Gran Sala), caso Thlimmenos c. Grecia,

¹²⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, y 117/2006, de 24 de abril, FJ 2-

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, FJ 3.

¹²⁷ Como bien se encarga de señalar el Dictamen del Consell de Garantias Estatutaries de Cataluña citado, «la ampliación del periodo de prueba a «un año en todo caso», significa un aumento de 6 meses más para los trabajadores titulados y de 10 meses para el resto (9 meses para los de las empresas de menos de 25 trabajadores). Se trata de una ampliación temporal del periodo de prueba que podría suponer una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo que garantiza el derecho al trabajo (art. 35 CE; SSTC 125/1994, FJ 3 y 223/1992, FJ 3). Esta limitación, para ser aceptable en los términos que la jurisprudencia constitucional ha fijado, debería responder a una finalidad legítima».

comunitaria aportada, violentándose el principio de no discriminación laboral del artículo 14 CE.

No compartimos por tanto, otras tesis como la del Dictamen 5/2012, del “Consell” de Garantías Estatutarias de Cataluña que, una vez establecidas las premisas razonadas para determinar su posible no ajuste a la Constitución y al Estatuto de Autonomía catalán, da una pirueta jurídica para otorgar a la norma finalidades bastante implícitas u ocultas que legitimarían este tratamiento jurídico. Es cierto que el fomento del empleo a través de la contratación indefinida y la potenciación de la iniciativa empresarial responden a la finalidad de la norma, pero de ahí no puede extrapolarse que estemos ante un requisito para la consolidación del puesto de trabajo, “durante el cual se permite que el pequeño empresario pueda verificar la sostenibilidad económica de los puestos de trabajo creados al amparo del mencionado contrato”. Los incentivos fiscales y las bonificaciones arbitradas no pueden compensar en derecho la desnaturalización de la institución y su posible utilización abusiva por el empresario.

El hecho de que el artículo 4 de la Ley 3/2012 establezca una regulación objetivamente ventajosa para empresa (deducciones fiscales y bonificaciones en la Seguridad Social), para el trabajador (puede compatibilizar su salario con el 25% de las prestaciones de desempleo), y también facilitadora de la estabilidad en el empleo, no empece para que el mecanismo utilizado, el periodo de prueba, sea manifiestamente no idóneo, y, por tanto, sea a nuestro juicio inconstitucional por vulneración de los artículos 14 y 35 CE. Una regulación contractual extraordinaria, en función de la también extraordinaria situación de crisis económica y de desempleo estructural, no hubiera planteado tantos problemas jurídicos.¹²⁸

En Alemania, en los centros de trabajo de menos de 10 trabajadores, sabemos que el despido, salvo excepciones, es libre aunque indemnizable. Si la empresa tiene 10 o más trabajadores, o bien el despido se reconduce a las causas objetivas que conocemos en España (económicas, técnicas, etc.) o procede la readmisión del trabajador. El Tribunal Constitucional alemán ha considerado que esta diferencia de

¹²⁸ Sobre la constitucionalidad del periodo de prueba, vide. Gómez Abelleira, F.J. “La reforma laboral 2012. Editorial Lex Nova, pág. 61 y ss.

trato no es discriminatoria.¹²⁹ En España se podía haber optado por una solución, transitoria, para las empresas pequeñas, que hubiéramos preferido, con un umbral de trabajadores similar al de Alemania, y con un tratamiento diferenciado para la extinción contractual..

Empero, el legislador español ha preferido encauzar esta modalidad contractual privilegiada a través del llamado periodo de prueba, y con ello se ha hecho acreedor de una cierta falta de honestidad jurídica. De hecho, el práctica empresarial demuestra que el periodo de prueba reviste más importancia en las grandes empresas que en las pequeñas.

Al hilo de lo expuesto, podemos reflexionar de cuál sería la situación jurídica de los contratos formalizados bajo esta modalidad, y con rescisión unilateral por el empresario dentro del periodo de prueba de los 12 meses, pero en momento posterior a los plazos establecidos en los convenios colectivos de aplicación, si el Tribunal Constitucional declarase nulo el artículo 4.3 de la Ley, que establece este periodo único. ¿Pasarían a ser despidos improcedentes las resoluciones contractuales en periodo de prueba? Pensamos que más probablemente, a salvo de la caducidad de la acción, las resoluciones contractuales podrían ser despidos nulos por vulneración de los preceptos constitucionales vistos, con lo que las consecuencias para la seguridad jurídica de la contratación podrían ser demoledoras.

Ahora bien, estos criterios que sustentamos no debe cegar el entendimiento de negar que, en general, juega en contra el hecho de que la institución del periodo de prueba tiene una amplia tradición de liberalidad como instrumento de resolución libre de la relación laboral. La doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo recoge¹³⁰ que el periodo de prueba permite la libre resolución unilateral, por la sola y exclusiva voluntad de las partes, sin necesidad de exigencias especiales, con tal que el mismo esté vigente, ni de comunicaciones determinadas¹³¹ a no ser que vengan exigidas en convenio colectivo (por ejemplo, la exigencia de que sea por escrito), sin especificar su causa,

¹²⁹ Pose Vidal, Sara (Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña. Ponencia “las nuevas modalidades de contratación.” Novenas Jornadas laborales AEAL. Zaragoza, 3 y 4 de mayo de 2012.

¹³⁰ Siguiendo en este punto a Benavides Vico, A., Artículo en el portal electrónico de Lex Nova. 27 de julio de 2012

¹³¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2007, 12 de diciembre de 2008, 6 de febrero de 2009, 14 de mayo de 2009 y 23 de noviembre de 2009, entre otras muchas.

pues su motivación es meramente subjetiva, salvo que el motivo sea discriminatorio o vulnere cualquier otro derecho fundamental. Incluso en el supuesto presuntamente discriminatorio de resolución de la relación laboral en periodo de prueba de mujer embarazada, no se incluye la analogía de nulidad objetiva establecida para el despido, considerándose que no puede calificarse como nula si no existen motivos de discriminación, o si existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas.¹³²

También es cierto que determinadas relaciones laborales especiales, del artículo 2 LET, establecían ya elevados periodos de prueba. Así, la relación laboral especial de alta dirección, regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, establece en su artículo 5 un periodo de prueba de 9 meses.

En general, asistimos a una controversia doctrinal, pero también sindical y política sobre la verdadera naturaleza jurídica del contrato.¹³³ ¿Se trata de una modalización del contrato ordinario por tiempo indefinido? Más bien entendemos que estamos ante un contrato ambivalente o híbrido que contiene una primera parte temporal, un año, que despliega las virtualidades de los contratos temporales de fomento de empleo, y un contrato indefinido para el resto de la vigencia del mismo. Lo que ocurre es que esta primera parte o inicial se ha estructurado a través de una institución inadecuada, el periodo de prueba. La excepcionalidad de la situación resulta patente, cuando la propia Ley advierte que el régimen jurídico y los derechos y obligaciones concernidos serán los de la LET y lo que establezcan los convenios colectivos para el contrato por tiempo indefinido, salvo en lo relativo al periodo de prueba, excepcionado expresamente de su régimen jurídico laboral común.

Además, este periodo de prueba tan extenso creemos que propiciará un aumento de la litigiosidad cuando opere la resolución contractual, por razones diversas amparadas en la nulidad del despido (enfermedad, embarazo, reducciones de jornada, garantía de indemnidad, etc.), y también a causa de una jurisprudencia que se abrirá paso recelando de esta regulación, aun en el supuesto de que no declare nunca su inconstitucionalidad.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011.

¹³³ Calderón Pastor, J, *op. cit.*, Portal Jurídico de Lex Nova, de 19 de julio de 2012.

8.4. ¿Un contrato coyuntural?

En cualquier caso, este contrato no aspira –teóricamente- a perpetuarse en el ordenamiento jurídico español. Lo cierto es que en la tramitación parlamentaria, a semejanza de lo dispuesto para los límites de edad en el contrato para la formación y el aprendizaje, se ha incorporado un nuevo apartado dos en la disposición transitoria novena LRML, para que puedan realizarse contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento.

Lo que expone bien a las claras que el legislador considera la excepcionalidad de esta regulación, si bien relativamente, pues fijarse una tasa de desempleo inferior al 15 por cien para derogar esta medida, amén de innecesario por completo (en cualquier momento podría procederse a ello mediante una norma posterior con rango suficiente), indica una cierta dosis de ingenuidad (los más recalcitrantes podrían sustituir la palabra por “cinismo”). Estando España en unas tasas de paro en torno al 25%, necesitaríamos bajar en 10 puntos porcentuales el ratio de referencia, lo que significa, aplicando la Ley de Okun¹³⁴, un crecimiento del PIB del 21-25%, y al menos un periodo de 10 años, contemplando escenarios no creíbles, en la actualidad, de incrementos anuales del PIB del 5%. Ello es así porque para mantener el nivel de empleo, esta teoría sostiene que debe darse un ritmo de crecimiento anual del 3%, debiéndose crecer dos puntos adicionales cada año para rebajar en un punto la tasa de paro,

Pero es que hay más. La comparación de las curvas de desempleo y crecimiento del PIB muestra una pendiente considerablemente mayor para el caso de España.¹³⁵ Es decir, la materialización de la ley de Okun en España muestra que la tasa de empleo es más sensible al crecimiento económico que en el conjunto de Europa, y que nuestro

¹³⁴ La llamada ley de Okun, es una observación empírica que señala la correlación existente entre los cambios en la tasa de desempleo y el crecimiento de una economía. Fue propuesta en 1962 por el economista norteamericano Arthur Melvin Okun (1928-1980) en el artículo *"Potential GNP: Its Measurement and Significance"* Okun fue profesor en la Universidad de Yale y miembro del consejo de asesores económicos del Presidente Kennedy. Señaló que para mantener los niveles de empleo, una economía necesitaba crecer cada año entre el 2,6% y el 3%. Cualquier crecimiento inferior significaba un incremento del desempleo debido a la mejora de la productividad. La ley de Okun señala además, que una vez mantenido el nivel de empleo gracias al crecimiento del 3%, para conseguir disminuir el desempleo es necesario crecer dos puntos porcentuales por cada punto de desempleo que se quiera reducir.

¹³⁵ Becker Zuazua, Fernando. *El factor institucional en la crisis económica española*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núm. 2/2011, pág. 53 a 79.

modelo productivo requiere un mayor crecimiento para crear empleo. Ello se ha puesto de manifiesto en la reciente crisis económica. En España entre el año 2007 y el 2009, la tasa de paro se incrementó en 9,5 puntos porcentuales (pasó de poco más del 8% a más del 17,7%), mientras que el conjunto de la zona euro, también afectados por la crisis internacional, la tasa de paro se incrementó en 1,7 puntos porcentuales (desde el 7.5% hasta el 9.2%).¹³⁶

Las causas del enorme aumento del diferencial de desempleo en España frente a los países de la UE, puede obedecer a dos causas principalmente.

Primera, el singular modelo productivo de la economía española, sustentado en sectores de escaso valor añadido y baja productividad. Las actividades que responden a este modelo han generado elevados beneficios, fuerte creación de empleo y aumento de recaudación impositiva. Pero a su vez están mucho más expuestas a las situaciones de crisis, por cuanto expulsan empleo con gran intensidad al ser este de baja calidad. En este sentido, al tratarse de una actividad económica en la que los contenidos tecnológicos son de escasa importancia, la precariedad del crecimiento está asegurada.

Segunda, ahí entraría el marco institucional, que también influye de manera decisiva en el funcionamiento del mercado de trabajo. Precisamente la Reforma laboral de 2012 arguye como motivos de dicha reforma el intento de cambiar este funcionamiento del mercado laboral.

8.5. Incentivos fiscales y bonificaciones sociales

Uno de los grandes alicientes de la suscripción de estos contratos son los beneficios fiscales y de cuotas a la Seguridad Social desplegados.

No obstante, ello no significa que el artículo 4 LRML esté limitado a determinados colectivos. Consideramos que cualquier trabajador puede ser contratado mediante esta modalidad contractual con independencia de su edad, sexo o situación en el desempleo (siempre por una empresa que tenga menos de 50 trabajadores). Ahora bien, si no está dentro de los colectivos que analizaremos a continuación, simplemente la empresa no tendrá acceso a las deducciones fiscales o a las bonificaciones en las

¹³⁶ Vid. <http://economy.blogs.ie.edu/archives/2012/03/ley-de-okun-espana-debe-crecer-un-28-para-reducir-su-tasa-de-paro.php>

cuotas de la Seguridad Social, o el trabajador no podrá complementar su salario con parte de la prestación del desempleo. Porque es a los colectivos descritos en el artículo 4 a los que se quiere limitar los beneficios regulados, cuya empleabilidad se busca prioritariamente. ¿Qué ventajas obtendrá entonces la empresa de la suscripción de este contrato con un trabajador no perteneciente a los colectivos ahí contemplados? Básicamente, la formalización de un periodo de prueba de un año, en cuyo plazo cabe, al margen de impugnaciones judiciales, el libre desistimiento de la relación laboral, sin alegar causa, y sin indemnización por cese.

De hecho, con la promulgación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, desaparecen la generalidad de las bonificaciones y subvenciones de ayuda a la contratación, quedando únicamente las contempladas en la Ley 3/2012, junto con algunas otras que el legislador ha querido salvar por la especial sensibilidad de los colectivos afectados. Es paradójico que se invoque para la supresión de las ayudas a la contratación, en la Exposición de Motivos de este Real Decreto-ley 20/2012, el cumplimiento de las recomendaciones de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, a fin de dirigir las bonificaciones a la contratación de colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo, y no se invoquen los motivos reales, a saber, que la supresión de estas ayudas suponen una reducción significativa de los gastos del Estado por transferencias a las empresas¹³⁷ (este es realmente el objetivo de la norma, la concreción de medidas para la eliminación de gastos). La constatación reiterada de más de treinta años de experiencias en las políticas de fomento de empleo indican que estas ayudas nunca han conseguido su objetivo primario de crear empleo “per se”, y sí de abaratar los costes de contratación del empresario, que previamente ya había adoptado la decisión de contratar con independencia de la subvención.¹³⁸

¹³⁷ CEOE cuantifica el ahorro en torno a mil millones de euros, en sus comentarios a las medidas sociolaborales adoptadas en el Real Decreto-ley 20/2012, publicados en su página web.

¹³⁸ La disposición transitoria sexta del Real Decreto-ley 20/2012 suprime el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por contratación, mantenimiento de empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas de la Seguridad y cuotas de recaudación conjunta que se estén aplicando en virtud de cualquier norma en vigor o derogada en que hubieren sido establecidas, con las excepciones de las previstas en el Real Decreto-ley 3/2012 (contrato de apoyo a los emprendedores, transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución por indefinidos, y las medidas de apoyo a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada), en la Ley 3/2012 (que añade las bonificaciones por

Estos contratos gozarán, dice la Ley 3/2012, de los incentivos fiscales contemplados en el artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), incorporando en este artículo los incentivos fiscales detallados “ex novo” en su precedente, el Real Decreto-ley 3/2012.¹³⁹

En realidad, la redacción del artículo 4.4 del Real Decreto-Ley 3/2012 era poco clara¹⁴⁰ y de la misma parecía inferirse que la deducción era aplicable en el IRPF y en el IS y que se trataba de una deducción en cuota e incluso era inaplicable por incompleta.

Pues bien, la Ley ya nos aclara las dudas planteadas y, en primer lugar, en su artículo 4.4 al regular los incentivos fiscales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, nos remite al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), y en concreto, a su artículo 43 (deducciones por creación de empleo).

Este artículo 43 (anteriormente sin contenido) se encuentra ubicado dentro de las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades, por lo que en virtud de lo establecido en el apartado 2 (deducciones en actividades económicas) del artículo 68 de la Ley del IRPF también es aplicable a contribuyentes del IRPF que realicen actividades económicas (es decir, empresarios individuales, y trabajadores autónomos).

Así, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, esto es, a partir del 12 de febrero de 2012, la disposición final decimoséptima

nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos), las destinadas a la contratación de discapacitados, de personas afectadas por la bacteria E-coli, y discapacitados de la ONCE, las previstas para víctimas del terrorismo y víctimas de violencia de género, y trabajadores en situación de exclusión social, de jóvenes que se constituyan como autónomos, y personas que sustituyen a víctimas de violencia de género y trabajadores en baja por maternidad.

¹³⁹ Enmienda del Congreso núm. 651 del PP (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, de 27 de abril de 2012). Modifica el artículo 4.4 del Real Decreto-ley remitiéndose en materia de incentivos fiscales al artículo 43 TRLIS, permitiendo una mejor técnica legislativa para su aplicación. Esta enmienda desarrolla también aspectos antes sin regular sobre la compatibilidad del salario con el 25% de la prestación de desempleo, exigiendo que se haya estado cobrando la prestación al menos 3 meses, estableciéndose plazos para la solicitud, articulándose el modo de consumo de la prestación, así como la ausencia de la obligación de cotizar por la Entidad Gestora y por el beneficiario por el 25% de la prestación de desempleo.

¹⁴⁰ Tal y como se corrobora en la página electrónica <http://www.fiscal-impuestos.com/indemnizaciones-por-despido-exentas-irpf-incentivos-fiscales-para-contratos-de-trabajo-indefinidos-apoyo-emprendedores.html>

de la Ley 3/2012 (LRML) modifica el artículo 43 TRLIS¹⁴¹ Esta retroactividad va a ser una constante en otros apartados de la norma (por ejemplo, en lo relativo al tratamiento fiscal de las indemnizaciones por despido, y viene derivada del juego de aplicación de dos normas casi idénticas promulgadas en un lapso muy breve.

Este precepto recoge las deducciones por creación de empleo. Las deducciones fiscales se refieren al primer trabajador contratado menor de 30 años, y a perceptores de prestaciones por desempleo.

8.5.1. Primer trabajador contratado menor de 30 años

Las entidades que contraten a su primer trabajador a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, tal y como se define en el artículo 4 de la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, que sea menor de 30 años, podrán deducir de la cuota íntegra la cantidad de 3.000 euros. Los requisitos, por tanto, son los siguientes:

- El contrato debe responder al de tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, definido en el artículo 4 LRML.
- El trabajador debe ser menor de 30 años.
- Lejos de la polémica inicial cuando se promulgó el Real Decreto-ley 3/2012, esta deducción sólo es aplicable a las empresas o trabajadores que contraten su primer trabajador por cuenta ajena, siempre que no sobrepase en dicho momento de la contratación la edad de 29 años. Por tanto, no se refiere al primer contrato de esas características que formalice la empresa, sino que está reservado únicamente para los emprendedores que, sin tener trabajadores a su cargo, deciden contratar su primer trabajador. Con lo que posiblemente, a bastantes empresas integradas en un grupo empresarial pueda ocurrírsele el “activar” una empresa que tuviera sin actividad, o el crear una nueva para contratar este primer

¹⁴¹ Enmienda en el Congreso núm. 647, del PP (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, de 27 de abril de 2012). En esta enmienda se aclara que la deducción de 3.000 euros para jóvenes menos de 30 años es únicamente para empresas que contraten a su primer trabajador a través de este contrato. Además, en relación con la deducción fiscal para trabajadores perceptores del desempleo (el 50% de la prestación por desempleo pendiente de percibir) aclara también que debe requerir un incremento neto de una unidad para cada trabajador respecto a la plantilla media total de los 12 meses anteriores.

trabajador y beneficiarse de esta deducción de 3.000 euros.¹⁴² Si se tratara de empresario individual, es decir, empresario persona física, o trabajador autónomo sin trabajadores por cuenta ajena a su cargo, lógicamente se aplican las normas equivalentes en el IRPF.

Por tanto, las empresas y autónomos que pretendan beneficiarse de esta medida, no deben tener ningún trabajador, formalizando la empresa su primer contrato de trabajo con un trabajador, que deberá tener menos de 30 años (pero entendemos que no es preciso que sea el primer contrato laboral del joven trabajador).

8.5.2. *Perceptores de la prestación de desempleo*

De forma compatible con la deducción anterior, las entidades que tengan una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento en que concierten contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, podrán deducir de la cuota íntegra el 50% del menor de los siguientes importes¹⁴³:

- El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación.
- El importe correspondiente a doce mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida.

Como novedad de la Ley en relación con su antecedente, el Real Decreto-ley, se establece lo siguiente: esta deducción resultará de aplicación respecto de aquellos contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar una plantilla de 50 trabajadores, y siempre que, en los doce meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca, respecto de cada trabajador, un incremento de la plantilla media total de la

¹⁴² En todo caso, parece una especie de “cuento de la lechera” u operación piramidal para que los trabajadores autónomos contraten su primer trabajador, procurando así la contratación de 900.000 nuevos trabajadores (hay en torno a tres millones de trabajadores autónomos en España, pero un porcentaje significativo lo constituyen familiares, y miembros de los consejos de administración de las sociedades capitalistas, cuya consideración a efectos de Seguridad Social no viene acompañada por su proyección para generar empleo). Se trataría de un intento de clonación de más micropymes, (si cada autónomo contrata a un trabajador, pueden crearse un millón de puestos de trabajo), intentando de paso desterrar la tendencia uniforme del empresariado español hacia la contratación temporal.

¹⁴³ La enmienda en el Senado núm. 571 del PP clarifica que la deducción del 50% será la menor de las cuantías siguientes: el importe de la prestación por desempleo pendiente de percibir en el momento de la contratación o el importe correspondiente a 12 mensualidades.

entidad en, al menos, una unidad¹⁴⁴ respecto a la existente en los doce meses anteriores. Con ello se quiere impedir que estas contrataciones bonificadas se efectúen a costa de amortizar plantilla. La plantilla media alcanzada con la nueva contratación debe mantenerse al menos durante los doce meses siguientes, para lo cual, suponemos, deberemos realizar una media aritmética de los doce meses anteriores a la contratación, y de los doce meses posteriores. Este requisito, además, es independiente del que se exige a la empresa de mantener durante tres años el puesto de trabajo.

Además, la aplicación de esta deducción estará condicionada a que el trabajador contratado hubiera percibido la prestación por desempleo durante, al menos, tres meses antes del inicio de la relación laboral. A estos efectos, el trabajador proporcionará a la entidad 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.

¿Cuándo se aplican estas deducciones? Se aplicarán en la cuota íntegra del periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba de un año exigido en el correspondiente tipo de contrato. Por tanto, se establece este compás de espera de un año para impedir que estas deducciones fiscales se apliquen en ese ejercicio y luego haya que devolverlas, por haber rescindido el contrato en periodo de prueba. Y ello porque estas deducciones estarán condicionadas al mantenimiento de esta relación laboral durante al menos tres años desde la fecha de su inicio. La consecuencia jurídica del incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados es la pérdida de la deducción, que se regularizará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137.3 TRLIS.

No obstante, no se entenderá incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga, una vez transcurrido el periodo de prueba, por causas objetivas o despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. “Sensu contrario”, antes de transcurrido el periodo de prueba no resulta en ningún caso de aplicación la deducción fiscal.

En relación con los empresarios individuales, normalmente trabajadores autónomos, que incorporen trabajadores en su explotación empresarial, sabemos que su

¹⁴⁴ Enmienda del Senado (Boletín Oficial del Congreso, de 27 de junio de 2012, pág. 109.

tributación será, no a través del TRLIS, sino mediante la Ley de Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), aprobada mediante Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

8.5.3. *Bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social:*

De forma compatible con los incentivos fiscales regulados en el artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, las contrataciones bajo esta modalidad contractual de desempleados inscritos en la Oficina de empleo darán derecho a las siguientes bonificaciones, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

- Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive. La empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).
- Mayores de 45 años. La empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años. Tras la tramitación parlamentaria¹⁴⁵ se ha eliminado el requisito de que el trabajador mayor de 45 años deba acreditar su inscripción en la Oficina de Empleo al menos durante 12 meses en los últimos 18 meses anteriores a la contratación. Ahora sólo se le exige su inscripción en la Oficina de Empleo.¹⁴⁶ Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

¹⁴⁵ Enmienda en el Congreso núm. 604, de UPN, que elimina el requisito de estar inscrito en la Oficina de Empleo en la Oficina de Empleo durante 12 meses en los 18 meses anteriores, justificada por ser el colectivo de los mayores de 45 años uno de los colectivos más castigados por el paro. En realidad, esta justificación valdría en la actualidad para cualquier colectivo (jóvenes, mujeres, discapacitados, etc.), salvo, si hemos de analizar los únicos colectivos históricamente excluidos de las bonificaciones para el empleo, los varones de 30 a 45 años.

¹⁴⁶ Posteriormente, la enmienda núm. 563 del Senado procedente del PP (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 27 de junio de 2012) modificando el último párrafo del Apartado III del Preámbulo para adaptarse al cambio legal operado en el Congreso.

Estas bonificaciones son compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

8.5.4. *Limitaciones y exclusiones*

Recordamos que para la aplicación de estos incentivos vinculados al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, la empresa debe cumplir, entre otras, las siguientes condiciones: mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral; mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se debe proceder al reintegro de los incentivos, que se regularizará en la forma establecida en el artículo 137.3 TRLIS¹⁴⁷.

También opera la exclusión para concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores en relación con la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo. Esta regulación amplía los supuestos de exclusión contemplados en el Real Decreto-ley 3/2012,¹⁴⁸ que afectaba sólo a las extinciones por despido objetivo improcedente declarado en sentencia judicial y por despido colectivo, con lo que otras modalidades extintivas improcedentes, tales como el despido disciplinario o el objetivo improcedente reconocido en conciliación, estaban fuera de la exclusión. Con la nueva redacción se excluirían todas las extinciones improcedentes, y

¹⁴⁷ Es decir, cuando con posterioridad a la aplicación de la deducción se produzca la pérdida del derecho a disfrutar de éste, el sujeto pasivo debe ingresar junto con la cuota del periodo impositivo en que tenga lugar el incumplimiento de los requisitos o condiciones, la cantidad deducida correspondiente a la deducción aplicada en periodos anteriores, además de los intereses de demora.

¹⁴⁸ La redacción de las exclusiones en el Real Decreto-ley 3/2012 estaban en consonancia con las exclusiones que ya existían en el contrato para el fomento de la contratación indefinida (disposición adicional primera de la Ley 12/2001, en la redacción dada por la Ley 35/2010, derogado por el propio Real Decreto-ley 3/2012).

cualquiera que fuera su momento de declaración judicial o de reconocimiento de la improcedencia.¹⁴⁹

“Sensu contrario” no será causa de exclusión haber procedido en ese periodo de 6 meses a formalizar despidos declarados procedentes. Pero, ¿qué ocurre con los despidos nulos? Parece de justicia que también debieran ser supuestos de exclusión, por asimilación a los improcedentes, y por tener una calificación jurídica más severa para el empleador. No obstante, en contra de esta tesis juega el que no hayan sido citados, y que si la finalidad de la norma es que no haya amortización indebida o “injusta” en los seis últimos meses, ello no ocurre en el despido nulo, en el que la consecuencia jurídica es la readmisión. En cualquier caso, parece que tampoco serán causa de exclusión los desistimientos empresariales en periodo de prueba. Un problema mayor se plantea con los despidos con justa causa descritos en el artículo 50 LET, y que con frecuencia han sido motivos de exclusión en los programas de fomento de empleo. No obstante opiniones contrarias,¹⁵⁰ estimamos que se trata de una omisión legal no deliberada y que razones de equidad aconsejan su afectación en los supuestos de exclusiones, no obstante referirse la LRML a las decisiones extintivas improcedentes de la empresa, no del trabajador. Evidentemente, tampoco son objeto de exclusión los supuestos expresamente calificados como de no incumplimiento por la Ley, tales como los despidos objetivos o disciplinarios reconocidos o declarados como procedentes, y las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores, o por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

¹⁴⁹ Por tanto, las extinciones por causas objetivas del artículo 52 LET afectarían no sólo a los despidos declarados improcedentes por sentencia judicial (tal y como establecía el Real Decreto-ley 3/2012), sino también a los despidos objetivos reconocidos como improcedentes por el empresario o en conciliación administrativa o judicial.

Tampoco podrían acogerse a este contrato de apoyo a los emprendedores las empresas que hubieren en los seis meses anteriores adoptado despidos disciplinarios improcedentes, reconocidos por el empresario en conciliación administrativa o judicial, o declarados mediante sentencia.

Del mismo modo, entendemos que los despidos colectivos deberán ser declarados improcedentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.11 de la Ley 36/2011, de Jurisdicción Social, que dispone que la sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. No bastará como causa de exclusión, tal y como señalaba el Real Decreto-ley 3/2012, el hecho de proceder a un despido colectivo, con independencia de las calificaciones jurídicas subsiguientes.

¹⁵⁰ Calderón Pastor, Javier, ya citado.

¿Cómo se computa el plazo de los seis meses? El “dies ad quem” es claro que es el día previsto para la celebración del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. El “dies a quo” no está regulado y podría ser el de la fecha del despido, o el de la fecha de la sentencia que declare la improcedencia del despido, o la fecha en que se produzca la conciliación administrativa o judicial, reconociéndose la improcedencia. Adoptar decisiones extintivas improcedentes nos lleva a adoptar el criterio de la fecha del despido, con todo lo que conlleva de inseguridad jurídica, al estar al albur de las vicisitudes posteriores de dicha declaración extintiva. Hablamos de la fecha del despido, y no la del preaviso en los despidos objetivos, que no tendría relevancia alguna.

Los despidos realizados anteriormente al plazo de los seis meses, aunque después se reconozca o declare su improcedencia, no afectaría a la posibilidad de contratar. Pero si la celebración del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se celebra entre la fecha del despido y la del reconocimiento o declaración de su improcedencia, corremos el riesgo serio de convertir este contrato en uno indefinido ordinario, con la consiguiente devolución de las deducciones fiscales y bonificaciones en Seguridad Social que viniera disfrutando.¹⁵¹ Es posible que esta inseguridad jurídica haga que se posponga la celebración de estos contratos hasta que haya sentencia judicial firme, con lo que el plazo de los seis meses se incrementará de hecho, y, por los propios plazos de resoluciones judiciales, es factible que entre la fecha de despido y la fecha de la sentencia judicial hayan transcurrido ya los seis meses de espera para la celebración del contrato.

Si el plazo de seis meses lo referenciamos al despido colectivo, éste debe computarse desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial, con independencia de la fecha en que el empresario notifique, en su caso, individualmente los despidos a los afectados¹⁵². El artículo 124.6º de la Ley de Jurisdicción Social fija en dicha fecha el plazo inicial para el cómputo de la caducidad de 20 días hábiles para poder impugnar la decisión empresarial por los representantes legales de los trabajadores. Además, el artículo 51.2 “in fine” LET establece que si se hubiera

¹⁵¹ Gómez Abelleira, F.J., *Reforma Laboral 2012*, Editorial Lex Nova, 2012, pág. 57.

¹⁵² En la enmienda transaccional núm. 4, a las enmiendas 389 (CIU) y 619 (PP) se deja claro que la notificación de los despidos individualmente a los trabajadores afectados es sólo una posibilidad, no es ya una obligación.

alcanzado acuerdo, el empresario trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final del despido colectivo que se haya adoptado y las condiciones del mismo.

Ahora bien, la flexibilidad y tolerancia siguen siendo notables, y casi se trata de que no se sustituya al mismo trabajador u otro de función equivalente.

Así, solo computan para los puestos de trabajo del mismo grupo profesional y del mismo centro de trabajo, y siempre que la extinción fuera posterior al 8 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley. Con ello, no afecta a las extinciones anteriores al 8 de julio de 2012, tampoco a las posteriores al 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012) y anteriores a aquélla, con lo que se modifica el tenor del propio Real Decreto-ley 3/2012.

En relación con la limitación a la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional, debemos recordar que, tal y como prescribe la nueva redacción de los artículos 22 y 39 LET, desaparecen las categorías profesional y será el grupo profesional el que articule el sistema de clasificación profesional. Con ello se quiere eludir la rigidez del antiguo sistema de categorías profesionales, pero a efectos de acogerse a la modalidad contractual estudiada afectaría a los puestos de trabajo incluidos en el grupo profesional, de inclusividad mayor que el de categoría profesional. No obstante, como en el artículo 22.4 LET se prevé que por acuerdo entre empresario y trabajador se asignará a éste a un grupo profesional, y se establecerá como contenido de la prestación laboral la realización de todas las funciones de ese grupo o solamente algunas de ellas, es posible que esa asignación parcial sea la que limite la posibilidad de contratar posteriormente mediante la figura del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.

También se limita la posibilidad de contratar a las extinciones improcedentes producidas en el mismo centro de trabajo, referenciándose por tanto a la unidad física concreta de la prestación de trabajo, y no al conjunto de la empresa. Recordemos que en

la definición del artículo 1.5 LET es la unidad productiva con organización específica dada de alta ante la autoridad laboral.¹⁵³

8.5.5. *La compatibilidad entre trabajo y prestación de desempleo*

Otra novedad interesante, también pergeñada en la reforma laboral del Código de Trabajo portugués, es que el trabajador contratado bajo esta modalidad que hubiera percibido, a fecha de celebración del contrato, prestaciones por desempleo de nivel contributivo durante, al menos, tres meses, podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 % de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y que estuviera pendiente de percibir.

La redacción definitiva dada en la Ley 3/2012 desarrolla y pormenoriza cuestiones que estaban confusas en el Real Decreto-ley 3/2012, bien por falta de regulación, bien por regulación defectuosa o poco precisa. Así, establece plazos para la solicitud de compatibilidad y aclara las situaciones administrativas que se deducen de esa compatibilidad respecto de las prestaciones pendientes, cuando se inicie una posterior situación legal de desempleo.

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.

La compatibilidad se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. 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 % del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo. Esta cuestión mejora notablemente la redacción anterior del Real Decreto-ley 3/2012, cuyo criterio parecía

¹⁵³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2009, recogiendo otra anterior de 17 de septiembre de 2004 han glosado y analizado las características de lo que debe entenderse por centro de trabajo. Deben tenerse en cuenta también lo dispuesto en la Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril, sobre comunicación de apertura de los centros de trabajo, y la Resolución de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social de 11 de abril de 2006, sobre el Libro de Visitas.

decantarse porque el consumo de la prestación se consideraba que se producía por meses completos.

La entidad gestora y el beneficiario estarán exentos durante la percepción del 25% de la prestación compatibilizada, de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación.¹⁵⁴

¿Cuál es la finalidad de esta posibilidad, novedosa en el ordenamiento jurídico español, de compatibilizar salario y prestación por desempleo? Creemos que la de estimular la aceptación por el trabajador de ofertas de trabajo con niveles salariales bajos, en un contexto socioeconómico de descuelgues salariales por las empresas, y de deflación de los costes laborales. Si el trabajador puede completar su salario con el porcentaje del 25% de la prestación de desempleo, el Estado se ahorra el 75% de la prestación de ese trabajador, incrementará además sus ingresos con las cotizaciones que genere la contratación, y propiciará que las empresas puedan ajustar sus costes de producción, en este caso los salariales, para ser competitivos en un escenario de demanda débil, y con una renta disponible menguante. El incentivo pretende además inducir al trabajador a aceptar trabajos con salarios inferiores a la prestación por desempleo, evitando la economía sumergida, que cifras estimativas consideran que puede alcanzar el 30% del PIB.

8.5.6. *Consideraciones críticas*

El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores tiene su talón de Aquiles en su apuesta más arriesgada: la consideración de un periodo de prueba único de 12 meses. Creemos que forzando la naturaleza jurídica de la institución ha querido implantar de forma indirecta la aspiración tantas veces invocada de establecer un único contrato indefinido, con causas de despido laxas que se reconducirían a las objetivas (también las que procedieran de un despido “injusto” o improcedente) e indemnizaciones por cese bajas, y progresivamente crecientes en función de su antigüedad en la relación laboral.

¹⁵⁴ Es de aplicación lo establecido en los artículos 212.1.d) y 213.1.d) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Pero en lugar de recurrir a esta vía, ciertamente arriesgada y rompedora de los esquemas actuales iuslaboralistas, se ha considerado que este papel podría asumirlo, o suplirlo, el periodo de prueba. Con la regulación que ha quedado plasmada finalmente, se contraviene la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la materia, por lo que, a expensas de un vuelco radical de dicha jurisprudencia (que tampoco es descartable) planteará problemas jurídicos serios en su aplicación en los Tribunales, y es posible que, tarde o temprano, el precepto sea declarado inconstitucional. Debió haberse previsto una medida excepcional de empleo, y, en base a la consolidación de la estabilidad en el empleo demandada, arbitrar un contrato indefinido con una indemnización muy reducida o inexistente, pero causal, en el primer año de contrato, o incluso en un periodo temporal más amplio. No se ha hecho así, y el tiempo determinará la razón jurídica.

¿Cabe abuso de derecho o fraude de ley en la aplicación de este contrato? En principio, la rotación de un mismo trabajador en la misma empresa, aprovechando el amplio periodo de prueba establecido, utilizando este mecanismo contractual como un mero contrato temporal, estaría prohibida, por la propia prescripción del artículo 14 LET, reforzada en el artículo 4.3 LRML, que establece que no procede el periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. Pero sí cabrá, es evidente, la utilización masiva de esta modalidad contractual como contrato temporal con diferentes trabajadores, y siempre con el límite de un año, umbral para solicitar las bonificaciones previstas, de acuerdo con la acertada modificación operada en la tramitación parlamentaria.

Por otro lado, parece probable que la resolución del contrato a instancia empresarial en periodo de prueba aumentará las demandas de despido nulo (enfermedad, embarazo, reducción de jornada, indemnidad, afiliación sindical, etc.), precisamente para evitar los objetivos de la Ley, la posibilidad de una resolución empresarial sin coste y sin causa en el primer año del contrato.

¿Merece la pena con la actual regulación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, la concertación por el empresario de las modalidades temporales “clásicas”? Veamos por ejemplo la contratación del fijo de obra en el sector de la construcción, adaptación para este sector del contrato por obra o servicio determinado,

que sabemos está regulado en el V Convenio colectivo del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012).

La flexibilidad del contrato fijo de obra es mayúscula, puesto que permite en su artículo 24.3, manteniéndose el carácter de único contrato, que el trabajador pueda prestar servicios para la misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia, y hasta el plazo de 3 años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá del propio término, y ello contando con el consentimiento expreso de las partes para cada uno de los centros sucesivos. A cambio de esta flexibilidad, la indemnización por cese es alta, ya que consiste en un 7% de los salarios de las tablas del convenio devengados, lo que supone el equivalente a 25 o 26 días por año de servicio¹⁵⁵.

Podemos promover la reflexión sobre si el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores puede desplazar a los actuales contratos de fijo de obra. Veamos algunos de los argumentos para sostener esta tesis:

- La flexibilidad de este contrato de apoyo a los emprendedores es también indudable. Al tratarse de un contrato indefinido, se puede trasladar geográficamente al trabajador, si hay causa justificada, sin sujetarse a los límites de la misma provincia y del plazo de los tres años del contrato fijo de obra, con el abono que corresponda de los suplidos y dietas.
- La contratación por periodos inferiores a un año no conllevaría indemnización por despido, frente al 7% del contrato fijo de obra.
- La contratación por periodos superiores a un año, si existiese alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que prevén los artículos 51 y 52 LET para los despidos colectivos y objetivos (con la gran flexibilidad que para el empresario ha supuesto esta última modificación legislativa) supondría una indemnización por despido de 20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades, todavía inferior a un 7% del contrato fijo de obra (sin límite además de mensualidades), que supone como hemos visto 25,5 días por año de servicio.

¹⁵⁵ 25 días entre 365 días, resulta un coeficiente de 6,84.

- La concertación de este contrato indefinido con los requisitos legales establecidos, conlleva atractivos incentivos fiscales y de Seguridad Social.
- Finalmente, en empresas de menos de 25 trabajadores, en los contratos indefinidos extinguidos mediante despidos objetivos y colectivos procedentes (artículo 51 y 52 LET), el Fondo de Garantía Salarial abona al trabajador una parte de la indemnización equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año. El empresario puede así abonar al trabajador una indemnización inferior, cuantificada en 12 días por año de servicio.

Con todo ello, el empresario de la construcción en este caso, pudiendo extrapolarse el análisis al empresario de cualquier sector productivo que utilice habitualmente contratos de obra o servicio o eventuales por circunstancias de la producción¹⁵⁶, debería al menos reflexionar sobre los costes de la contratación en ambos supuestos y en las ventajas e inconvenientes que plantean dichos contratos.

9. Un vuelco a la estructura de la negociación colectiva

9.1. Cuestiones generales

Uno de los énfasis de más reiteración de la reforma laboral aprobada es el empeño en priorizar el nivel de empresa en la negociación colectiva. Ya era una reclamación de instituciones nacionales como el Banco de España, e incluso internacionales como el Fondo Monetario Internacional o la Comisión europea, que demandaban esta modificación de la estructura de la negociación colectiva y que la anterior gran reforma, la de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, no se atrevió a culminar. No obstante, la persistencia de la crisis económica y el redoble de los llamamientos hacia una liberalización de la estructura negocial hizo que se promulgara el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que ya expresamente reconocía las disfuncionalidades de la estructura de la negociación colectiva española, y que apuntaba al favorecimiento de “una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica”. No

¹⁵⁶ Cuya indemnización por cese será de 12 días por año de servicio en 2015.

obstante considerar que la nueva redacción del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores debía fijar una prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre un convenio de ámbito sectorial en relación con determinadas materias¹⁵⁷. utilizaba una fórmula moderada y gradual, que respetaba los recelos de algunos sectores productivos¹⁵⁸.

Era lo cierto que esta prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, se producía “salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios”, con lo que lo hacía depender de la propia voluntad de los convenios de ámbito superior, y de la estructura que se dieran por los negociadores de ámbito estatal o autonómico.

Esta descentralización matizada, contenida, es la que rompe la reforma laboral de 2012. Así, la anterior reforma del mercado trabajo, la del Real Decreto-ley 7/2011, sólo ha tenido una vida efímera de ocho meses. Nunca gustó ni a algunos juristas, ni a los economistas, tan caros a diseñar las reformas laborales en términos macroeconómicos, ni a las instituciones o mercados que condicionaban nuestra emisión de la deuda soberana. Y así, el Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012 reconoce que la anterior reforma “también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. No obstante, añade, “la efectiva descentralización de la negociación colectiva se ha dejado en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa”. En conclusión, diagnosticado el error, se

¹⁵⁷ Proseguía su Exposición de Motivos que “Son éstas las que se identifican como más cercanas a la realidad de las empresas, y en las que, en mayor medida, encuentra justificación una regulación particularizada, en aras de conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven. Con todo, este conjunto de materias no tiene carácter exhaustivo, sino que serán los acuerdos y convenios que fijen la estructura de la negociación colectiva los que puedan identificar otras materias, distintas de las expresadas, susceptibles de ser incluidas en los convenios de empresa.”

¹⁵⁸ Incluyendo también a la representación empresarial de algunos sectores, como la construcción, que veían como deseable una articulación jerárquica y unitaria de las condiciones de trabajo que fortaleciera las unidades de negociación sectoriales frente a una atomización de la negociación de los convenios que deslegitimara las organizaciones sociales de ámbito superior. Eran partidarios de la producción de convenios generales estatales de obligado cumplimiento para los de ámbito inferior

concluye que debe imponerse 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”.

De esta manera, el apartado 2 del artículo 84 LET se modifica de nuevo, (¡en menos de un año!), socavando la necesaria permanencia y fijeza de la norma, pero convencido el legislador que no debe condicionarse a la voluntad convencional la efectiva descentralización de la negociación colectiva.

La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tiene siempre, con esta reforma, prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en una serie de materias, que se constituyen en las más importantes, dejando a salvo la jornada, que sin embargo también podrá descentralizarse, eso sí, mediante los convenios sectoriales o acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

Las materias en las que tendrá prioridad aplicativa los convenios de empresa son las siguientes: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2

Se añade que igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, que son mencionadas en el artículo 87.1 LET.

El legislador es incluso receloso con la posibilidad de que los sindicatos y organizaciones empresariales de ámbito superior intenten recuperar su primacía en el

diseño de la estructura negocial, y, de forma incuestionable, remacha que los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere este artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista, con lo que subraya, por si hubiera dudas en el juego de aplicación de los principios de la norma laboral, la imperatividad de esta disposición frente a lo dispuesto en los convenios colectivos, “pudiendo negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior”.¹⁵⁹

9.2. El principio de competencia: la ley versus el convenio colectivo. El ejemplo del V Convenio General del sector de la Construcción

Una cuestión suscitada con motivo de la promulgación del DLRML era si la Ley puede en esta materia inmiscuirse en la articulación de competencias que promuevan los convenios colectivos, y, aun más, si puede prohibir regulaciones distintas.

Otra cuestión adicional, todavía más enconada, sería analizar si son válidas las cláusulas de los convenios colectivos cuya entrada en vigor se adelanta a la de la reforma laboral, y que al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 7/2011, privilegian el ámbito estatal en la distribución de competencias.

Y, por fin, una tercera cuestión debería analizar si, habiendo discrepancias en las regulaciones de la normativa estatal y del convenio de aplicación, una empresa afectada por ese convenio colectivo, podría válidamente suscribir un convenio de empresa, contraviniendo así las disposiciones de su propio convenio, que reserva las materias fundamentales al ámbito estatal.¹⁶⁰

Un ejemplo práctico de esta problemática jurídica la tenemos con el V Convenio General del sector de la construcción (en adelante, CGSC), firmado el 20 de enero de ese año, publicado en el BOE de 15 de marzo de 2012, y, y cuya entrada en vigor se produce el 1 de enero (artículo 7), surtiendo plenos efectos desde dicha fecha. Hay que

¹⁵⁹ Enmienda núm. 615 del PP del Congreso de 24 de mayo de 2012, que aclara y remacha la prevalencia del convenio de empresa aun cuando un convenio de ámbito superior esté vigente y disponga una estructura que privilegie la prioridad de estos convenios superiores.

¹⁶⁰ Así el V Convenio General del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012) fue firmado el 20 de enero de ese año, y su entrada en vigor se produce el 1 de enero (artículo 7), surtiendo plenos efectos desde dicha fecha. Hay que saber que la propia Dirección General de Empleo demoró la publicación del citado Convenio General, y, a requerimiento de las organizaciones firmantes, que se interesaron por esa inactividad administrativa, se dijo que el artículo 12 CGSC no se ajustaba a la nueva redacción del artículo 84 LET.

saber que la propia Dirección General de Empleo demoró la publicación del citado Convenio General, y, a requerimiento de las organizaciones firmantes, que se interesaron por esa inactividad administrativa, se dijo que el artículo 12 CGSC (estructura de la negociación colectiva) no se ajustaba a la nueva redacción del artículo 84 LET.

Los hechos fueron los siguientes:

- El 23 de enero de 2012 se presenta en el Registro de Convenios Colectivos para su inscripción y publicación, el V Convenio General del sector de la Construcción, aprobado por Acta de la Comisión Negociadora de 20 de enero de 2012.
- Con fecha 7 de febrero, una vez transcurrido el plazo máximo establecido en el artículo 90.3 LET, se acordó por las partes firmantes de la Comisión Negociadora, proceder a una corrección de errores del texto, en el que, entre otros extremos, se retrotraía la entrada en vigor del CGSC al 1 de enero de 2012, solicitando a la Autoridad Laboral la publicación del acta y texto.
- El 8 de febrero, la Dirección General de Empleo requirió la subsanación de varios aspectos formales del Convenio, procediéndose a su contestación un día más tarde.
- El día 16 de febrero, se notifica nuevo escrito a la Comisión Negociadora del CGSC, en la que se requería una nueva subsanación, solicitando la modificación del artículo 12 del Convenio, para ajustarlo al Real Decreto-ley 3/2012.
- En efecto, en vista de que se demoraba la publicación del V Convenio General de la Construcción por las objeciones de la Dirección General de Empleo, se formularon por parte de la Comisión Negociadora de dicho Convenio General un pliego de alegaciones, contestando la Dirección General de Empleo, el 16 de febrero de 2011.¹⁶¹

¹⁶¹ Comunicando que, a propósito de la redacción de determinados artículos de dicho convenio, que en el artículo 12 del Convenio se regula sobre la articulación de la negociación colectiva, estableciendo en su apartado 1.a) lo siguiente: “Las materias contenidas en el presente Convenio tendrán prioridad aplicativa sobre cualesquiera otras disposiciones, salvo en aquellas en las que exista remisión a otros ámbitos de negociación. En estos supuestos habrá de estar al carácter, contenidos y alcance con que esté contemplada la remisión”; y en el apartado 1.b) se dice: “En aquellas materias en que así se establece expresamente, el presente Convenio tendrá carácter de norma exclusiva, en atención a su singular naturaleza. A estos efectos se enumeran a continuación las materias que no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando como aspectos reservados de forma exclusiva a la

- A este respecto, la Dirección General de Empleo subraya que durante la tramitación del expediente administrativo ha tenido lugar la modificación del artículo 84 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tras la entrada en vigor el pasado 12 de febrero del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de 2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (B.OE. del 11 de febrero)¹⁶². Lo expuesto, a juicio de la Administración laboral, ponía de manifiesto que el artículo 12 del Convenio, en los apartados señalados, no se ajustaba al vigente artículo 84 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- La Comisión Negociadora, en respuesta de 24 de febrero de 2012, alegó básicamente que el V CGSC fue suscrito el 20 de enero de 2012, vigente el artículo 84 LET, según redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y, por consiguiente, no se había publicado ni se hallaba vigente el Real Decreto-ley

negociación de ámbito estatal la totalidad de artículos comprendidos en el correspondiente Libro, Título y Capítulo siguientes”, a continuación se indican esas materias entre las que se encuentran por ejemplo las relativas a contratación, clasificación profesional, percepciones económicas, jornada anual, vacaciones anuales, etc. En el apartado 2 de este mismo artículo 12 se dispone: “... A tal fin establecen que los ámbitos inferiores al estatal se deberán remitir a este Convenio General en todas las materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio en el caso de que se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T.. Y todo ello dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio”. Y por último, en el apartado 5 se señala: “Los Convenios de ámbito provincial o, en su caso, autonómicos serán prevalentes y por lo tanto gozarán de prioridad aplicativa sobre los convenios de ámbito inferior, y ello respecto de las materias específicamente citadas anteriormente, y de las acordadas en su ámbito”.

¹⁶² Indicando la Administración que, tras la citada reforma, en el artículo 84 del ET se dispone:

“1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.

2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.

e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.

f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista.

3/2102, por lo que esta norma no puede ser tenida en cuenta en el control de legalidad, que debe referirse al momento de la firma, o, en su caso, de su registro. Lo contrario incurriría en una notable inseguridad jurídica, no pudiendo sujetarse a una normativa que entonces se desconocía. Tras argüir diversas consideraciones sobre la dilatación excesiva en los plazos de control de legalidad, considera que si tuviera la certeza de que se lesiona la legalidad vigente o el interés de tercero, no es la vía la dilatación de plazos (el plazo es de 20 días¹⁶³ según el artículo 90.3 LET), sino dirigirse de oficio al orden jurisdiccional social para que el órgano juzgador adopte las medidas que considere, previa audiencia de las partes, que no son sino la nulidad o la validez, total o parcial, de lo convenido (artículo 90.5 LET).

- Finalmente, la autoridad laboral competente ordenó la inscripción, registro y publicación del CGSC, que tuvo lugar mediante Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, siendo publicado en el BOE de 15 de marzo.

El artículo 14.3 del DLRMT modifica el artículo 84.2 LET y otorga al convenio de empresa prioridad aplicativa respecto al convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Además, como seguridad frente a acuerdos en convenios entre patronal y sindicatos establece que los convenios colectivos, cuando establezcan las reglas de concurrencia sobre estructura de la negociación colectiva (artículo 83.2 del ET) no podrán disponer de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Respecto de esta cuestión, creemos posible que una impugnación del contenido del CGSC¹⁶⁴ pudiera dar lugar a un pronunciamiento judicial que obligue a los negociadores del CGSC a reunirse de nuevo para cambiar la estructura de la negociación colectiva (artículo 11 y 12). En todo caso, así se establece en su artículo 9, al menos de forma indirecta, cuando establece que si la autoridad o jurisdicción competente no aprobara o resolviera dejar sin efecto algunas de las cláusulas del convenio, deberán reunirse en el plazo de 10 días hábiles para resolver el problema, y, en caso de desacuerdo, fijar el calendario de reuniones para la negociación del convenio en su totalidad. Ahora bien, es cierto que la Autoridad Laboral pudo, y no lo hizo, instar

¹⁶³ Enmienda núm. 616 del PP, aprobada en la Comisión de Empleo del Congreso de 24 de mayo de 2012.

¹⁶⁴ El anterior CGSC fue impugnado por los sindicatos nacionalistas gallego y vasco.

de oficio a la autoridad judicial la nulidad o invalidez del CGSC, por contravenir el artículo 14.3 DLRML. Por otra parte, el legislador establece la indisponibilidad de este principio de preferencia aplicativa de los convenios de empresa, y no salva ni excepciona como disposición transitoria los convenios colectivos vigentes a la entrada en vigor de la norma.

Sobre la interferencia de la Ley en las competencias de la negociación colectiva: A la primera cuestión en su momento planteada, parece que caben pocas dudas sobre la capacidad de una norma con carácter de ley para incidir en la estructura de la negociación colectiva.

No hay colisión entre la Ley y el Convenio, que ocupan campos distintos, El derecho a la negociación colectiva no supone que por vía de Convenio pueda limitarse o vincularse al legislador, sustrayéndole funciones que le son asignadas por la propia Constitución. Además, el Convenio colectivo tiene un marco de aplicación limitada, mientras que el legislador ha de proveer con carácter general, y partiendo de las circunstancias cambiantes puede modificar lo que estime responde a la atención de los intereses generales.¹⁶⁵

El respeto de la Ley y de los derechos de los demás, fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 CE, se impone también a la negociación colectiva.

Es necesario, en este apartado, recordar también la doctrina del Tribunal Constitucional, emanada de su Sentencia de 11 de junio de 1992¹⁶⁶, que da por un hecho incontrovertible la supeditación de los acuerdos adoptados en la negociación colectiva respecto de la legislación. Esta sentencia nace del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en relación con una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Y en la que se indica que “el artículo 37.1 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

¹⁶⁵ También los Autos de 13 de febrero y 14 de julio de 1985 han afirmado que ni el principio de igualdad ni el derecho de libertad sindical ni su contenido y el carácter y fuerza de los Convenios excluyen la posible primacía de la Ley sobre el Convenio Colectivo.

¹⁶⁶ Sentencia nº 92/1992 de Tribunal Constitucional, Pleno, 11 de Junio de 1992.

normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (STC 58/1985, fundamento jurídico 3º). 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, ...”.

Si son válidas las cláusulas de los convenios colectivos cuya entrada en vigor se adelanta a la de la reforma laboral: A la segunda cuestión, sobre si un convenio colectivo, en este caso, el Convenio General de la Construcción, puede relegar esta implantación general producida por la reforma del artículo 84 LET, en base a la autonomía colectiva reconocida en la Constitución, y, sobre todo, a su entrada en vigor, anticipada deliberadamente mediante acta de la Comisión Negociadora reseñando una corrección de errores en orden a adelantarse a la entrada en vigor de la reforma, máxime teniendo en cuenta que jurídicamente aplica derecho vigente (el Real Decreto-ley 7/2011), entendemos que la solución debe ser más matizada.

Cabrían dos fundamentaciones jurídicas diferenciadas: por una parte se puede mantener que ha quedado desplazado el Convenio General del Sector de la Construcción por una norma posterior y de derecho necesario; por otra que este intento de desplazamiento podría ser inconstitucional por afectar a la Ley Orgánica de Libertad Sindical y al Derecho a Negociación Colectiva contenido en la Constitución Española.

En cualquier caso, el legislador ha querido subrayar en el nuevo artículo 84.2 “in fine” que ni los acuerdos ni los convenios colectivos del artículo 83.2 LET podrán disponer de la prioridad aplicativa regulada, reforzando así su carácter imperativo, y la ausencia de posibilidad de modificar esta estructura mediante pacto colectivo en contrario o diferente. Ahora bien, también es cierto que el DLRML podía haber dado un plazo para que los convenios colectivos que en la fecha de entrada en vigor de la reforma tuvieran regulaciones diferentes se adaptaran a la actual regulación (como se ha hecho con las categorías profesionales), y, sin embargo, no se ha hecho así, con lo que se hubiera acabado el problema interpretativo. También podría haberse determinado que los convenios que contuvieran regulaciones diferentes, deberían entenderse sustituidas

por la regulación del artículo 84.2 LET, y tampoco se ha hecho así. Pero es lo cierto que la enmienda aprobada en la tramitación parlamentaria de la Ley, al establecer que los convenios de empresa pueden negociarse “en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior”¹⁶⁷, supone la pérdida de la fuerza de obligar de articulaciones de estructuras negociales que privilegien ámbitos de negociación distintos de la empresa.

Podría pensarse que hasta que no termine la vigencia de la negociación colectiva no existe obligación de acomodarse a la normativa legal. No obstante, este criterio violentaría la doctrina constitucional que refleja la sentencia 210/1990, del Tribunal Constitucional, Pleno, de 29 de diciembre de 1990, que considera que si una Ley dictada, vigente el Convenio Colectivo, provoca un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la cláusula "rebus sic stantibus", podría pedirse la rescisión del Convenio, pero en ningún caso pretender la postergación de la plena efectividad de la norma legal, contrariando así lo en ella decidido respecto a su aplicación en el tiempo.

El Tribunal Constitucional expone en esta sentencia que el derecho constitucional a la negociación colectiva no obliga necesariamente al legislador a posponer la entrada en vigor de la norma al momento de la terminación del periodo de vigencia de los convenios colectivos. Es cierto que la norma podría alterar el equilibrio interno del convenio, pero esta situación no puede tener como consecuencia la inaplicación de la Ley, sino, en todo caso, la inaplicación del convenio, dado el cambio del contexto legal en que aquél fue suscrito.¹⁶⁸

¿Podemos concluir que las reglas que constriñen la negociación colectiva en el ámbito de la empresa establecidas en convenios sectoriales anteriores a la publicación de la reforma han decaído, han perdido su fuerza jurídica, y que han sido desplazadas por las nuevas reglas, imperativas, de la reforma aprobada? Entendemos que sí, sin que haya que esperar a la finalización de la vigencia de dichos convenios, dado que el carácter de derecho necesario, su prohibición de que las partes puedan disponer sobre dichas reglas, y su estatuto de norma posterior del Real Decreto-ley 3/2012.

¹⁶⁷ Enmienda núm. 615 del PP, aprobada por la Comisión del Congreso de 24 de mayo de 2012.

¹⁶⁸ . García-Perrote Escartín, Ignacio, Mercader Uguina, Jesús R. *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto-ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Editorial Lex Nova, 2012.

Al menos, para la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta patente el reconocimiento de la primacía de la Ley sobre el Convenio colectivo incluso respecto de Convenios colectivos en curso de aplicación al tiempo de promulgarse la norma.¹⁶⁹

Si, habiendo discrepancias en las regulaciones de la normativa estatal y del convenio de aplicación, una empresa afectada por ese convenio colectivo, podría válidamente suscribir un convenio de empresa: Entendemos ya contestada la cuestión anteriormente, dado los términos contundentes de la regulación aprobada, máxime tras la modificación sufrida en su paso por el Congreso.¹⁷⁰ Por ello, se crearía un doble régimen jurídico en el que las empresas del sector que así lo hubieran decidido tendrían una regulación diferente, basada en el convenio de empresa¹⁷¹, al de las empresas que por no tener representación legal de los trabajadores, o por no tener dicha voluntad de negociar convenios de empresa, se acogieran a los términos de su convenio sectorial provincial, autonómico o estatal.

En síntesis, es lo cierto que el Convenio General de la Construcción fue firmado y registrado con anterioridad a la publicación de la reforma laboral de febrero de 2012. Pero también que posteriormente, y estando vigente el trámite administrativo de la publicación del CGSC, fue aprobada ya la reforma. De hecho, en el interregno de este expediente se incorpora una corrección de errores retrotrayendo la entrada en vigor del CGSC con la consecuencia, desconocemos si querida por las partes, de que aquél entrara en vigor antes de la norma estatal.

Es también verdad que la finalidad de la actuación administrativa no es la de homologar ni calificar el convenio, pues está el principio de la autonomía colectiva del artículo 37 CE, aunque sí la de establecer un control de mínimos de su legalidad. El depósito, registro y publicación son sus cometidos fundamentales. El registro tiene así

¹⁶⁹ El auto del TC de 4 de abril de 1984, ya rechazó que la aplicación preferente de una norma estatal frente a un pacto colectivo vigente, en beneficio de una parte, vulnere el principio de igualdad. Y poniendo en relación el artículo 28.1 CE con el artículo 37 CE, también ha afirmado dicho auto que el Convenio colectivo no es fuente única de las condiciones de trabajo, ni excluye el legítimo ejercicio del poder legislativo.

¹⁷⁰ La citada enmienda núm. 615, que establece “que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior.”

¹⁷¹ No necesariamente más favorable para los trabajadores, porque el convenio de ámbito superior a nuestro juicio ya no constituye norma mínima que debe ser mejorada a favor de los trabajadores por los convenios inferiores.

un carácter instrumental o vicario¹⁷² y no de homologación o calificación, que debe en todo caso circunscribirse a los aspectos más formales o evidentes (comprobar, por ejemplo, que figura el contenido mínimo de los convenios que regula la LET).

Con todo lo dicho, el legislador ha sido partidario en esta materia de eliminar eventuales desavenencias doctrinales o interpretaciones jurisprudenciales antitéticas sobre el juego de prevalencias previsto en el artículo 3 LET, relativo a las fuentes de la relación laboral, sobre el principio de jerarquía o de competencia, sobre el principio de norma más favorable o sobre los mínimos de derecho necesario. Quiere expresar radicalmente su apuesta hacia un cambio tajante del modelo de negociación colectiva, a favor del ámbito de empresa, tal y como se le había demandado desde 2010, de forma insistente por las instancias regulatorias nacionales e internacionales. Y así, tras la tramitación parlamentario parece claro que el convenio de empresa podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios de ámbito superior, amén de su prioridad aplicativa, ya consagrada en el texto inicial del DLMRL. Por tanto, parece ya indubitado que, con independencia de que consideremos o no que un convenio de ámbito superior al de empresa pueda válidamente estructurar la negociación colectiva de forma diferente a la de la reforma laboral, en el supuesto de que ya estuviera vigente el día 12 de febrero de 2012, ello no obsta para que cualquier empresa incluida en el ámbito de aplicación de ese convenio pueda legítimamente concertar convenios de empresa, que tendrán la prioridad aplicativa prevista respecto a las materias que ahí se reflejan.

Con ello, evidentemente se da un vuelco normativo en relación con la estructura, colisión y articulación de negociación colectiva. Los criterios básicos de la doctrina judicial sobre colisión de convenios habrán de decaer cuando se trate de negociar un convenio de empresa: tanto el criterio temporal del convenio posterior, que habría de aplicarse sobre el anterior (sentencia del Tribunal Central de Trabajo –STCT- de 26 de diciembre de 1986), como el criterio de norma más favorable (STCT de 7 de noviembre de 1981), como la regla supletoria que establecía que existiendo convenio anterior y de ámbito superior, la negociación de otro posterior y de ámbito inferior que colisionara

¹⁷² Sentencia 18/1982, del Tribunal Constitucional, Pleno, de 4 de mayo de 1982 (BOE de 18 de mayo de 1982), que establece que el registro debe desempeñar un papel instrumental destinado a facilitar la actividad de la Administración en orden a la delimitación y control de las actividades privadas y las relaciones externas de la Administración, aun cuando pueda tener aspectos estrictamente internos (conocimiento de datos de la negociación colectiva, por ejemplo).

con el primero, infringía la regla de concurrencia, siendo el convenio nulo (STCT de 8 de mayo de 1985).¹⁷³

10. Excavando más en la flexibilidad interna

10.1 La modificación sustancial de las condiciones de trabajo

El Derecho del Trabajo siempre ha admitido la posibilidad de que el contenido de la prestación laboral sufra modificaciones sustanciales en alguno de sus apartados, orillando la técnica civilista, y permitiendo que se hiciera al margen de la voluntad de los trabajadores. Su “ratio” es económica y obedece a la necesidad de dar cauce a las adaptaciones que precisan las empresas para acomodarse a las leyes del mercado. Se entiende además que con estos cambios se coadyuva a un mejor funcionamiento de la empresa, e incluso puede ser vital para su propia supervivencia. Es por ello que la Ley laboral otorga al empresario un poder unilateral de cambio.¹⁷⁴

No obstante, la concurrencia de otros intereses en juego, en particular el de los trabajadores afectados por esta modificación, ha hecho que el ordenamiento jurídico haya impuesto controles y condiciones a este “ius variandi” empresarial.¹⁷⁵

La reforma del artículo 41 LET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, aportó una doble perspectiva de análisis. De un lado, introdujo la facultad empresarial de modificación de las condiciones de trabajo de carácter contractual; de otro, abrió la posibilidad de que determinadas materias contenidas en convenio colectivo pudieran ser modificadas por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores durante su periodo de vigencia¹⁷⁶. La identificación del acuerdo modificativo del convenio se reveló como un “tertium genus” que llevó a exigir un procedimiento de aplicación analógica de las reglas relativas a la negociación de los convenios estatutarios, junto a los de los impropios o informales, a los que se consideró de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 41.4 LET para el caso de modificaciones contractuales colectivas.

¹⁷³ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 2010, Págs.. 181 y 182

¹⁷⁴ Vallejo Dacosta, R, *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, Consejo Económico y Social, 2002.

¹⁷⁵ Montoya Melgar, A., “Poder del empresario y movilidad laboral”, REDT, núm. 38, 1989, pág. 169.

¹⁷⁶ García Blasco, J., Prólogo de la monografía “*Modificaciones de las condiciones de trabajo*”, Vallejo Dacosta, R., Consejo Económico y Social, 2002.

La reforma de 1994 supuso también una redefinición de los poderes y facultades empresariales a las que se despoja de los límites tradicionales a favor de una judicialización de las relaciones laborales, sin que exista un verdadero control “ex ante” de la decisión empresarial, a favor de su reconocimiento como una manifestación del “ius variandi” empresarial, que ciertamente exigía unas causas y un procedimiento legitimador. Ya entonces se criticó la reforma por aumentar de forma exorbitante el poder directivo empresarial, desincentivar la negociación colectiva, y suprimirse las autorizaciones administrativas previas.¹⁷⁷

No cabe duda que un acuerdo modificativo de un convenio colectivo constituye una excepción al principio de prohibición de concurrencia “ex” artículo 84 LET. De ahí que se planteara ya con la reforma de 1994, “lege ferenda” la conveniencia de extraer del artículo 41 LET los aspectos relativos a la modificación del convenio colectivo¹⁷⁸, tal y como se ha hecho por fin en la reforma de 2012, si bien no siguiendo el criterio de configurar la modificación según las reglas garantistas del Título III LET,¹⁷⁹ sino a través de un procedimiento específico, y a la vez parcialmente común a las modificaciones sustanciales, funcionales o geográficas, contenido en el nuevo artículo 41.4 LET.

La complejidad innecesaria que acompañaba a la anterior redacción del artículo 41, se simplifica y clarifica de forma notable. Lo que se entiende por carácter individual o colectivo de las modificaciones ya no está sujeto a las múltiples interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de la anterior regulación¹⁸⁰,

En el fundamento IV de la Exposición de Motivos de la LRML, se vuelve a insistir en la agrupación de medidas que pretende, en su capítulo III, favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Tal y como decía ya el Preámbulo de la Ley 35/2010, pero con otras palabras, se defiende que “en un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, ...” “Este tipo de ajuste ha sido relevante en

¹⁷⁷ El Dictamen por el CES sobre el anteproyecto de la reforma no se aprobó por unanimidad, y los sindicatos UGT y CC.OO. elaboraron un voto particular.

¹⁷⁸ Vallejo Dacosta, R. “Modificaciones de las condiciones ...”, cit. pág. 42

¹⁷⁹ Como sostenía la profesora R. Vallejo en su tratado *cit.* “Modificación de las condiciones ...”

¹⁸⁰ Vallejo Dacosta, R. “Modificaciones de las condiciones ...”, cit. pág. 61 y ss., pág. 207 y ss.

los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo”. El objetivo es por tanto fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. En este sentido, se sigue el camino ya trazado por la reforma de 2010, pero intensificando y extendiendo la potestad del empresario de desvinculación de las condiciones pactadas previamente.

Las novedades de esta regulación son:

- La simplificación ya expuesta en cuanto a la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas.
- La inclusión de la cuantía salarial como manifestación principal de esta modificaciones.
- La inclusión de la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización.
- El hecho de que la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III del Estatuto de los Trabajadores se reconducen al apartado 3 artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores. Así, en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, no sólo del salario, sino del conjunto de las condiciones de trabajo. El objetivo declarado de la Ley es procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

10.1.1 La laxitud de las causas

Para que las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que se pretenden sean legítimas, deben seguir siendo causales. Deben obedecer a razones técnicas, económicas, organizativas o de producción. La novedad regulatoria estriba también en que se consideran tales las que estén “relacionadas” con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Con ello, se produce un cambio en la formulación de la hermenéutica de las causas.

Se suprimen las referencias de la legislación anterior¹⁸¹ que condicionaba las causas a que la adopción de las medidas propuestas contribuyeran a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favoreciera su situación competitiva en el mercado o una mejor respuesta de las exigencias de la demanda”.

Se intenta minimizar de nuevo los juicios de razonabilidad y de oportunidad de los tribunales de lo Social hacia criterios más laxos y hacia una mayor flexibilidad del entendimiento de la causa. “Relacionadas” alude a una correlación, no a una relación causa-efecto. ¿Bastaría cualquier tipo de relación, o más bien se exigirá una incidencia sustancial en dichos parámetros de competitividad, productividad, etc.?

Las causas son en todo caso más genéricas y se desvinculan de la finalidad exigida tradicionalmente. La ausencia de los anteriores componentes teleológicos da más libertad a la empresa.¹⁸² ¿Supondrá una inversión de la carga de la prueba? Veremos la evolución jurisprudencial, aun cuando estimamos que los jueces de lo Social serán reacios a dar carta blanca a cualquier circunstancia que vagamente haga alusión a la competitividad, productividad u organización del trabajo, y exigirán una incidencia más sustancial.

El legislador intenta evitar proyecciones de futuro de imposible prueba y valoración finalista (de igual modo que en los despidos objetivos) Pero sigue siendo una decisión que debe razonarse y justificarse, no puede ser arbitraria sino causal. Deben ser

¹⁸¹ La Sentencia de la Audiencia Nacional 45/2011, de 10 de marzo, que resuelve un caso planteado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2010 pero anterior a la de 2012, ya había declarado que la conversión del 10% del salario fijo en variable en un contexto de pérdidas económicas de la empresa es ajustado a derecho, porque la empresa agotó escrupulosamente el período de consultas y concurría causa económica suficiente. En la demanda de conflicto colectivo entablada, se pretendía la declaración de nulidad de la modificación sustancial consistente en la reducción del salario fijo al 90%, haciendo depender el abono del 10% restante a que la empresa no tenga pérdidas e introduciendo un bonus dependiente de la obtención de determinados beneficios empresariales. En el caso concreto, la minoración del salario en esos términos no situaba a los trabajadores en niveles salariales inferiores a los del convenio, sino que el 90% del fijo se situaba por encima del mínimo del convenio para cada categoría o grupo profesional. La Audiencia Nacional entiende acreditada la concurrencia de causa económica y productiva por haberse demostrado cumplidamente pérdidas sostenidas en la sucursal española de la empresa y en los dos últimos ejercicios en la totalidad de la empresa, así como una reducción significativa de la facturación empresarial, considerándose razonable y proporcionada la medida propuesta, aunque se extienda parte del riesgo empresarial a los trabajadores, porque dicho riesgo se relaciona con los resultados de la empresa, siendo mucho menos gravoso que la eventual aprobación de un ERE.

¹⁸² Sempere Navarro, A. Martín Jiménez, R. “Claves de la reforma laboral de 2012”, *cit.* pág. 199.

además probadas. “La exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el RDL 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo.”¹⁸³

“La nueva versión del art. 41.1 ET ha limitado, aun más, el nivel de exigencia de la versión precedente, que admitía la concurrencia de causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, ya que ahora el precepto se limita a exigir la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose como tales las que se relacionen con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa”¹⁸⁴.

Los criterios a tener en cuenta, según la nueva pero muy escasa jurisprudencia, establecen que “la respuesta deber ser positiva, porque se ha acreditado, sin que mediara controversia al respecto, que la empresa ha reducido sus ingresos y consecuentemente sus beneficios, que se mantienen positivos, entre 2009 y 2010, lo que acredita contundentemente, a nuestro juicio, la concurrencia de problemas generales de competitividad y productividad, que se han identificado precisamente, al menos, en el régimen retributivo de los servicios mencionados, puesto que se ha demostrado que las empresas de la competencia retribuyen servicios similares a precios inferiores”.¹⁸⁵

¹⁸³ Sentencia núm 61/2012, de 28 de mayo, de la Audiencia Nacional, que aplica ya la nueva reforma laboral de 2012

¹⁸⁴ Sentencia núm. 61/2012, de 28 de mayo, *cit.*

¹⁸⁵ Sentencia núm 61/2012, de 28 de mayo, de la Audiencia Nacional, *cit.*

10.1.2 Las manifestaciones reguladas. El “tabú” del salario

¿Cuáles son las manifestaciones de estas modificaciones sustanciales? El artículo 12 LRML, que modifica el artículo 41 LET, señala las relativas a jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo (añadida esta última en la Ley 35/2010). régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, y funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 LET.

Se introduce expresamente la cuantía salarial, y esa puede ser la primera novedad en cuanto a importancia, porque numerosa jurisprudencia, con alguna excepción reciente, venía rechazando la posibilidad de reducir la cuantía del salario a través de este proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.¹⁸⁶ Con todo, convertir un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa sigue precisando la formalización de un nuevo contrato, para lo que se requiere evidentemente acuerdo. El artículo 12.4 e) LET sigue manteniendo esta redacción: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de los dispuesto en la letra a del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión ...”

El hecho de introducir la cuantía salarial entre las causas que, con la naturaleza de “*numerus apertus*” constituyen las modificaciones sustanciales de trabajo es importante¹⁸⁷ porque el Tribunal Constitucional ha declarado que el salario en sí mismo constituye una parte esencial del convenio colectivo¹⁸⁸ y realmente significa otra manifestación de ese esfuerzo constante del legislador por facilitar la deflación o abaratamiento de salarios en orden a conseguir una productividad y competitividad

¹⁸⁶ Como ejemplo de estas excepciones, la Sentencia núm 61/2012, de 28 de mayo, de la Audiencia Nacional, *op. cit.* en la que Impugnándose la modificación sustancial, promovida por la empresa, en el régimen de retribuciones de guardias, atención a clientes y disponibilidad, se desestima la demanda, porque la empresa informó y aseguró la participación y consulta de la representación legal de los trabajadores en el período de consultas y acreditó que la medida tomada impulsará su competitividad y su productividad, mejorando su organización del trabajo.

¹⁸⁷ Que no tienen el carácter de “*numerus clausus*” es evidente ya que expresamente se dice en el artículo 41 LET que serán, “entre otras” ...,

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 225/2011, de 26 de noviembre, FJ 7º.

mayor, como alternativa a los despidos, que sabemos, puede ser otra manera, más traumática, de procurar competitividad a la empresa, adaptándose al volumen de actividad del mercado. Para ello debe “descabargar” uno de los “tabúes”· más señeros de la hermenéutica judicial. Los salarios no podían modificarse unilateralmente por el empresario, a la baja.

Hasta la fecha, estaba ciertamente la institución de la absorción y compensación, recogida en la generalidad de los convenios colectivos, pero su naturaleza jurídica era y es distinta y así el artículo 26.5 LET establece que “operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia”, es decir, que el empresario tiene la facultad de no aplicar el incremento retributivo que haya fijado el convenio colectivo a los trabajadores que ya vengán disfrutando de unos salarios superiores, y ello con las correcciones que los tribunales se han encargado de determinar en orden a que sólo pueden compensarse o absorberse conceptos retributivos homogéneos, es decir, que respondan a una misma causa remuneratoria¹⁸⁹.

Tampoco puede aseverarse que la modificación sustancial consistente en el “sistema de remuneración”, ya existente, fuera equivalente a la de la cuantía salarial, ya que hace más referencia a cambios en la estructura del salario o en el modo o procedimiento de su abono¹⁹⁰

10.1.3. La distinción entre modificaciones individuales y colectivas

Es capital también la modificación que se hace para distinguir las modificaciones sustanciales individuales y las colectivas. Se ha mejorado mucho técnicamente, aplicando el criterio filosófico de la “navaja de Occam”. Se ha simplificado, no ateniéndose la clasificación, como antes, a la fuente ordenante (convenio colectivo, pacto, decisión unilateral del empresario con efectos colectivos, etc.) en combinación con el número de trabajadores afectados, sino a un criterio únicamente cuantitativo, el del número de trabajadores afectados.

¹⁸⁹ En este sentido, es muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011.

¹⁹⁰ Sempere Navarro, A. y Martín Jiménez, R. “Claves de la reforma laboral 2012, cit.

Así, anteriormente eran en todo caso colectivas si afectaban a las condiciones reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral de los trabajadores de efectos colectivos, y a las modificaciones funcionales y de horario dirigidas a un número de trabajadores descrito en el artículo (antiguo) 41.2 LET.

En la actualidad, el criterio es sencillo, aunque técnicamente no nos podemos equivocar. Por un lado están las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos, o disfrutados por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Éstas serán siempre modificaciones sustanciales que se regularán por la vía del artículo 41 LET. A su vez, éstas serán individuales si no se alcanzan los umbrales señalados para las modificaciones colectivas en el periodo de referencia de 90 días: diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Por su parte, las modificaciones de convenio colectivo del Título III LET, es decir, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que afecten a lo regulado en convenios colectivos estatutarios, se reconducen por la vía del artículo 82.3 LET, requiriéndose más complejidad, con alcance temporal, y precisarán al menos inicialmente la existencia de acuerdo entre las partes. Ello es así por afectar directamente al principio de la fuerza vinculante de los convenios como expresión de la autonomía colectiva reconocida en el artículo 37 CE.

Sabemos que la jurisprudencia venía estableciendo que bajar salarios no era una modificación sustancial sino una novación contractual, por lo que precisaba acuerdo. Ahora deberemos distinguir. Si el salario que se quiere reducir es el acordado en contrato o pacto colectivo, pero difiere, por ser superior, del señalado como mínimo en el convenio colectivo estatutario de referencia, será una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 LET. Pero si lo que queremos es reducir un salario que es el fijado en un convenio colectivo del Título III LET, deberemos ir por la

vía más complejo de la desvinculación de las condiciones de trabajo del artículo 82.3 LET¹⁹¹.

Otras innovaciones de la Ley es que en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter individual, el preaviso a los trabajadores afectados y a sus representantes será de 15 días, frente a los 30 días que marcaba la legislación anterior.

En relación con las funciones, entendemos que debe seguir vigente el criterio de que puedan ir por esta vía del artículo 41 las modificaciones que trasciendan de lo establecido en el artículo 39 LET.

Son novedosas también las inclusiones de más causas de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización. Con ello, se modifica el artículo 41.3 LET para ampliar la relación de supuestos que dan lugar a la citada extinción contractual. Frente a las existentes (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos) se añaden el sistema de remuneración y la cuantía salarial, así como las funciones, cuando excedan de los límites del artículo 39 LET. Únicamente se excluyen los supuestos de modificación de los sistemas de trabajo y rendimiento. ¿Por qué se ha dejado éste únicamente? No entendemos la causa, y quizá se deba a una simple falta de coherencia o a un olvido del legislador.

10.1.4. La doble vía

Recordemos por tanto el doble procedimiento que recoge la LRML:

- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que afecten a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos, o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral de efectos colectivos (condiciones más beneficiosas): le corresponde la vía del artículo 41 LET, pudiendo ser individuales o colectivas. Éstas tendrán carácter temporal o permanente, dependiendo de lo que determine el empresario en la

¹⁹¹ Había dos tabúes clásicos en la línea jurisprudencial anterior: el salario y la jornada pactadas en convenio colectivo de eficacia general. Ambas instituciones pueden ser ahora objeto de modificación, que incluye evidentemente su empeoramiento para los trabajadores, a través de la vía del artículo 82.3 LET.

decisión formulada, o en su caso, en lo que se acuerde en el periodo de consultas..

- Las modificaciones de convenio colectivo del Título III LET se reconducen por la vía del artículo 82.3 LET. Tienen más complejidad en su procedimiento, por afectar al artículo 37 CE, deben precisar acuerdo, sus determinaciones son temporales, y, en caso de desacuerdo, hay que acudir a instancias externas a un laudo obligatorio.

10.1.5. El procedimiento

El procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo varían si son individuales o colectivas.

En el procedimiento previsto en las modificaciones individuales, el empresario debe realizar un preaviso de 15 días al trabajador o trabajadores concernidos, modificándose el artículo 41.3 LET para reducir este plazo, que antes era de 30 días. De nuevo, surge el empeño del legislador por acelerar los procesos de flexibilidad interna, a fin de acomodarlos rápidamente a las nuevas necesidades de las empresas. La decisión empresarial es unilateral y ejecutiva, no está sometida a consultas con los trabajadores afectados, a diferencia de la colectiva. El trabajador tiene una triple posibilidad de reacción frente a esta decisión empresarial:

- Impugnarla ante el juzgado de lo Social.
- Acatar la decisión y no recurrirla.
- Extinguir el contrato (con la excepción de que la modificación sustancial tenga como causa los sistemas de trabajo y rendimiento), recibiendo una indemnización de 20 días por año de trabajo, y un tope de 9 mensualidades.

El procedimiento de las modificaciones colectivas, ya articulado “ex novo” en lo sustancial en el artículo 41.4 LET por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, tiene la diferencia sustancial con la anterior, la necesidad de consulta.

Y así, sin perjuicio de posibles procedimientos específicos que articule la negociación colectiva¹⁹², la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo debe ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores¹⁹³ de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días¹⁹⁴. Estas consultas no deben ser un simple trámite. Deben tener -jurídicamente al menos- un contenido real y versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Si bien, la obligación, como se ve, es la de negociar de acuerdo con el principio de buena fe, no la de alcanzar necesariamente acuerdos. Si éste se produce, se conformará mediante la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si los hay, siempre que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

Proveniente de la reforma de la Ley 35/2010, la LRML prevé un sistema alternativo de consultas que se antoja de importancia capital por su repercusión práctica. Se trata de empresas que no tienen representación legal de los trabajadores, es decir, normalmente empresas de 10 o menos trabajadores, que representan más del 90% del tejido empresarial español. La Ley en este supuesto permite a los trabajadores que opten por uno de los siguientes sistemas: bien por atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o bien a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

La práctica profesional y la observación nos permiten asegurar que se está utilizando mayoritariamente la primera opción para los “descuelgues” salariales, que desde febrero de 2012 pueden extenderse al resto de las condiciones de trabajo. Esta

¹⁹² *Vide.* Artículos 14 a 17 del V Convenio colectivo del sector de la construcción, publicado en el BOE de 15 de marzo de 2012.

¹⁹³ La Ley permite también la intervención como interlocutores de las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

¹⁹⁴ Antes de la reforma de 2010, el periodo de consultas no podía ser inferior a 15 días.

posibilidad, largamente demandada por las empresas, parte de la convicción de la patronal que es más sencillo llegar a acuerdos con los propios trabajadores que con “delegados” externos representantes de los sindicatos mayoritarios.

En todos los casos, la designación debe realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. Pero entonces, ¿Con quién se formula la consulta? ¿Quiénes son los interlocutores? ¿Todos los trabajadores?

Los acuerdos de la comisión requieren el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario, por el principio de la reciprocidad o equivalencia de derechos, puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico (concesión a las demandas de los partidos nacionalistas) y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.¹⁹⁵

El empresario y la representación de los trabajadores pueden acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo. Siendo este procedimiento de mediación o arbitraje otro de los grandes objetivos de la norma, que sin duda deberá funcionar en el futuro, dado que en el presente no se está utilizando para esta vía. Es más, ni siquiera están articulados de forma efectiva las estructuras

¹⁹⁵ Por ejemplo, supongamos que un empresario del sector del Metal de la provincia de Zaragoza, pretende formalizar una desvinculación de las condiciones salariales del convenio colectivo de Industrias del Metal de la provincia de Zaragoza. La empresa no tiene ni delegados de personal ni Comité de Empresa. Se inicia periodo de consultas, y los trabajadores de la fábrica deciden democráticamente que les represente los sindicatos mayoritarios en el sector UGT y CC.OO. La empresa entonces tendrá la posibilidad de ser representada en las negociaciones al efecto, a su elección, o por la Federación de Empresarios del Metal de Zaragoza (FEMZ), o por la Confederación de Empresarios de Aragón (CREA), pero también por la Confederación de Empresarios de Zaragoza (CEZ) o por la CEPYME de Aragón, porque todas ellas son entidades a las que pertenece la empresa del Metal, directa o indirectamente, dado que la FEMZ estaría integrada a su vez en CEZ, CREA y CEPYME. Podría discutirse si sería requisito necesario para articular esta representación el que la empresa estuviese afiliada a la Federación del Metal. Entendemos que no, bastando la constancia de que la organización empresarial es representativa, ya que negocia con exclusividad el convenio colectivo del Metal, y además la exigencia de afiliación no se exige a la otra parte, la de los trabajadores.

territoriales de la Comisión Consultivas de Convenios Colectivos, que deben realizar estas funciones.

Así, en el periodo de consultas, y para la formalización de acuerdos, tendremos dos opciones distintas, dependiendo de si las empresas cuentan o no con representación de los trabajadores. En las empresas sin representación, a su vez, tendremos abierta una doble vía: El recurso a los sindicatos representativos (sindicalización de la consulta), o la comisión “ad hoc” de hasta tres miembros elegidos democráticamente, y que serán también de aplicación como veremos para articular el periodo de consulta de los despidos colectivos. Y ello con la posibilidad común de sustituir el periodo de consultas por un sistema de mediación o arbitraje.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas (económicas, técnicas, etc., basadas en razones de productividad y competitividad, de acuerdo con la Ley) y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Es decir, supuestos tasados y que se basan en la institución del fraude de ley o del abuso del derecho, que, como sabemos, hay que demostrarlos y no se presumen. Con lo que parece fuera de toda duda que los acuerdos que se lleguen en este sentido en el seno de la empresa serán más difícilmente atacables jurídicamente, si bien siempre primará el artículo 24.2 CE, no siendo posible esferas de impunidad frente a la tutela judicial. Ello nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que habrá que extremar el cuidado en el procedimiento seguido, ya que un déficit forma rituario, o la constatación de que no se ha elegido democráticamente la opción por los trabajadores, podría anular en sede judicial el descuelgue por vicios sustanciales¹⁹⁶. Y ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción y solicitar la rescisión del contrato con indemnización de 20 días por año de servicio y un máximo de nueve mensualidades.

¹⁹⁶ El artículo 17.1 del V Convenio General de la Construcción (BOE de 15 de marzo de 2012) establece que en los supuestos de ausencia de representantes de los trabajadores, se entiende atribuida a los sindicatos más representativos del sector, salvo que los trabajadores atribuyan su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 LET. Por tanto, se presume la “sindicalización” del periodo de consultas en las empresas sin representación de los trabajadores, salvo una actitud activa por parte de los trabajadores eligiendo una comisión “ad hoc”. Con ello, creemos se ha ido a una regulación convencional más estricta que la de la normativa estatal, que puede rozar con los principios de “ius cogens” de la regulación general.

El periodo de consultas no implica alcanzar acuerdos. En todo caso, se produzca acuerdo o sin él, la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo es notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surte efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación, acortándose sustancialmente los plazos para dotar de mayor celeridad a la ejecutividad de la decisión empresaria.¹⁹⁷ Contra esta decisión se puede obviamente recurrir, al ser modificación colectiva, en conflicto colectivo, y ello sin perjuicio de la acción individual, que deberá posponerse, en su caso, si se ha presentado también conflicto colectivo hasta su resolución.

10.1.6. El juicio de legalidad

Entonces, si en cualquier caso, haya acuerdo o no, prevalece la decisión empresarial, y es ejecutiva, podemos preguntarnos cuál es la virtualidad de alcanzar acuerdos con los trabajadores. La ventaja es clara. Si hay acuerdo con los trabajadores, se produce un “blindaje” a favor de la validez de la modificación, se presume que concurren las causas justificativas, y sólo puede impugnarse si ha mediado fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Con ello, ¿Se elimina el derecho a tutela judicial efectiva? Ha habido opiniones, ya desde la reforma laboral de 2010, que interpretaban dicha presunción de validez vulneraba la Constitución al privar del derecho de tutela judicial efectiva a los trabajadores. A este respecto, debemos recordar que esta presunción de legitimidad no es nueva y que ya la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Recurso de Casación núm. 1133/1998), de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999/1682)¹⁹⁸ estableció para un supuesto de modificación colectiva de condiciones de trabajo, que se impugnaba por contener presuntamente una discriminación salarial, siendo desestimado el recurso, que “bastaría para acreditar la razonable objetividad de los medios, la propia existencia del acuerdo otorgado”

¹⁹⁷ Frente al plazo de los 30 días que establecía la regulación anterior.

¹⁹⁸ Fundamento Jurídico tercero. 2 de la meritada Sentencia: “Por las razones antes mencionadas y por la misma argumentación, se desestima el motivo quinto del recurso, que alega infracción del art. 41 ET, en relación con el art. 138.5 LPL, y que pretende que se declaren injustificadas las condiciones establecidas en el acuerdo por «inexistencia de acreditación causal», de las circunstancias determinantes del cambio de condiciones. Baste por ello señalar la eficacia general que tiene el pacto litigioso, como antes se ha dicho, y la inexistencia en el relato histórico de dato alguno que permita deducir que las medidas adoptadas supongan regresividad o no resulten adecuadas a cánones de razonabilidad o ponderadas exigencias en la organización, competencia y productividad de la empresa. A falta en el relato histórico de hechos expresivos de la razonabilidad o de no contribución de las medidas adoptadas a los fines de facilitar una mayor competitividad de la empresa, bastaría para acreditar la razonable objetividad de los medios, la propia existencia del acuerdo otorgado no sólo por la mayoría sindical, sino también por el propio Comité Intercentros, así como la redacción del Preámbulo del acuerdo y del documento en que consta la declaración de un experto (folios 107 al 126), donde consta el informe del Hay Management Consultants.”

¿Vulnera la regulación vigente preceptos constitucionales? ¿Atenta contra el artículo 35 CE (derecho al trabajo), contra el artículo 37 CE (derecho a la negociación colectiva), contra el artículo 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), o contra su artículo 7 CE (función constitucional de los sindicatos)? Ciertamente la doctrina constitucional defiende el derecho a la estabilidad en el trabajo y la prohibición del despido sin causa como valores constitucionales. Referidos al artículo 35 CE,¹⁹⁹ entendemos no obstante que la reforma del artículo 12 LRML entra en el margen de disponibilidad del legislador y no atentaría en principio contra estos preceptos de la Carta Magna, aun cuando el juicio valorativo de la dimensión de la reforma pueda ser negativo.

En relación con los artículos 7 y 37, la doctrina constitucional reconoce la autonomía negocial, la fuerza vinculante de los convenios, y la función constitucional relevante de organizaciones sindicales y empresariales para la defensa de sus intereses.²⁰⁰ También aquí consideramos que forma parte del ámbito de decisión del legislador, y es una opción del mismo, al margen de la valoración política de las medidas adoptadas.

10.2. La desvinculación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo

Las dos principales modificaciones del denominado “descuelgue” respecto a la reforma de la Ley 35/2010 son a nuestro juicio dos: primera, que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, se realiza mediante una vía propia, conforme a lo establecido en el artículo 82.3 de la citada Ley; segunda, que esta desvinculación no sólo se refiere a las condiciones salariales sino a la generalidad de las condiciones de trabajo.

La reforma implica no sólo la posibilidad de descolgarse de los incrementos retributivos pactados sino de disminuir en términos reales la retribución en relación con las tablas del convenio.

¹⁹⁹ SSTC 22/1981, de 2 de julio (FJ nº 8), 125/1994, de 25 de Abril (FJ nº 3), y 223/1992, de 14 de diciembre (FJ nº 3).

²⁰⁰ STC 58/1985, de 30 de abril (FJ nº 3) y 98/1995, de 20 de junio (FJ nº 3).

El preámbulo de la Ley 3/2012 (Fundamento IV) establece al respecto que “..., en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultractividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.”

Añade que “la última reforma del mercado de trabajo (se refiere a la Ley 35/2010, pero también al Real Decreto-ley 7/2011)) pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno”. El legislador, por tanto, en la línea de los informes del FMI, se queja de que la regulación del descuelgue no está siendo aplicada por los empresarios. Y lo achaca a la necesidad de llegar a acuerdos con los trabajadores: “La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo”.

En un intento de superar barreras, “en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, esta Ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española.” Con lo que se establece un polémico arbitraje, cuyo desarrollo y articulación se encomienda a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, organismo que en principio no estaba diseñado para estos menesteres, y frente a posibles achaques de inconstitucionalidad (artículos 24, 37 y 28 CEC), contrapone otro precepto constitucional, el artículo 38 CE, que reconoce y defiende la productividad empresarial.

La vía del artículo 82.3 LET se utiliza por tanto para articular modificaciones de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario, de eficacia general. Veremos que para que prospere una modificación de esta vía se requerirá acuerdo con los trabajadores o bien deberá irse a una solución de mediación o arbitraje. No cabe decisión unilateral del empresario, no se trata de una manifestación más del “ius variandi” empresarial, como hemos estudiado en las modificaciones de las condiciones de trabajo del artículo 41 LET. Ello es así porque el artículo 14 de la Ley 3/2012 se titula “Negociación colectiva”, y en el artículo 37 CE se establece que la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios, con lo que permitir que el contrato colectivo suscrito, con la legitimación y eficacia que le marca la LET, se pudiera modificar de forma unilateral por una de las partes, sí que hubiera constituido una revolución normativa, y posiblemente vulneraría el artículo 37 de la Carta Magna. De hecho, el artículo 82.1 LET sigue estableciendo que 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. Y por eso el artículo 82.3 sigue estatuyendo como primera consideración que los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Obligan por tanto a ambas partes, con fuerza vinculante, dada su carácter de fuente de las relaciones laborales (artículo 3 LET).

Pero a renglón seguido se regulan las excepciones a esta fuerza de obligar, y para ello el legislador dedica ciertamente esfuerzos notables.

De nuevo la Ley exige para excepcionar lo dispuesto en un convenio colectivo la concurrencia conocida de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por tanto, debe ser causal.

La concurrencia de causas económicas se “objetiviza” en relación con la reforma de 2010, intentando de nuevo a nuestro juicio evitar una jurisprudencia que obstaculice la aplicación del precepto. Así, se dice se entenderá ésta cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de

ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior²⁰¹.

Con ello, se lanza un claro mensaje a los trabajadores, en el sentido de que la disminución de ingresos ordinarios o de ventas, es causa económica para instar una desvinculación del salario garantizado por convenio, o de otras condiciones de trabajo. Pero un trimestre más, es decir, tres trimestres, sería ya una causa económica para formalizar un despido objetivo o colectivo. Con ello, evidentemente los trabajadores pueden ser más proclives a aceptar la propuesta empresarial de descuelgue.

Se concreta más, y se deja menos margen a la discrecionalidad y leal saber y entender de los jueces en relación con la reforma de 2010 y del Real Decreto-ley 7/2011, y esta flexibilidad es mucho mayor en relación con la regulación anterior a esta última reforma. El artículo 82. 3, segundo párrafo, LET disponía que eran los convenios de ámbito superior a la empresa los que establecerían los procedimientos y las condiciones por los que no podría aplicarse el régimen salarial, exclusivamente, en una determinada empresa, atendiendo a que la estabilidad económica pudiera verse afectada negativamente. De este modo, el convenio de ámbito superior al empresarial limitaba su propia eficacia general estableciendo los criterios para la inaplicación salarial, atribuyendo esta potestad únicamente a los convenios de ámbito superior a la empresa, y sin que sus efectos pudieran extenderse más allá de lo estrictamente salarial (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de marzo de 1996, A. 484).²⁰²

En la actualidad, con la reforma aprobada, en relación con la anterior de la Ley 35/2010, y del Real Decreto-ley 7/2011:

²⁰¹ Enmienda núm. 614, del Grupo parlamentario Popular aprobada en la Comisión de Empleo y Seguridad Social de 24 de mayo de 2012. Introduce el carácter “ordinario” de la disminución persistente del nivel de ingresos, para evitar que enajenaciones de patrimonio o inmuebles en un ejercicio se traduzca inevitablemente en disminución de ingresos en el ejercicio siguiente. También se aclara que las comparaciones de dos trimestres consecutivos del nivel de ingresos o ventas se haga con el registrado en el mismo trimestre del año anterior, para objetivizar todavía más la comparación y evitar distorsiones entre trimestres.

²⁰² Palomeque López, M., y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009.

- Es posible desvincularse incluso del propio convenio de empresa, no sólo de los de ámbito superior.
- Tampoco se hace depender la inaplicación de la afectación negativa del nivel de empleo.
- Se añaden las ventas, y las previsiones de pérdidas.
- La desvinculación es de las condiciones de trabajo, no sólo del salario.

Con lo que entendemos que habrán de aportarse pruebas también objetivas, estudios de mercado solventes o auditorías contrastadas, sobre todo en relación con la previsión de pérdidas.. La clave es la situación económica negativa frente a la afectación negativa de la situación y perspectivas económicas de la regulación anterior. Ni siquiera, ya lo hemos comentado, se exige que esta situación económica negativa afecte a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo.²⁰³

En todo caso, se entiende que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos. ¿Desde cuándo se aplican los dos trimestres? Entendemos que desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012. También debemos tener en cuenta que dos trimestres no es lo mismo que 60 días, y ello viene ratificado por la enmienda aprobada en la tramitación parlamentaria en la que queda claro que debe compararse trimestre de un año con el mismo trimestre del año anterior. La advertencia implícita está ciertamente ahí: un trimestre más es causa de despido objetivo

En la Ley 35/2010, se regulaban las causas económicas estableciendo la disminución persistente del nivel de ingresos o que su situación o perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente, afectando a las posibilidades de empleo de la misma. En la reforma de 2012 se procede a la objetivación de las causas y se eliminan las referencias a futuribles. El legislador está molesto porque la anterior cláusula de descuelgue no ha tenido aplicación: “no parece que se haya avanzado significativamente...”).

La gran novedad es la extensión de la inaplicación de las condiciones de trabajo del convenio colectivo aplicable, sea de empresa o de sector, cuando en la regulación

²⁰³ Como sí disponía el anterior artículo 51.1 LET en relación con las causas económicas del despido colectivo, en la redacción dada por la Ley 35/2010, y se establecía también en el anterior artículo 82.3 LET.

anterior la inaplicación, como ya se ha mencionado, sólo se daba frente al convenio colectivo de ámbito superior; sólo podía afectar al régimen salarial, siendo las restantes materias modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 LET en las que no se incluía la cuantía salarial; la jornada estaba en todo caso excluida si se trataba de convenio de sector.

En efecto, ya no sólo se regula la desvinculación salarial, sino que se amplía a las materias fundamentales que son objeto de negociación en un convenio colectivo: jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley, y, como novedad respecto al listado del artículo 41 LET, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.²⁰⁴

A diferencia del régimen de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en este caso estamos ante materias que son “*numerus clausus*”, y que son las reseñadas en el artículo 41 LET más las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

También se reformula de forma más flexible y laxa las causas organizativas, y así se entienden causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción²⁰⁵, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Exige también un previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, que hemos contemplado como “*iter*” procedimental de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, para inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa.

²⁰⁴ De este modo, coincide con las materias que ya hemos visto para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, añadiéndose las citadas mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

²⁰⁵ Se añade como causa organizativa los cambios “en el modo de organizar la producción”.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 LET, pudiendo optar de nuevo los trabajadores entre acudir a la representación de los sindicatos mayoritarios o a articular su propia representación mediante la comisión “ad hoc” de los propios trabajadores, con un máximo de tres. Claro que el hecho de optar por esta segunda opción no obsta para que los propios trabajadores puedan recabar la presencia de expertos de los sindicatos con carácter de asistencia o de mero asesoramiento.

De igual modo que en la regulación del artículo 41, se presume válido el acuerdo concertado, y sólo puede ser impugnado por causas tasadas, remitiéndonos a los comentarios entonces formulados. Así, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presume que concurren las causas justificativas citadas, y sólo puede ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

El acuerdo es temporal porque supone una excepción a la fuerza vinculante de los convenios, a diferencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que puede ser permanente o indefinido. El acuerdo no puede ser oscuro o dejar a la indeterminación o a la voluntad futura del empresario las condiciones de la desvinculación. Debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa.

Nos remitimos también a lo expuesto en el análisis de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando determinábamos que no debemos confundir esta institución con la posibilidad que había anteriormente de absorber y compensar en base al artículo 26.5 LET y tampoco con las cláusulas que en los convenios colectivos de sector habilitaban para no aplicar en la empresa el incremento salarial pactado en dicho convenio sectorial si se daban las circunstancias que aparecían en ese clausulado convencional, como pérdidas de las empresas durante dos años consecutivos,

constatación de las mismas por la Comisión Paritaria del Convenio, etc.²⁰⁶ En la actual regulación hablamos ya de reducción salarial respecto de los salarios garantizados mediante convenio, no sólo de inaplicación de los incrementos retributivos pactados en el convenio firmado.

Podemos preguntarnos si el descuelgue -ahora ya de las condiciones de trabajo y no solo salarial- será aplicado también en la práctica para condiciones de trabajo que no son salarios, por ejemplo, para la jornada. Y si excesos de jornada sobre lo determinado por el convenio colectivo no tendrán incidencia en el resto de condiciones legales y convencionales, como el régimen de las horas extraordinarias, los calendarios laborales aprobados, los descansos semanales, o los horarios pactados.

Podemos preguntarnos también si propuesto un descuelgue salarial, éste puede afectar sólo a salarios futuros, o también debidos. Creyendo por nuestra parte que los salarios debidos son una deuda del empresario con el trabajador, y que éste no puede disponer válidamente sobre estos créditos (artículo 3.5 LET), cuestión diferente a los pactos que puedan llegar en cuanto a contraprestaciones futuras. Así opina también la Sentencia del TSJ Andalucía 847/2012, de 8 de marzo, que aplica ya el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, es decir, la reforma laboral de 2010.²⁰⁷

²⁰⁶ La Sentencia T.S.J. Andalucía 3355/2011, de 1 de diciembre, determina en un conflicto colectivo la no aplicación de la cláusula de descuelgue salarial prevista en el convenio, por no concurrir las circunstancias que el propio convenio determina, cual es la situación de pérdidas durante los dos años anteriores a aquél para el cual se solicita el descuelgue salarial.

²⁰⁷ En su fundamento jurídico único establece la imposibilidad de aplicación con efectos retroactivos del descuelgue salarial de un convenio colectivo: El descuelgue podrá aplicarse para la anualidad siguiente, con la duración de un año desde la aprobación de la medida, sobre salarios futuros y no sobre los percibidos por los trabajadores en años precedentes.

“Sobre la concreta cuestión de si lo dispuesto en esa norma puede o no aplicarse con efectos retroactivos, es decir, para un momento anterior a la solicitud de descuelgue, ya se ha pronunciado esta Sala en sendas sentencias, la primera de ellas de 1 de diciembre de 2011, y la segunda de 17 de enero de 2012, dictadas ambas en procedimiento de Única Instancia seguidos por Conflicto Colectivo. Igualmente, se ha pronunciado en idéntico sentido esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, en sentencia de 1 de diciembre de 2011, en la que se citaba otra dictada en el Rollo 2412/11. En todas ellas se niega la posibilidad mantenida ahora por el recurrente, descartándose que lo previsto en ese precepto convencional pueda aplicarse a ejercicios anteriores a la solicitud.

Hay que partir de que, como mantiene nuestra jurisprudencia, “En materia de interpretación de las cláusulas convencionales, se ha mantenido y reiterado la regla general según la cual “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual” (STS de 15 septiembre

También insistimos en que al ser una institución temporal en su aplicación y restrictiva de derechos de los trabajadores, la jurisprudencia será especialmente cuidadosa en el control de la legalidad, que se extremará allá donde más ámbito de actuación le permite la actual regulación, una vez restringida su capacidad de decidir en base a la razonabilidad de la medida y extremada la objetivación de las causas, es decir en la vigilancia de la garantía del procedimiento. Máxime teniendo en cuenta la jurisprudencia en la materia hasta la fecha, aplicativa del “pactum sunt servanda”, del convenio colectivo como fuente normativa (artículo 3.1 LET)²⁰⁸, y de que “el artículo 1256 del Código Civil prescribe taxativamente una cuestión apodíctica irrefragable y, además, repetundaria hasta la saciedad, cual es que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”²⁰⁹.

Se establecen cautelas en relación con el acuerdo de inaplicación para que no dé lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la

2009). Y de los términos del precepto no se deduce que la sentencia haya cometido ninguna de esas infracciones sino, por el contrario, que acertó cuando resolvió sobre la imposibilidad de aplicar el descuelgue con efecto retroactivo, ya que, como se indica en alguna de las sentencias antes citadas, las expectativas del mismo son de futuro por cuanto no pueden operar sobre salarios que han sido abonados en los años precedentes, según tablas salariales del Convenio, y aun admitiéndose la posibilidad de descuelgue -por darse los condicionamientos previstos en la norma- estos serán para la anualidad siguiente y con la duración indicada por ese precepto convencional, es decir, de un año desde la aprobación de la medida, acto que se configura con carácter constitutivo, con independencia de que se contemple la posibilidad de nueva autorización en la forma y procedimiento previsto en la misma norma, sobre la base de su aplicación a salarios “futuros” no pudiéndose acomodar, como es obvio, los percibidos por los trabajadores en años precedentes.”

²⁰⁸ La Sentencia 23/2003, de la Audiencia Nacional, de 12 de marzo de 2003, establece (FJ 2º) que “como en toda estructura binaria cual es una controversia, los argumentos que se esgrimen por las partes contendientes, en defensa de sus intereses respectivos, nunca confluyentes, tienen que desembocar necesariamente en un ejercicio de *sindéresis* por parte del juzgador de forma y manera que, finalmente, el derecho prevalezca como fanal de luz que alumbra en la oscuridad. La luz, pues, que directamente debe proyectarse sobre la cuestión en debate es la que dimana del Convenio Colectivo de aplicación *pactum habemus*, generadora (fuente) de derecho entre las partes según el artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, y, en concreto, los artículos paccionados 30,42, 80 y Disposición Transitoria 1ª en su relación con los arts. 82.3 y 85.3 del ET.”

En su FJ 5º dice que “la demandada no ha cumplido, consiguientemente, todas las fases y los plazos de la tramitación para el descolgamiento salarial, no habiendo habido, además, acuerdo final sobre el mismo o, en su defecto, autorización supletoria. Por lo tanto las remuneraciones que han de regir en la empresa demandada son, palmariamente, las que marca el repetido Convenio Colectivo. La Empresa pretende que las comunicaciones efectuadas a los representantes de los trabajadores y la remisión de la documentación a la Comisión Mixta le faculta, sin más, para efectuar el descolgamiento salarial. De ser así, se burlaría la fuerza jurídica de los convenios colectivos, dejando al arbitrio de las partes su cumplimiento, premisa ésta totalmente inaceptable en sede judicial, y máxime cuando, como sucede en el caso presente, no se trata solamente del incumplimiento de los plazos de tramitación del expediente, sino que, lo que puede ser peor, el procedimiento se encuentra paralizado, al parecer de manera indefinida, sin que haya habido obstruccionismo o malas artes achacables a la parte social.”

²⁰⁹ La Sentencia 23/2003 de la Audiencia Nacional, de 12 de marzo, *op. cit.* (FJ 4º)

eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Pero parece lógico que se hubiera extendido esta prohibición a cualquier trato discriminatorio no justificado. En cualquier caso, entendemos que serían nulas cualquier tipo de discriminaciones pactadas, que no sean legítimas y justificadas por una situación desigual que explique un tratamiento desigual.

También cabe preguntarse si caben desvinculaciones de las condiciones de trabajo selectivas, es decir, que no se aplique a la generalidad de la plantilla, o que se aplican de forma desigual. De nuevo, debemos concluir que éstas serán legítimas si están justificadas por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y no son discriminatorias.²¹⁰

Los acuerdos alcanzados deben ser notificados a la comisión paritaria del convenio colectivo, y el resultado de la inaplicación de condiciones de trabajo comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito. En el primer caso, se trataría de una indicación a los sindicatos representativos de ese sector o empresa para que puedan hacer las investigaciones oportunas con los trabajadores de la empresa concernida, y cerciorarse de la ausencia de coacción, dolo, engaño, o fraude en el acuerdo adoptado²¹¹. En el segundo caso, obedece a que la administración laboral sea conocedora de la desvinculación, y pueda incluso hacer tratamientos estadísticos, pero no utilice dicha información para ejercer actuaciones administrativas de control de la legalidad²¹². Esta comunicación a nuestro juicio debería articularse en un registro para que haga fe frente a terceros²¹³, y como principio de seguridad jurídica.

²¹⁰ Por ejemplo, si una empresa constructora quisiera desvincularse de los salarios de convenio únicamente respecto de los contratos de obra nuevos formalizados para la construcción de una promoción de VPO, manteniendo el resto de salarios de la plantilla, podría justificar económicamente esta “selección” sobre la base de que el promotor exige unos precios muy ajustados para la ejecución de las viviendas, dada la limitación de precios de las viviendas que exige la normativa, y la debilidad de la demanda potencial.

²¹¹ En algunos convenios colectivos se establecen requisitos adicionales. Así, En el artículo 17.1 del V Convenio General del sector de la Construcción se exige que se comunique también el inicio del procedimiento a la Comisión Mixta Paritaria. ¿Qué ocurre si se incumple este trámite, dado que no se exige en el artículo 82.3 LET? ¿Podría un juez determinar que se ha producido una violación del procedimiento, y anular el acuerdo, si la empresa está afectada por el Convenio General de la Construcción?

²¹² Enmienda núm. 614, del Grupo parlamentario popular en el Congreso (Boletín Oficial del Congreso de 27 de abril de 2012), que añade “a los solos efectos de depósito”.

²¹³ Piénsese en la responsabilidad solidaria del artículo 42 LET en el seno de las contratas y subcontratas.

Si hubiere desacuerdo en el periodo de consultas, se posibilita que cualquiera de las partes pueda someter la discrepancia a la comisión del convenio, disponiendo de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deben recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el propio artículo 83 LET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado. Estos acuerdos deben incluir 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 y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET, es decir, cuando no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

Por tanto, caso de desacuerdo se establece como vías subsiguiente acudir a la Comisión Paritaria²¹⁴, y, caso de no alcanzarse acuerdo en dicha Comisión, instar la intervención de los servicios de mediación y conciliación no jurisdiccionales, que incluirá un compromiso previo de acudir al arbitraje.

Cuando el desacuerdo persista o no fueran aplicables los procedimientos señalados, o bien no hubieran solucionado la discrepancia, el legislador crea una tercera y novedosa vía, pudiendo cualquiera de las partes someter la solución a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.²¹⁵ ²¹⁶La decisión de estos órganos, que podrá ser

²¹⁴ Aunque muy lejos del protagonismo que les atribuyó la reforma de 1010, y, sobre todo, el Real Decreto-ley 7/2011.

²¹⁵ Por tanto, se establecen cuatro fases procedimentales: la primera regula el acuerdo directo en el seno de la empresa entre la dirección y la representación de los trabajadores o los propios trabajadores; la segunda regula el acuerdo en el seno de la Comisión Paritaria del convenio colectivo; la tercera regula la avenencia o el laudo por mediación o arbitraje mediante sistemas autónomos de resolución de conflictos; y la cuarta fase regula el procedimiento de resolución de discrepancias en el seno de la CCNCC o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET que ya hemos comentado.

Sabemos que el acuerdo debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en las empresas, y su duración que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable el nuevo convenio en dicha empresa. Se ha eliminado, en relación con la reforma de 2010, el que el acuerdo determine programación de la convergencia progresiva hacia la recuperación de las condiciones salariales (si de salario tratase la desvinculación), con lo que ya no se pide al empresario que haga esfuerzos de implementación para volver a la situación de “normalidad”, y que los documente. También se ha eliminado el tope de tres años.

10.2.1. Cuestiones aplicativas

La desvinculación de las condiciones salariales en concreto, tiene además problemas prácticos, que deberán resolverse.

La cotización de los seguros sociales. ¿La Tesorería de la Seguridad Social requerirá a las empresas que coticen por debajo del convenio, o incluso de las bases mínimas de cotización? ¿Cómo se demostrará que la infracotización responde a un descuelgue salarial válido? ¿Y si éste se impugna por trabajadores disconformes? ¿Qué papel jugará la Inspección de Trabajo? ¿El hecho de que se comuniquen los acuerdos a la administración laboral a los meros efectos de registro significa que no intervendrán en el control de la legalidad vigente?

El control del artículo 42 LET por las empresas principales en las contratas y subcontratas aportará también sin dudas problemas. Las empresas principales requieren constancia de que se está pagando por las empresas auxiliares el salario del convenio, y se está cotizando por dichos salarios, a efectos de eludir la responsabilidad solidaria.

²¹⁶ Sería bueno acelerar la constitución en el seno de las Comunidades Autónomas del organismo que represente el papel de la CCNCC en el ámbito regional.

¿Les bastará cualquier acuerdo firmado para admitir salarios por debajo de convenio y cotizaciones inferiores? ¿Se requerirá certificado negativo de la administración laboral, dado que tendrá la comunicación efectuada? Podemos interrogarnos si admitirá la empresa principal infrasalarios e infracotizaciones, dado que incluso los acuerdos alcanzados también pueden impugnarse y anularse en vía judicial, con lo que resultarían responsables solidarios de dichos débitos, o bien confiar en una sentencia judicial firme favorable para la empresa “descolgada”, que puede tardar muchos meses en producirse.

La repercusión para el futuro de la pérdida de derechos de los trabajadores. En primer lugar, ya se ha aludido a los problemas de la menor cotización en relación con la obligaciones con la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, pero es evidente que esta menor cotización redundará en una merma de las prestaciones futuras del propio trabajador, desde las la IT, pasando por las incapacidades permanentes, y por la propia jubilación. Por otra parte, si fuere despedido el trabajador, tendrá también repercusiones sobre la propia indemnización por despido, y también sobre la prestación por desempleo²¹⁷. Por ello, “lege ferenda” debería arbitrarse una solución similar a la que existe cuando se ejercita una reducción de jornada por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral, y si el trabajador es despedido, los salarios que sirvan de base para la indemnización por cese, y la cotización que se utilice para el cálculo de la prestación por desempleo, sean no los reducidos como consecuencia de la inaplicación salarial, sino los íntegros que se hubieran devengado si no se hubiere procedido al descuelgue. Del mismo modo, podrían integrarse las cotizaciones reducidas por causa de la desvinculación salarial hasta la cuantía vigente anterior al descuelgue, a los efectos del cálculo de las prestaciones de la Seguridad Social.

La contraposición entre los convenios y la regulación estatal. El ejemplo del Convenio General de la Construcción. Evidentemente, también se produce una contraposición entre las cláusulas vigentes de los convenios en materia de descuelgue, que se limitan a posibilitar el no incremento pactado de los convenios, y la regulación estatal, mucho más flexible, con lo que deberemos acudir a los principios de aplicación de normas autónomas y heterónomas en conflicto. Los convenios colectivos han incidido en esta regulación estatal y establecido regulaciones paralelas para su ámbito de actuación. Entendemos que la Ley 3/2012 tiene carácter de derecho imperativo y es

²¹⁷ Que se calcula sobre el promedio de la cotización de los últimos 180 días.

“ius cogens”, luego es directamente aplicable sin que puedan los convenios colectivos tener primacía sobre la Ley, como se ha encargado de recordar la doctrina constitucional.²¹⁸

Por los argumentos ya debatidos en el punto anterior, consideramos que la reforma laboral, en la regulación promovida por el nuevo artículo 82.3 LET es derecho necesario y ley posterior, por lo que es sin duda directamente aplicable. Todo ello, avalado por la doctrina del Tribunal Constitucional que consagra la prioridad de la legislación sobre lo dispuesto en los convenios colectivos.

Dicha circunstancia puede predicarse respecto de la regulación que hace el V Convenio General de la Construcción (CGSC) de la desvinculación de las condiciones de trabajo. El Convenio General modaliza la regulación estatal estableciendo más requisitos para las empresas (fundamentalmente notificaciones a la Comisión Paritaria, y exclusión de algunos de los supuestos de desvinculación, como la jornada).

Sus criterios de objetivación de las causas no son excluyentes, y de hecho también la reforma laboral presenta los suyos (pérdidas reales o previstas o disminución de ingresos ordinarios o ventas en dos trimestres consecutivos, en relación con los mismos trimestres del año anterior), tampoco con carácter cerrado. Por ello, entiendo que en cualquier caso ambos procedimientos pueden aplicarse indistintamente por las empresas, y sería elección empresarial escoger la vía: bien la del artículo 82.3 LET, bien el cauce procedimental regulado en el CGSC.

La enmienda aprobada por la Comisión del Congreso el día 24 de mayo, establece que la comunicación que ha de hacerse a la autoridad laboral, será a los solos efectos de registro. Con lo que tampoco parece que las comunicaciones que se realicen a las Comisiones Paritarias deban servir como instrumento de denuncia a las empresas. En todo caso, si hubiera acuerdo con los trabajadores, el descuelgue se presume válido y sólo puede impugnarse en caso de dolo, violencia, coacción o fraude.

²¹⁸ SSTC ya citadas núm. 92/1992, de 11 de junio, y núm. 210/1990, de 29 de diciembre, entre otras. Recordamos que también los Autos de 13 de febrero y 14 de julio de 1985 han afirmado que ni el principio de igualdad ni el derecho de libertad sindical ni su contenido y el carácter y fuerza de los Convenios excluyen la posible primacía de la Ley sobre el Convenio Colectivo.

La entrada en vigor apresurada del CGSC nos sumerge en dudas que pueden tener trascendencia práctica. Insiste y remacha en que se trata de mecanismos de carácter preventivo, temporal y coyuntural. Excluye la jornada de las materias que pueden ser objeto de desvinculación. También exige notificación previa del inicio del periodo de consultas a la Comisión Paritaria ¿Es relevante el incumplimiento de dichos requisitos, que no están en el artículo 82.3 LET, para anular el procedimiento?

El CGSC alude a la existencia de una situación y perspectivas económicas que puedan verse afectadas negativamente, afectando a las posibilidades de mantenimiento de empleo, como disyuntiva de la disminución persistente de ingresos, en una regulación que recoge las causas justificativas de la legislación anterior a la reforma de 2012 ¿Son vinculantes o deben ceder por estar superados ante los nuevos criterios de la reforma laboral de 2012?

Aun cuando la Ley nada dice al respecto, el CGSC establece la documentación – exhaustiva- que debe presentarse por la empresa para justificar la situación económica negativa, si bien admite la presentación de otra documentación que se considere conveniente.

Establece causas objetivas de inaplicación, no exhaustivas, diferentes a la de la regulación estatal: así, cuando se de la disminución del 12% del “ratio de resultado de explotación por empleado” o de ventas a nivel nacional, de la empresa en el último ejercicio o en los doce últimos meses, en relación con el ejercicio anterior.

Concede una importancia relevante a las Comisiones Paritarias provincial o nacional Ya hemos comentado los problemas de su compatibilidad con la regulación estatal. Debemos concluir de nuevo que la LRML actúa como derecho necesario e imperativo. El CGSC es previo incluso al DLRMT y desconoce la regulación legal. Todo ello produce la descoordinación y desconexión entre ambas normas. Ya hemos hablado de su énfasis en el carácter preventivo y coyuntural de la medida. En general, introduce mecanismos garantistas para los trabajadores y las organizaciones sindicales no establecidas en la norma. Así, si la empresa no tiene representación de los trabajadores, existe presunción de opción a favor de los sindicatos más representativos o representativos del sector. Evidentemente, no contempla las mejoras en las prestaciones

de la Seguridad Social como materia de exclusión, y está el espinoso asunto de las aportaciones de las empresas a la Fundación Laboral de la Construcción.

En nuestra opinión, reiteramos la posibilidad de que una empresa incluida en el ámbito de aplicación del CGSC pueda utilizar indistintamente el procedimiento de la Ley 3/2012, o el establecido en el Libro I, Capítulo III, artículos 14 a 17 del V Convenio General de la Construcción. Hay algunos requisitos de documentación contable estrictos, y notificaciones del inicio del trámite de consultas a la Comisión Paritaria, que aun siendo omitidos, entendemos que su incumplimiento no generaría nulidad de actuaciones, y serían convalidables. Más discutible es la omisión de la jornada de las materias que pueden ser objeto de desvinculación, tanto que consideramos contrario a Derecho que se excluya esta materia para el sector de la construcción. Asimismo es discutible la legalidad de la presunción de opción hacia los sindicatos representativos cuando la empresa carece de representación de los trabajadores. El criterio de la disminución del 12% del ratio de explotación por empleado, siendo a título no excluyente, lo consideramos como un criterio válido para el sector de la construcción, con independencia de que pueda admitirse cualquier otro razonado, incluido, claro está el de la Ley 3/2012 de la disminución de ingresos de los dos trimestres consecutivos.

10.2.2. Sobre la constitucionalidad del arbitraje

Hemos comentado que se establecen cuatro fases, que serían la resolución directa del conflicto por las partes, el acuerdo en el seno de la Comisión Paritaria, el acuerdo mediante la resolución de los servicios autónomos de mediación y arbitraje (voluntario), y, finalmente, el cuarto y problemático, el arbitraje forzoso ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –CCNCC- o sus órganos territoriales. Este párrafo del apartado 3 del artículo 82 LET constituye la última “ratio” para conseguir por parte del empresario la desvinculación de las condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo de aplicación.

Entendemos que posiblemente este laudo vulnere los artículos 37.1 CE (derecho a la negociación colectiva) y el artículo 24 CE (derecho a la tutela judicial). Aunque la

jurisprudencia constitucional entiende que el arbitraje es conforme a la Constitución²¹⁹, ello es en tanto que se hace uso por las partes de su autonomía individual en la elección del medio de resolución que consideran adecuado. Cuestión diferente es que el legislador intervenga imperativamente imponiendo a las partes una resolución administrativa del conflicto. Es conocida la oposición del TC al arbitraje obligatorio que se estableció para resolver las modificaciones sobre las condiciones de trabajo, con motivo de la promulgación del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo., sobre relaciones de trabajo.²²⁰

El artículo 37 CE entendemos que ha sido vulnerado en tanto se atribuye a cualquiera de las partes la capacidad de instar el arbitraje obligatorio ante la CCNCC²²¹. Con ello, se otorga un discutible carácter de unilateralidad al procedimiento, significando que lo acordado por ambas partes en un convenio colectivo es desactivado y cuestionado por la intervención de una de las partes (la empresarial) instando la resolución de un órgano administrativo., y rompiendo la norma constitucional de la fuerza vinculante de los convenios.²²² Se establece como regla la inaplicación general del convenio colectivo acordado por ambas partes, y se ignora el “pacta sunt servanda” de la autonomía colectiva.

Este arbitraje es obligatorio y no prevé acuerdo entre las partes, basta que cualquiera de las dos partes inste el arbitraje ante el órgano administrativo, aun con la

²¹⁹ La renuncia a la jurisdicción por el árbitro: «[...] por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4)

²²⁰ «[...] ese llamado arbitraje público obligatorio no es genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne al mismo tiempo las características de ser público y de ser obligatorio. Más allá de las palabras, lo que existe es la sumisión a una decisión de un órgano administrativo. Es verdad que esta intervención y esta decisión son históricamente los herederos residuales [...] de un sistema de intervención administrativa que era claramente limitativo de los derechos de los administrados.» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24)

²²¹ La CCNCC es un órgano de naturaleza administrativa, de carácter tripartito (Administración, sindicatos y empresarios), que se adscribe orgánicamente ante la Dirección General de Empleo. Su función hasta esta reforma laboral era la de emisión de informes y dictámenes sobre la negociación colectiva y los convenios colectivos. (RD 2976/1983, de 9 de noviembre).

²²² En este sentido, el Dictamen 5/2012, de 3 de abril, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre el Real Decreto-ley 3/2012. Págs. 89 y ss.

oposición expresa de la otra parte. De esta forma, se antoja difícil garantizar el derecho a la negociación colectiva.²²³

Además, la intervención de la Administración se aparta del principio de voluntariedad que debe regir la negociación colectiva. El TC descarta decisiones administrativas que supongan una dispensa a lo pactado en convenio colectivo.²²⁴ El propio Tribunal Supremo, citada su jurisprudencia por la STC 92/1992, de 11 de junio, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 41.1 (derogado) LET establece que el derecho a acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no puede mediatizar la eficacia vinculante de los convenios, y que aquélla ha de referirse exclusivamente a las condiciones de trabajo de origen contractual sin permitir en perjuicio del trabajador de condiciones menos favorables.²²⁵

La intervención de la CCNCC constituye una decisión administrativa incompatible con la eficacia vinculante de los convenios. Se consagra, de forma dudosamente inconstitucional, la posibilidad de modificar un convenio colectivo por vía administrativa. En este sentido, es curiosa la imposición de la intervención administrativa para el arbitraje en el marco regulador de la Ley 3/2012, que critica la subsistencia de trabas y controles administrativos y las rigideces del mercado laboral, y

²²³ El derecho a la negociación colectiva supone «el reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva» que «[...] supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias y asegura mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo» (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3).

²²⁴ «[...] 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 sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 C.E. Por consiguiente, sería contraria al art. 37.1 C.E. 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 [...]» (STC 92/1992, de 11 de junio, al resolver sobre la constitucionalidad del antiguo artículo 41.4 LET) (FJ 4)

²²⁵ «Así, la Sentencia de la entonces Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1987, afirma 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 el mismo sentido, la Sentencia de la actual Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, ha declarado que la posibilidad de modificación por el cauce del art. 41 E.T., ha de entenderse referida exclusivamente a las condiciones de trabajo de origen contractual sin permitir el establecimiento en perjuicio del trabajador de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos. No cabe duda de que así entendido el precepto es compatible con el art. 37.1 C.E., [...] (SSTC 93/1984; 115/1987 y 105/1988).» (FJ 4)

por ello elimina la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo.

Y ello creemos que enlaza con su inconstitucionalidad en relación con el artículo 24 CE.²²⁶ Al restringir los motivos de recurso, y establecer su carácter tasado, en relación con lo dispuesto en el artículo 91 LET, implica una esfera limitativa para el análisis judicial. La impugnación jurisdiccional de la decisión administrativa de la CCNCC se restringe, y ello es lo fundamental, aun cuando una de las partes se haya opuesto a acudir a dicha instancia arbitral.

10.2.3. La desvinculación de las mejoras voluntarias de la seguridad social. Las aportaciones empresariales a los organismos paritarios

Hemos visto que el artículo 82.3 LET, en la nueva redacción de la reforma laboral de 2012, establece que, en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo²²⁷, previo desarrollo de un periodo de consultas que deberá regirse por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41.4 LET, podrá procederse a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa. La inaplicación se extiende a una serie de materias, que coinciden sustancialmente con las del artículo 41 LET citado, pero a las que se añade “las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.”

Esta lista se configura como cerrada o “*numerus clausus*”, a diferencia de la relación del artículo 41 LET, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que tiene la consideración de “*numerus apertus*” o relación abierta, como queda claro en la referencia que se hace, al referirse a las materias afectadas, a la expresión “entre otras.”

En este sentido, podemos preguntarnos qué conceptos abarca la denominación “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.” Ciertamente

²²⁶ Dictamen 5/2012, de 3 de abril, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre el Real Decreto-ley 3/2012, *op. cit.* Pág. 101, en relación con las SSTC 11/1981, de 8 de abril, sobre el Decreto-ley 17/1977, de relaciones de trabajo, y 174/1995, de 23 de noviembre, sobre el artículo 38.2 de la Ley de Transportes Terrestres.

²²⁷ Conforme a lo previsto en el artículo 87.1 LET.

pueden ser tales los complementos retributivos que se pactan en relación con la prestación que el trabajador percibe en caso de incapacidad temporal, hasta alcanzar un porcentaje de su salario de convenio o real, si fuera superior, que puede alcanzar el cien por cien.²²⁸ A veces, estos complementos se circunscriben a los casos en que sea necesaria la hospitalización del trabajador, a los efectos de garantizarles su salario establecido en el convenio provincial.²²⁹ También pueden considerarse como mejoras voluntarias las indemnizaciones pactadas en los convenios colectivos en caso de muerte o incapacidad permanente del trabajador derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.²³⁰

Hay, sin embargo, ciertos abonos o cuotas que devengan las empresas en virtud de convenio colectivo estatutario, de eficacia general, cuya naturaleza jurídica dista de ser clara. Vayamos por ejemplo a las cuotas obligatorias que deben abonar las empresas del sector de la construcción en base a la constitución de un órgano paritario denominado “Fundación Laboral de la Construcción” que recoge el V Convenio General del Sector de la Construcción, publicado en el BOE de 15 de marzo de 2012, mediante Resolución de 28 de febrero, de la Dirección General de Empleo. En su artículo 116. 1 establece que la Fundación Laboral de la Construcción es el organismo paritario del sector constituido por los firmantes del CGSC, con la finalidad de garantizar la prestación de servicios a los trabajadores y empresas comprendidas en el ámbito de dicho convenio, teniendo como ámbito de actuación la totalidad del territorio español, y cuyos estatutos forman parte integrante del mismo.

La financiación de la Fundación Laboral de la Construcción (FLC) viene recogida en su apartado 2, estableciéndose que se nutrirá fundamentalmente de aportaciones de las Administraciones Públicas, más una aportación complementaria a cargo de las empresas, que no podrá superar el 0,25 % de la masa salarial, establecida ésta sobre la misma base de cálculo de las cuotas de la Seguridad Social. Así, en su apartado 4 establece que la cuota de la Fundación Laboral de la Construcción para el

²²⁸ Véase el artículo 22 del convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Zaragoza, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 9 de marzo de 2010.

²²⁹ Así, el artículo 67 del V Convenio Colectivo del sector de la construcción, registrado y publicado mediante Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo en el Boletín Oficial del Estado de 15 de marzo de 2012.

²³⁰ Artículo 66 del citado V Convenio Colectivo del sector de la construcción.

año 2012 será del 0,25 %, volviendo a reiterar que es un porcentaje sobre la base de cálculo de las cuotas a la Seguridad Social.

Es evidente que esta aportación complementaria es obligatoria. El propio artículo 2 CGSC establece que su negociación se ha producido al amparo del Título III del Estatuto de los Trabajadores, y en particular de conformidad con sus artículos 83 y 84, declarando que sus disposiciones tienen naturaleza normativa y eficacia general, obligando a todas las asociaciones y entidades comprendidas dentro de su ámbito personal, funcional y territorial.

Ahora bien, ¿Pueden descolgarse las empresas de esta aportación obligatoria a la Fundación Laboral de la Construcción? ¿Debería considerarse como mejora voluntaria de las prestaciones obligatorias de la Seguridad Social? ¿Tendría carácter de salario? ¿Estaría excluido de la posibilidad de desvinculación de las condiciones de trabajo?

Es cierto que la jurisprudencia hasta la fecha se ha decantado hacia la exclusión de su consideración como mejora voluntaria de la Seguridad Social, y también en contra de su naturaleza salarial.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 29 de marzo de 2006 (AS/2007/1743), en un pleito de reclamación de cantidad de las cuotas de la FLC a una empresa deudora del sector de la construcción, afirma que “el débito que asumen dichas empresas no es consecuencia de un compromiso en materia de mejora de prestaciones de la Seguridad Social, ni desde luego constituye una deuda salarial”, y siendo ello así establece que no puede serles aplicado el plazo de prescripción establecido en el artículo 21 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) , ni tampoco el fijado en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores. La obligación de tales empresas deriva de un compromiso acordado en el Convenio Colectivo, que se traduce en una aportación obligatoria a cuyo pago solo puede serle aplicado, a falta de otro específico, el establecido en el art. 1966.3 del Código Civil, con carácter general, para las obligaciones consistentes en pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, es decir, el de cinco años.²³¹

²³¹En el mismo sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (JUR/2004/94846) considera en un supuesto también de reclamación de

Prosiguiendo esta tesis mayoritaria de la jurisprudencia de suplicación, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2002 (AS/2002/2893) revoca la del Juzgado de lo Social núm. 1 Barcelona de fecha 23 de julio de 2001 dictada en el procedimiento núm. 913/2000 sobre demanda de reclamación de cantidad. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda inicial de cantidad, al apreciar la incompetencia del orden jurisdiccional para conocer de la cuestión planteada, se alzó en suplicación la parte actora, es decir, la propia FLC.²³² El motivo, dice la sentencia, “ha de ser plenamente aceptado pues la Fundación accionante se creó por la disposición adicional del Convenio General del Sector de la Construcción de 1992 (RCL 1992, 1131) con los fines específicos de fomentar la formación profesional, la investigación, desarrollo y promoción de actuaciones tendentes a la mejora de la salud laboral y seguridad en el trabajo, así como las prestaciones por permanencia en el sector, lo que demuestra que en nada se tuvo en cuenta el artículo 193.2 de la Ley General de la Seguridad Social y que no es gestora de ninguna mejora voluntaria de la Seguridad Social ni posee el carácter de órgano

cuotas por parte de la FLC a varias empresas constructoras morosas que las cantidades que se reclaman no tienen la consideración de créditos salariales por lo que no es posible aplicar el plazo que señala el art. 59.2 del ET. Tampoco puede ser consideradas como cuotas asimiladas a las que se devenga a la Seguridad Social, pues estas cantidades y su abono deriva del acuerdo entre las partes, por lo que al no tener plazo específico de prescripción, es correcta la interpretación que hace el juzgador "a quo" al aplicar el plazo general de prescripción que establece el art. 1966, 3 del Código Civil. Por ello, desestima el recurso que se basaba en que se habían sobrepasado los plazos de reclamación de la deuda. Es interesante el énfasis de la sentencia en demostrar que su abono procede del acuerdo entre las partes, lo que descarta su naturaleza pública.

²³² La sentencia de instancia razonaba que las fundaciones laborales establecidas de acuerdo con el artículo 193.2 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) son entidades gestoras de mejoras voluntarias directas de la Seguridad Social, generalmente creadas a través de la negociación colectiva con el carácter de patrimonio adscrito a la finalidad; que lo que se reclama en este procedimiento hace referencia a la recaudación de las aportaciones obligatorias de las empresas a la fundación laboral, cuya gestión corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, concluyendo que se trata de una demanda referida a materia recaudatoria expresamente excluida del ámbito jurisdiccional social, según la extinta Ley de Procedimiento Laboral.

Alegaba la FLC como recurrente que la demandada, en cuanto empresa incardinada en la actividad de la construcción se encontraba afecta por el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción que crea la Fundación Laboral de la Construcción, y como quiera que la empresa demandada no había hecho pago del importe de las cuotas que se le reclaman, al decir de la Ley no ha cumplido con sus obligaciones específicas relacionadas con los fines y obligaciones propios de estas entidades, por lo que resulta de todo punto competente la jurisdicción social para el conocimiento de la acción ejercitada conforme al artículo 2.d) de la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral (“entre los asociados y sus mutualidades ...”, incurriendo la sentencia impugnada en el error de considerar que la Fundación Laboral de la Construcción únicamente se constituye al amparo de lo establecido en el artículo 193.2 de la Ley General de la Seguridad Social como una entidad gestora de mejoras voluntarias directas de la Seguridad Social, cuando ninguno de los fines de la Fundación, recogidos en sus Estatutos, hacen referencia a esa actuación como entidad gestora.

recaudador en período voluntario de cuotas de la Seguridad Social, antes al contrario, determinado en sus Estatutos que su financiación se producirá, entre otras, por una aportación complementaria de carácter obligatorio a cargo de las empresas sometidas al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo, siendo cuestión doméstica, que no recaudatoria, el Acuerdo suscrito por la Fundación y la Tesorería General de la Seguridad Social para que ésta, que no la Fundación, procediera a la recaudación de las aportaciones que las empresas deben efectuar a la Fundación por el mero hecho de que la Tesorería es el organismo que cuenta con los datos relativos a la base de cotización de las empresas y haberse fijado la aportación obligatoria a la Fundación en un porcentaje de la masa salarial de cada empresa establecida sobre la misma base de cálculo de las cuotas de accidente de la Seguridad Social.” En definitiva, la sentencia de suplicación determina que procede la estimación del recurso y la revocación íntegra de la sentencia impugnada declarando la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la acción planteada, devolviendo las actuaciones al Juzgado de procedencia.

¿Podemos considerar la aportación que hacen las empresas a la FLC de naturaleza pública? Puesto que si fuera así podría incluso cuestionarse su legalidad. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2002 (JUR/2003/95528) aborda el recurso de suplicación que interpone una empresa contra el abono que ha debido hacer en el Juzgado de lo Social de la suma de cuarenta euros y diecisiete céntimos, y, alegando en un único motivo la "no aplicación al caso de lo establecido en el artículo 133, puntos 1 y 2, de la Constitución Española, en relación con el artículo 37, punto 1, de la misma, el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y la Disposición adicional del Convenio Interprovincial del Sector de la Construcción, de 10 de abril de 1992". El Tribunal considera que “no existen las inaplicaciones señaladas, dándose por reproducidos los Fundamentos de la sentencia recurrida, no siendo de aplicación la sentencia del Tribunal Constitucional de 20-06- 94, por no imponer el Convenio Colectivo de la Construcción, obligaciones tributarias de carácter público, sino obligaciones de naturaleza privada, siendo además de aplicación lo dispuesto en el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, respecto a las cláusulas obligacionales, pudiendo impugnarse en el procedimiento adecuado, ese Convenio Colectivo, cuya cláusula adicional, creó un Organismo Paritario de ámbito estatal, con

específicos fines”.²³³ Son aportaciones obligacionales, por tanto, que derivan de la negociación colectiva, y que tienen naturaleza privada, pues si fueran exacciones públicas, en efecto, chocaría su imposición con varios preceptos constitucionales, entre ellos el meritado artículo 133 CE, que establece que la potestad originaria para establecer tributos corresponde al Estado, mediante Ley.

En conclusión, no parece que la jurisprudencia se decante por la naturaleza pública de las aportaciones de las empresas del sector de la construcción a la FLC, ni como exacción fiscal ni como débito salarial. Tampoco considera que sean mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social²³⁴ Ahora bien, este último punto puede que no esté tan claro desde el momento en que la Fundación Laboral de la Construcción tiene como fines, según el art. 3 de sus Estatutos (BOE de 13.1.93 [RCL 1993, 92]) el fomento de la formación profesional, el fomento de la investigación, desarrollo y promoción de actuaciones tendentes a la mejora de la salud laboral y seguridad en el trabajo, , y su dotación económica se conforma, entre otros medios, con aportaciones obligatorias de las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio. Ambos conceptos, formación y accidentabilidad forman parte del contenido de las contingencias de la Seguridad Social, por lo que estas cuotas podrían ser consideradas teóricamente como mejoras complementarias de las prestaciones de la Seguridad Social, si se reconociera su inclusión en el supuesto del artículo 193 LGSS, que trata de los modos de gestión de la mejora directa a través de “Fundaciones Laborales”. En este caso de reconocimiento de su labor gestora, que hasta el momento no ha sido acreditada, podría ser considerada como fuente de ingresos de las cuotas empresariales su carácter de mejora voluntaria, y por tanto ser objeto de desvinculación por las empresas, vía artículo 82.3 LET. Lo que sí parece fuera de toda duda es que si concluimos, como parece, que no tiene naturaleza jurídica de salario o de mejora voluntaria de la Seguridad Social, no podría irse más allá analógicamente, dado el carácter de lista cerrada o “numerus clausus” del citado precepto.

²³³ Recuértese la citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (JUR/2004/94846) que considera que el abono de estas cantidades derivan del acuerdo entre las partes.

²³⁴ Tampoco lo cree así el Bufete Uría Menéndez en el dictamen que aportan a instancia de la FLC, de 12 de marzo de 2012, citando asimismo varias de las sentencias reseñadas.

11. El despido. Su nuevo régimen jurídico

11.1. Un despido más barato

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (LRML)²³⁵, publicada en el BOE de 7 de julio, en su artículo 18. Siete modifica el apartado 1 del artículo 56 LET, rebajando la indemnización a la que puede optar el empresario en caso de despido improcedente, como alternativa a la readmisión, a la equivalente a treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Estando dicha medida en su capítulo IV, que eufemísticamente se titula de “Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral”, debe entenderse que hace referencia a la necesidad de la eficiencia, y que considera como tal el rebaje sustancial de la indemnización por despido, considerándola como un valor de superior entidad al derecho al resarcimiento del trabajador despedido de forma “injusta” de una indemnización más elevada para la procura y para subvenir sus necesidades personales y de la familia que sustente.

En realidad, el legislador no ha hecho sino generalizar para todos los contratos la indemnización que ya existía para el contrato de fomento de la contratación indefinida, regulado mediante la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que ha sido derogado expresamente por la disposición derogatoria de la LRML, y que ya fijaba la indemnización de 33 días por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. Debemos recordar también que ya la Ley 35/2010 había ampliado sustancialmente los colectivos beneficiarios, ya que junto con las categorías tradicionales (desempleados jóvenes, mayores de 45 años, mujeres subrepresentadas, desempleados de larga duración, etc.), era suficiente, por ejemplo que el trabajador,

²³⁵ Al hilo de la denominación de las normas laborales, sería interesante hacer un trabajo en dos sentidos complementarios: primero, analizar como prácticamente todas las medidas de reforma laboral desde hace más de 12 años se articulan como de extraordinaria y urgente necesidad a través de la vía excepcional del Real Decreto-ley, segundo, la escasa imaginación del ejecutivo denominando estos Decretos-leyes, pues todos se nominan o contienen expresiones muy similares a “medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, o “del mercado laboral”, y/o “para el aumento y/o mejora del empleo” o “para el empleo estable”.

cualquiera que fuera su característica de edad o sexo, hubiere estado previamente un mes en el desempleo.²³⁶

El propio Preámbulo de la norma reconoce que esta generalización suprime una modalidad contractual que consideran “desnaturalizada” tras la última ampliación de colectivos con los que se podía celebrar dicho contrato, a raíz de la reforma de la Ley 35/2010. Pero todavía es más paradójica que esa desnaturalización implique su conversión en regla general, para todos los contratos, a partir del 12 de febrero de 2012.

En cualquier caso, fue este un tipo de contrato que tenía indudables ventajas, ya que junto con la indemnización por despido descrita más reducida, solía llevar aparejada, en función del colectivo asignado, bonificaciones sociales o subvenciones, aun cuando no llegó a calar como forma masiva de contratación indefinida, bien por falta de información, bien por las propias inercias de los mecanismos contractuales.

El legislador podía haber aplicado el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE, y haber pospuesto la aplicación de tal medida, claramente restrictiva en este caso de los derechos de los trabajadores, mediante su imputación a los nuevos contratos que se celebrasen a partir del 12 de febrero de 2012, fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, que trae causa de la Ley 3/2012, producto de su tramitación como proyecto legislativo. No ha sido así, y se ha considerado una retroactividad de tipo medio en la aplicación de la medida. En su disposición transitoria quinta establece que la nueva indemnización del artículo 56.1 LET se aplicará a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012 (fecha como sabemos de la entrada en vigor del RD-ley 3/2012, antecedente a esta Ley). Ahora bien, en lugar de declarar de aplicación a los anteriores contratos, la regulación entonces vigente, lo que realiza es considerar un doble módulo, y así, los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de 45 días de salario por año de servicio, con el prorrateo por meses de los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior,

²³⁶ La casi generalización de este contrato se produce a partir de junio de 2010 (Real Decreto-ley 10/2010, como antecedente de la Ley 35/2010). En realidad, no se le dio tiempo suficiente para asentarse como una alternativa real al contrato indefinido común. Finalmente, el Real Decreto-ley 3/2012, en su disposición derogatoria, deroga expresamente el contrato de fomento de la contratación indefinida contenido en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad.

prorrrateándose asimismo por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. Ahora bien, el periodo indemnizatorio resultante no podrá ser el importe indemnizatorio resultante superior a 720 días (las 24 mensualidades de tope de la nueva regulación, computando siempre los meses de 30 días) salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso deberá aplicarse éste como importe indemnizatorio máximo, siempre con el límite de las 42 mensualidades, que era el tope anterior a la reforma.²³⁷

Con ello, se producirá, incluso para los contratos formalizados con anterioridad a la reforma laboral, una merma progresiva de las cuantías indemnizatorias, siendo la pérdida mayor cuanto más cercana esté la contratación de la fecha de entrada en vigor del RD-ley 3/2012. Únicamente con 28 años de antigüedad estaría garantizada la indemnización “topada” con 42 mensualidades.

Creemos, volvemos a insistir, que hubiese sido más respetuoso con la equidad y con los derechos adquiridos, la aplicación íntegra de la normativa anterior a los contratos formalizados antes del 12 de febrero de 2012. No estamos de acuerdo que con esta medida transitoria se dé satisfacción a “las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contratos en vigor”, y mucho, menos que, por otro lado, se haya sido respetuoso con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE (apartado V de la Exposición de Motivos), pues situaciones diferentes (en este caso en el tiempo), merecen un tratamiento también distinto.²³⁸

²³⁷ Con ello, tenemos ya una peculiaridad que rompe con las sentencias del Tribunal Supremo que establecían que los años debían computarse por 365 días, o 366 si eran bisiestos, porque 720 días equivalen a dos años de 360 días cada uno, es decir, presumiendo que todos los meses son de 30 días. A la hora de determinar el “día de salario” y según el criterio de los tribunales (Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de junio de 2008, Rec 2639/07), todas las retribuciones, fijas y variables, tomadas en cómputo anual, que constituyen la base del despido debían dividirse por 365 días (ó 366 en año bisiesto).

Por otro lado, creemos que el mantenimiento del prorratio por meses de los periodos inferiores a un año podría avalar sin embargo la tesis del mantenimiento de completar los días sueltos por meses completos. De tal forma que si quedan días sueltos se considerará un mes completo más (la citada STS 30 de junio de 2008).

²³⁸ No obstante, esta nueva indemnización no tiene en absoluto la garantía de perdurar en exceso. La Comisión Europea, el día 30 de mayo de 2012, ha formulado Recomendaciones para España, en el marco del Plan de Estabilidad para nuestro país 2012-2013 estableciendo, en el orden laboral, la sugerencia de que se reduzca la brecha, todavía muy elevada entre las indemnizaciones de los contratos indefinidos y los temporales, y no pareciendo sugerir que sean éstos últimos los que incrementen su indemnización por cese.²³⁸ Así, la Comisión considera que el coste del despido para trabajadores con contratos permanentes “sigue siendo alto” en comparación con los temporales.

Diferente valoración merece el hecho de que con esta medida se intente mitigar lo que se considera excesiva rigidez del régimen de despido, pero entonces tiene que amparar su argumentario, de forma coherente, en la pretensión de rebajar las indemnizaciones laborales como un medio eficaz de bajar los costes laborales, y ser coherente con ese postulado liberal de la economía, y ello sacrificando los derechos adquiridos de los trabajadores por la necesaria competitividad basada en la deflación de los costes laborales. Mal casa, sin embargo, esta pretensión con la invocación permanente a la flexibilidad interna de las empresa como medio de evitar soluciones traumáticas que desemboquen en despidos. Por otro lado, es claramente espurio el argumento de que rebajando las indemnizaciones por despido se contribuye a cerrar la brecha entre los costes de extinción de los contratos indefinidos en relación con los temporales. Con dicho hilo argumental, ciertamente si se consiguiera el despido libre y gratuito, desaparecerían automáticamente todos los contratos temporales, porque el carácter indefinido de la contratación sería en realidad puramente semántico.

Tampoco parece de recibo escudarse en las dificultades de financiación de las empresas, tal y como hace el Preámbulo, para justificar el abaratamiento del despido. Si ello fuera así, no parece que haya sido un obstáculo importante, dado el incremento exponencial del desempleo por los despidos realizados en nuestro país en los últimos años.

El argumento también invocado del elemento distorsionador de la competencia, sobre todo para las empresas más pequeñas, queda sin mucho fuelle desde el momento en que no hay un tratamiento diferencial del despido en función del tamaño de la empresa, como sí ocurre en otros países europeos.

Del mismo modo, es muy utilizado (lo hace la Exposición del Motivos de la Ley) su elevado coste en relación con los países del entorno europeo o de la zona euro. Pero es lo cierto que los tratamientos jurídicos que se dan son tan diferentes que es muy complicado establecer puntos de referencia. No tiene mucho que ver el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores de Italia, con la reforma recientemente aprobada del Código laboral portugués. Es muy diferente la regulación francesa, de la británica. Además, creemos que el análisis comparativo debe tener en cuenta la propia invocación

(<http://www.expansion.com/2012/05/30/economia/1338365748.html>. 30 de mayo de 2012).

a la flexiseguridad de la LRML, y así tener en cuenta conjuntamente los tres factores que suponen los costes de despido para el empresario, con la protección social que brinda el Estado en caso de contingencias de desempleo, y la eficacia de las propias políticas activas de empleo desplegadas. En este sentido, el balance para España sería muy desfavorable, medido sobre todo con los países del norte de Europa.

Por otra parte, entendemos importante la enmienda aprobada en la Comisión del Congreso de los Diputados en la tramitación parlamentaria de la Ley, estableciéndose que la opción por la indemnización es la que determina la extinción del contrato de trabajo, entendiéndose producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.²³⁹ Lejos de ser justificada como mejora técnica, tenemos que la redacción original del Real Decreto-ley establecía, en el artículo 56.1 LET, que era el abono de la indemnización el que determinaba la extinción del contrato, incluso cuando se entendiera producida en la fecha del cese efectivo del trabajo. Aun cuando los efectos serían por tanto “ex tunc”, retroactivamente, planteaban antes de la enmienda citada cuestiones aplicativas interesantes.²⁴⁰

11.2 Un ejemplo de cálculo de una indemnización por despido improcedente

Veamos con un ejemplo como se calcularía una indemnización por despido improcedente tras la reforma laboral²⁴¹.

²³⁹ Enmienda núm. 621 del PP aprobada el día 24 de mayo en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados.

²⁴⁰ ¿Qué hubiera pasado con las indemnizaciones de despido aplazadas, tan habituales en la actualidad? Se fracciona la indemnización del despido en plazos sucesivos, pero la empresa sabe, por ejemplo, que va a instar un concurso de acreedores en un plazo de dos ó tres meses, o que no va a disponer de liquidez para hacer frente a sus deudas. De materializarse esta insolvencia, la efectividad del despido hubiera quedado sometido a pendencia, a condición suspensiva, en tanto no se hubiera efectuado el abono. Desde otra óptica, hubiera podido ser incluso negativo para el trabajador, en el caso de insolvencia empresarial, dado que, teóricamente, y en una interpretación extrema, ni hubiera podido instar el concurso del Fondo de Garantía Salarial ni hubiera generado situación legal de desempleo.

²⁴¹ Otro ejemplo sustraído de perezpozo.wordpress.com: Indemnización de un trabajador correspondiente al período 1 de agosto de 1999 a 11 de febrero de 2012 con un salario mensual de 1.500 euros, incluidas la parte proporcional de las pagas extraordinarias, (13 años y 7 meses de antigüedad) correspondería:

45 días x 12 años = 540 días; (45 días x 7 meses) / 12 meses = 26,25 días. Lo que suma un total de 566,25 días de indemnización. Salario diario que ha de servir de módulo para el cálculo de la indemnización: (1.500 x 12) / 365 = 49,32 euros- Importe de la indemnización hasta el 11 de febrero de 2012: 49,32 euros x 566,25 días = 27.927,45 euros; Indemnización correspondiente al período 12 de febrero a 31 de marzo de 2012 (2 meses): (33 días x 2 meses) / 12 meses = 5,5 días.; 49,32 euros x 5,5 días = 271,26 euros; Importe total de la indemnización: 27.927,45 euros + 271,26 euros = 28.198,71 euros

Josué Galisteo es contratado como jefe de sección de unos grandes almacenes el día 1 de julio de 1996, mediante un contrato indefinido ordinario o común. Su salario mensual es de 1.300 euros, y goza de cuatro pagas extraordinarias, a razón de 1.100 cada una de ellas, con lo que el salario anual sería de 20.000 euros. El día 30 de mayo de 2012 su empresa le notifica el despido, reconociendo en la misma carta su improcedencia. Nos remitimos al apartado correspondiente en el que analizamos cómo se sustancia, a nuestro juicio, el reconocimiento de la improcedencia del despido a la luz de la nueva normativa.

Sabemos que el artículo 56 LET, en su nueva redacción, establece, para los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, una indemnización de 33 días por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. No obstante, la disposición transitoria quinta establece, en su apartado 2, un doble módulo. Se calcula a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a la fecha anterior, 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 al 12 de febrero de 2012 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.

Para calcular la indemnización por despido, calcularíamos el periodo desde el 1 de julio de 1996 al 11 de febrero de 2012: 15 años, 7 meses y 11 días.

- 45 días por 15 años, sería igual a 675 días.
- 45 días por 7 meses/ 12 meses, sería igual a 26,25 días.
- 45 días por 11 días/ 365 días, sería igual a 1,36 días

Ahora bien, debemos acumular los 11 días a los 7 meses²⁴², entendiendo que la fracción de un mes debe tomarse como mes entero, por lo que el cálculo antecedente sería el siguiente:

- 45 días por 8 meses/12 meses, con lo que resultaría igual a 30 (frente a 27,61 días, si no procediéramos al redondeo).

²⁴² Ver STS, ya citada de 30 de junio de 2008.

- 675 días más 30 días nos daría 705 días

Su salario mensual es de 1.666,66 euros mensuales, incluyéndose el prorrateo de las pagas extraordinarias (1.300 más $(1.100 \times 4/12)$). El salario diario que nos servirá de módulo para la indemnización sería 1.666,66 por 12, y dividido entre 365, lo que nos daría un resultado de 54,79 euros diarios.²⁴³

- 54,79 euros por 705 días, sería igual a 38.626,95 euros. O lo que sería lo mismo: 15 años más 8 meses/12, sería igual a 15,66 (periodo); 54,79 euros por 15,66 (periodo) años y por 45 días, nos daría igual, 38.626, 9 euros

Por otra parte, la indemnización correspondiente al periodo comprendido entre el 12 de febrero y el 30 de mayo de 2012 sería la siguiente:

- 3 meses, y 18 días, redondearíamos a 4 meses.
- 33 días por 4 meses/12 meses, sería igual a 11 días. Si no redondeáramos, serían 33 días por 3 meses/12 más 18 días/365, lo que daría igual a 33 días por 0,3 , es decir, 9,9 días.
- 54,79 euros por 11 días, sería igual a 602,69 euros (o lo que nos daría lo mismo: 4/12 por 54,79 euros y por 33 días).

Por lo que el importe íntegro de la indemnización sería el sumatorio de 38.626,95 euros más 602,69 euros, igual a 39.229,64 euros.

Dicho esto, nos cabe la duda de si la teoría de la acumulación de los días sueltos a un mes entero, en base al criterio de los Tribunales expuesto, sería aplicable a partir de la publicación de la reforma laboral de 2012, puesto que el redondeo de los periodos inferiores a un mes, se haría dos veces, una en el cálculo de la indemnización anterior a la reforma, y otra en el cómputo que se haga para los periodos a partir del 12 de febrero. Creemos que el legislador, en este supuesto, y en bastantes otros, como veremos, tiene como afán romper la jurisprudencia del Alto Tribunal en tanto la considera como un factor de encarecimiento de la mano de obra. Así, por ejemplo, el cómputo de 720 días

²⁴³ En efecto, ya desde esa sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008 (Rec. 2639/07) todas las retribuciones fijas y variables tomadas en cómputo anual deben dividirse por 365 (ó 366 en año bisiesto).

supone 24 mensualidades, pero contando anualidades de 360 días, en lugar de 365 ó 366.²⁴⁴

11.3. *La supresión parcial de los salarios de tramitación*

En la nueva redacción del artículo 54 LET únicamente se reconoce el derecho a los salarios de tramitación cuando el despido sea declarado improcedente y el empresario opte por la readmisión, salvo que el despedido sea un representante de los trabajadores o un delegado sindical, en cuyo caso tendrá derecho a los salarios de tramitación, tanto si opta por la indemnización, como si opta por la readmisión.

Recordemos que, los salarios de tramitación, son aquellos salarios que abona el empresario por cada día que el trabajador se encuentre desempleado como consecuencia del despido injustificado o nulo, desde el día siguiente a la extinción y hasta que se reconocía o declaraba la improcedencia del despido. Recordemos también que la LET establece que el despido puede ser declarado procedente, improcedente o nulo. Con anterioridad a la reforma, existía la obligación de abonar los salarios de tramitación en los dos últimos supuestos, esto es, cuando el despido era declarado improcedente o nulo.

El despido se declara nulo cuando tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o por algún motivo de los relacionados con el embarazo, maternidad o permisos relativos al cuidado de un hijo, o mujeres víctimas de violencia de género que hayan ejercido su derecho a reducción o reordenación de su tiempo de trabajo. Y, se declara improcedente, cuando el despido es injustificado, o bien, no se logra acreditar la justificación del mismo.

La desaparición de los salarios de tramitación para los despidos improcedentes supone en principio una ventaja económica para los empresarios²⁴⁵, pero un perjuicio

²⁴⁴ *Ibid.* cita anterior.

²⁴⁵ Este sesgo a favor de la empresa puede explicarse si tenemos en cuenta la actual situación de los juzgados de lo Social, con señalamientos de vistas orales de siete a nueve meses, y resarcimientos del Estado (artículo 57.1 LET), en el tiempo que sobrepase los 90 días (Real Decreto-ley 20/2012), con expedientes que se resuelven a los tres o cuatro años. Pero quizá la solución sería incidir en un mejor funcionamiento de los servicios públicos, más que en suprimir salarios de tramitación que forman parte del amparo que se debe al trabajador por situaciones de desempleo, eso sí, a cargo de la empresa.

para el trabajador, lo que desdice la pretensión del Preámbulo LRML, que califica a la reforma de “equilibrada” (apartado II).

Sólo en el supuesto general de que el empresario opte por la readmisión en un supuesto de despido improcedente, o bien lógicamente que nos encontremos ante un despido nulo, o ante el despido improcedente de un representante de los trabajadores, cualquiera que sea la opción de éste, que le corresponde legalmente, se devengarían salarios de tramitación desde la fecha de efectividad del despido hasta el momento de la notificación de la sentencia.

De esta manera, los salarios de tramitación se mantienen muy parcialmente, puesto que sigue existiendo la obligación empresarial de abonarlos, pero sólo en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo.

Recordemos que la readmisión se puede producirse en los siguientes casos:

- Con anterioridad a la sentencia judicial: siempre que exista el acuerdo de ambas partes en que se produzca la readmisión, pues, no cabe la sola voluntad de una de las partes.
- Con posterioridad a la sentencia judicial: a) Por voluntad del empresario, una vez declarada la improcedencia del despido, en el caso que no opte por la extinción del contrato, optando así por la readmisión; b) por imperativo legal, en los casos en los que el despido sea declarado nulo, ya que en estos casos el Juez está obligado a condenar a la inmediata readmisión del trabajador; c) Por optar así el trabajador, cuando éste tenga la condición de representante legal de los trabajadores, en cuyo caso, una vez declarado el despido improcedente por sentencia judicial, la opción entre la extinción y la readmisión le corresponde a él. En todos los anteriores casos, el empresario deberá abonar los salarios de tramitación, sin que en estos supuestos se haya producido novedad alguna.

En su Preámbulo se justifica la desaparición de los salarios de tramitación en los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, 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. Además, los salarios de tramitación pueden actuar en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias. No obstante, hay que decir que con la nueva regulación, posiblemente las estrategias de retardo correspondan en el futuro al empresario.²⁴⁶

Así, la nueva redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de 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."

Hay que señalar que, tal y como dispone el artículo 56.4 LET, si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción entre indemnización o readmisión corresponderá siempre a éste, y tanto si opta por una como por otra, tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Además, la LRML, tal y como ya hemos señalado, ha precisado la redacción del DLRML, y así, el artículo 56.1 LET ya no condiciona la extinción del contrato de trabajo al abono de la indemnización, aun cuando confusamente añadía que se entendía producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo, con lo que podría entenderse que si no se abonaba la indemnización, no se suprimían los salarios de tramitación, que seguían siendo deuda del empresario hacia el trabajador. La Ley 3/2012, contrariamente, establece que es la simple opción por la indemnización la que determina dicha extinción, con lo que ni siquiera se impele ya al empresario al abono de la indemnización para no tener que hacer frente a los salarios de trámite.²⁴⁷

²⁴⁶ Vid. el Auto citado del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de 16 de abril de 2012, y nuestra anterior cita 33, a propósito de las consideraciones allí efectuadas.

²⁴⁷ En relación con nuestra anterior cita 71, podemos preguntarnos, si se hubiera mantenido la redacción del Real Decreto-ley, ¿Qué hubiera ocurrido con una indemnización de despido que se pospone en varios plazos, y que se sabe que en el momento de hacer frente a los pagos, la empresa estará en situación de concurso de acreedores? Quizá, el juez de lo Mercantil del concurso hubiera

11.3.1. Las consecuencias de la supresión de los salarios de tramitación

En primer lugar, parece que la supresión de los salarios de tramitación puede facilitar los despidos. El “miedo al despido” se atenuará, y habrá una mayor libertad para hacerlo en un escenario en el que no deben abonarse unos salarios de tramitación que en muchas ocasiones sobrepasaban las indemnizaciones reconocidas. Los despidos improcedentes, salvo los de los representantes del personal, tendrán un menor coste.

En segundo lugar, al no tener que reconocer el empresario la improcedencia del despido para su consignación en el juzgado de lo Social, a fin de evitar los salarios de tramitación, es posible que aumente la litigiosidad y que el empresario plantee con frecuencia la procedencia del despido, ya que no tendrá la espada de Damocles del abono de los salarios de tramitación en el caso de que pierda el pleito.

La inexistencia de los salarios de tramitación, en los despidos improcedentes, es un incentivo para que el empresario no alcance acuerdos extrajudiciales, obligando de esta manera al trabajador a tener que recurrir el despido, en la mayoría de los casos, pues, a partir de la reforma laboral al empresario le será indiferente abonar la indemnización una vez que se dicte sentencia que en el momento de proceder al despido. Además, si el reconocimiento de la improcedencia del despido es anterior a la conciliación, llevará la carga fiscal de su consideración como rendimientos de trabajo.

El trabajador deberá demandar al empresario para impugnar el despido, con lo que ello conlleva de coste económico procesal.

En tercer lugar, se promoverán más demandas de nulidad del despido por parte del trabajador para intentar el abono de los salarios de tramitación, caso de que prospere su pretensión. Anteriormente, en la mayor parte de los despidos el empresario reconocía la improcedencia y abonaba la indemnización (despido exprés) evitando que el trabajador tuviera que costearse un proceso judicial para obtener una declaración de improcedencia.

Por lo tanto, se judicializarán más los despidos, y se invocarán más los motivos de nulidad.

obligado a la empresa a abonar los salarios de trámite en todo caso, entendiendo condicionada la extinción contractual al abono de la indemnización por despido.

En cuarto lugar, habrá una inversión de la tendencia negociadora. Antes, el trabajador podía negociar mayores indemnizaciones para alcanzar un acuerdo, dado que el empresario que quisiera litigar se exponía al abono de los salarios de tramitación, a no ser que reconociera la improcedencia del despido y consignara la indemnización en el juzgado de lo Social en un plazo de 48 horas. A partir de la reforma laboral aprobada, sin obligación de abonar salarios de tramitación, el empresario no tendrá necesidad alguna de alcanzar un acuerdo extrajudicial, excepto que el trabajador se avenga a aceptar una menor indemnización, con lo que habrá una tendencia a negociar indemnizaciones a la baja (que no es sino la pretensión manifestada por el legislador). Salvo nulidad de despido o despido de representante de los trabajadores, al no existir salarios de tramitación, reconocer la improcedencia extrajudicialmente, o que se declare ésta judicialmente, mediante sentencia judicial, tendrá las mismas consecuencias, es decir, el mismo coste, en uno u otro supuesto, para el empresario. La falta de liquidez de las empresas y la crisis económica harán el resto.

También se justifica la Exposición de Motivos en que los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, y que termina por convertirse en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario pueda reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceden de 60 días,²⁴⁸ evitando decir, tal y como hemos intentado demostrar anteriormente, que estas estrategias dilatorias no desaparecerán, sino que previsiblemente se trasladarán desde el trabajador al empresario, y además el trabajador pugnará en su demanda por invocar los motivos reales o no de nulidad que entonces sí le hará acreedor de los salarios de tramitación, con lo que los pleitos por nulidad se incrementarán notablemente.

¿Es inconstitucional la supresión de los salarios de tramitación? Como ya hemos visto también, se ha debatido también, como en el caso del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, la posible inconstitucionalidad de la supresión para el despido improcedente de los salarios de tramitación. Desde luego, ha sido uno de los puntos que los sindicatos mayoritarios han solicitado a la Defensora del

²⁴⁸ Que se han convertido ya en 90 días, desde la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 20/2012, que modifica de nuevo el régimen de los salarios de tramitación (artículo 57.1 LET) en su disposición final decimocuarta.

Pueblo que plantee recurso de inconstitucionalidad, basándose en la vulneración del artículo 35. 1 CE (derecho al trabajo)²⁴⁹.

Debemos señalar por otra parte que al desaparecer el denominado “despido exprés”²⁵⁰, esto es, el reconocimiento por parte del empresario de la improcedencia del despido, ofreciendo la indemnización (depositándola en el juzgado o abonándola al trabajador), la disposición derogatoria única.1.e) DLRML, eliminó expresamente el apartado 3 del artículo 105 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Dicho precepto, que sólo ha estado vigente desde el 11 de diciembre de 2011 hasta el 12 de febrero de 2012, por un lado, aclaraba que la percepción por el trabajador del importe ofrecido por el empresario o la retirada del importe consignado a su favor no le impiden impugnar la extinción contractual y, por otro lado, establecía que el reconocimiento empresarial de la improcedencia impedía al empresario alterar la calificación del despido o el importe reconocido salvo error material de cálculo o subsanación en forma; de manera que si se apreciaba: a) Error no sustancial o excusable del empresario respecto de la cantidad debida como indemnización y, en su caso, salarios de tramitación, la sentencia debía declarar la improcedencia del despido y se debía limitar a condenar al empresario a abonar la diferencia entre lo abonado o depositado y la cuantía que correspondiese, con los demás efectos previstos de exención o detención del devengo de los salarios de tramitación que

²⁴⁹ Vide. la petición formulada en la siguiente página electrónica:

http://www.ugt.es/actualidad/2012/julio/aldefensordelpueblo_Reforma_Laboral_UGT.pdf

²⁵⁰ Recordamos una vez más que en su anterior redacción, la LET, en su artículo 56, en su apartado 1, establecía que cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podía optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b de ese apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquella: a. Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. b. Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de 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. En el apartado 2 se establecía que en el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se debía entender extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador aceptara la indemnización o cuando no la aceptara y el despido fuera declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b del apartado anterior quedaba limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realizara en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengaba cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podía ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación.

se preveían en el ahora también modificado artículo 56.2 LET. b) Error sustancial o inexcusable en cuanto a la diferencia en la cantidad abonada o consignada, la sentencia debía de condenar al empresario a optar entre readmisión o indemnización en la cuantía que se declarara procedente, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir.

Las críticas a esta reforma de los salarios de tramitación han sido generales desde su aparición en el DLRML. Su desaparición constituyó, incluso, uno de los motivos determinantes de la convocatoria de la huelga general del 29 de marzo de 2012. En primer lugar, por el hecho de que se haya acudido a un instrumento normativo de carácter urgente, -al igual que ocurrió con el controvertido Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo²⁵¹, para acordar la desaparición de los salarios de tramitación en la hipótesis más frecuente de despido (reconocimiento o declaración de improcedente y opción por la indemnización). Y, en segundo lugar, porque esta decisión supone una modificación radical en el tratamiento de estos salarios y en el objetivo principal de los mismos, que según tradicionalmente se había entendido, consistía en «compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido y durante la tramitación del proceso correspondiente»²⁵²

11.3.2. El tratamiento diferente para los representantes de los trabajadores

La excepción que se hace en relación con la eliminación de los salarios de tramitación en relación con los representantes de los trabajadores o representantes sindicales nos parece, por otra parte, un privilegio infundado, no una garantía, y en todo caso un agravio incuestionable para el conjunto de trabajadores. En efecto, sin que se alcance a comprender cómo coadyuva esta excepción a dotar de las necesarias garantías para su función, se establece que los representantes de los trabajadores (miembros del comité de empresa o delegados de personal) y los delegados sindicales (representante del sindicato en la empresa), si son despedidos, sí tienen derecho a percibir los salarios de tramitación en caso de que el despido sea declarado improcedente. Con lo que

²⁵¹ Fue el primer Decreto-ley que fue tildado como “decretazo” en tiempos del Gobierno Aznar, y que también sufrió una huelga general que produjo que la Ley que surgió posteriormente, la Ley 45/2002 diera marcha atrás en gran parte de estas reformas desreguladoras del mercado de trabajo

²⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991 citada en el portal electrónico <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/supresion-de-la-condena-a-los-llamados-salarios-de-tramitacion>

podemos aventurar un intento mal formulado y peor plasmado en el texto de aliviar la ira de las organizaciones sindicales con la supresión de la institución analizada, y procurar una reacción de mayor comprensión hacia la medida, en tanto que no les afecta.

Hemos visto que la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, y posteriormente de la Ley (apartado V), justifica la eliminación de los salarios de tramitación porque “el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.” No se hace ninguna mención a la excepción que se realiza para los representantes de los trabajadores y sindicales, cuando el argumento expuesto debería valer también para este colectivo. Pero es que hay más. Dicho argumento no responde plenamente a la verdad. Ni todos los trabajadores, como sabemos, pueden acceder a la prestación por desempleo (se necesita una cobertura previa de cotización en esta contingencia), ni el importe, en su caso, alcanza la pérdida de los salarios de tramitación.²⁵³

11.3.3. Los salarios de tramitación y la suspensión del contrato

Si el trabajador se hallase, en el momento del despido, percibiendo una prestación por incapacidad temporal, la relación laboral se califica de suspendida (artículo 45 LET), y, dada su naturaleza jurídica extrasalarial, ya que estamos ante una prestación de Seguridad Social, parece claro que no tendría derecho en ningún caso a los salarios de tramitación.

La cuestión jurídica planteada²⁵⁴ es la referida a determinar los efectos que la incapacidad temporal ha de tener sobre el abono de los salarios de tramitación, concluyendo que la obligación de abonar los citados salarios es inexistente en los supuestos de trabajadores con contratos suspendidos, aplicándose, como es el caso, cuando durante la tramitación de un procedimiento por despido, el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal. Como puede verse, la raíz de esta excepción radica en la función compensatoria de los salarios de trámite.

²⁵³ El artículo 17 cuatro del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, recorta aun más las prestaciones, y las fija en un 50% de la base reguladora a partir del día ciento ochenta y uno.

²⁵⁴ La STS, Sala cuarta, de 15 de septiembre de 2010 (Rc 4565/09)

Podemos plantearnos, como cuestión adicional, qué ocurre en los supuestos en que los pactos individuales o los convenios colectivos determinen el derecho del trabajador a percibir un complemento del subsidio de IT a cargo de la empresa. Dado que la naturaleza jurídica de ese subsidio no sería salarial, debiéndose calificar de prestación complementaria de las prestaciones de Seguridad Social, nuestro criterio es que el trabajador seguirá teniendo derecho a percibir el complemento de ese subsidio por incapacidad temporal, junto a la propia prestación pública, en el periodo correspondiente a los salarios de tramitación.

11.3.4. La retroactividad de los salarios de tramitación

La reforma laboral ha suprimido el derecho a los salarios de tramitación en los “despidos injustos” (en la terminología germánica), aquí denominados improcedentes, siempre que no proceda la readmisión, por no haber ejercido la opción el empresario en los plazos legales, o haciéndolo haya optado por ésta, o bien se trate del despido de un representante de los trabajadores, cualquiera que sea la opción que éste haya ejercido, puesto que le incumbe a él y no al empresario, o finalmente, estemos ante un despido injusto pero nulo, por lo que procede la readmisión en todo caso, en cuyo supuesto se mantiene el derecho al salario de tramitación.

Desde la publicación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, se ha debatido incesantemente sobre la cuestión transitoria de esta regulación novedosa, en concreto sobre si existe este derecho a los salarios de tramitación en los despidos efectuados anteriormente al 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor de la norma, pero cuya sustanciación judicial se produce con posterioridad a dicha fecha. A pesar de las numerosas voces que han alertado sobre la inseguridad jurídica producida por la ausencia de una norma transitoria que hubiere regulado de forma clara y precisa esta circunstancia, no ha habido una disposición que regulara la eficacia temporal de la norma en cuestión.

Pronto la doctrina judicial se ha decantado en dos posturas antitéticas que pasamos a relacionar²⁵⁵:

²⁵⁵ Fernández Díez, Antonio. Artículo en el portal jurídico electrónico de Lex Nova (<http://portaljuridico.lexnova.es>). 1 de junio de 2012

Una primera tesis, mayoritaria y que compartimos²⁵⁶, sostiene que los despidos anteriores a la reforma laboral, pero cuya improcedencia sea declarada posteriormente a dicha fecha, es decir, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 (12 de febrero de 2012) tienen derecho a los salarios de tramitación devengados, debiendo recogerse dicha circunstancia en la sentencia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 21 de febrero de 2012 en un recurso de suplicación planteado por un trabajador despedido por causas objetivas, revoca la sentencia de instancia que un Juzgado de San Sebastián había declarado el despido nulo, y lo califica de improcedente. Dado que la sentencia se produce 9 días después de la entrada en vigor de la norma, se plantea si debe procederse al abono de los salarios de tramitación. Afirma que ante el silencio del legislador ha de aplicarse la normativa previa. Por tanto, debe sostenerse el principio de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2.3 del Código Civil, recogido en su Título Preliminar, como norma de aplicación y eficacia que trasciende a todo nuestro ordenamiento jurídico. Estamos también ante el principio de irretroactividad de las normas sancionatorias no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución. Estamos sin duda ante una norma restrictiva de los derechos individuales, el cobro de los salarios de tramitación. Además, en opinión de la sentencia, se compadece mejor con el principio dogmático “tempus regit actum”, y, con ello, con la disposición transitoria segunda del mentado Código Civil. Los actos y contratos deben regirse conforme la normativa del tiempo que se celebraron.

Por su parte, la sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos), de 28 de marzo de 2012 también echa en falta una norma transitoria en relación con los salarios de tramitación, de igual modo que sí lo ha hecho con las nuevas indemnizaciones del despido improcedente, defendiendo la misma postura en base al artículo 2.3 del Código Civil y al artículo 9.3 de la Constitución. Debe primar la irretroactividad de las leyes, salvo disposición contraria, para garantizar el principio de seguridad jurídica. Los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior debe someterse a ésta (disposición transitoria segunda del Código Civil). Debe atenderse al momento de la producción del hecho causante, que no es otro que el despido efectuado, entendiendo que éste debe

²⁵⁶ De igual manera que el autor del artículo referenciado, Fernández Díez, Antonio.

regirse por la legislación sustantiva anterior, por producirse con anterioridad al 12 de febrero de 2012, operando por tanto el reconocimiento de los salarios de tramitación.

Como ejemplo de la tesis contraria, no obstante, puede citarse la sentencia 72/2012, de 20 de febrero, del Juzgado de lo Social de León, que entiende que la norma sustantiva vigente es el Real Decreto-ley 3/2012, que entra en vigor el día siguiente a su publicación, por ser de urgencia declarada; por la ausencia de una norma transitoria, porque la norma tiene carácter sustantivo y no procesal; porque no puede hablarse de la retroactividad de una norma desfavorable desde el momento en que se aplica la norma sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juzgador; porque es la más coherente con el espíritu de la reforma, que pretende rebajar los costes del despido por la vía urgente e inmediata, y en virtud de la gravedad de la actual crisis económica.

A salvo de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, por presunta vulneración de los artículos 14 (principio de igualdad), 24.2 (principio de la tutela judicial efectiva) y 35 (derecho del trabajo) ha sido una realidad que un mismo hecho constatado, la ausencia de normas transitorias sobre el momento de aplicación de esta supresión, ha producido conclusiones opuestas en los tribunales.

11.4. La debatida desaparición del despido exprés

Con la anterior normativa, supuesto un despido improcedente (artículo 56.2 LET) el empresario quedaba exonerado del abono de los salarios de tramitación, si reconocía la improcedencia del despido, en el plazo de las 48 horas siguientes a producirse el despido, poniéndolo en conocimiento del trabajador y ofreciéndole la indemnización correspondiente a ese despido improcedente y, en caso que fuera rechazado el ofrecimiento por el trabajador, consignando el importe de la indemnización, en ese mismo plazo, en el Juzgado de lo Social correspondiente²⁵⁷. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podía ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación, y, por tanto, los salarios de tramitación quedaban circunscritos a los devengados desde la fecha del

²⁵⁷ <http://www.muriaassessors.com/es/actualitat/noticias/los-salarios-de-tramitacion-solo-se-abonaran-en-caso-de-readmision-del-trabajador>

despido hasta la del depósito, salvo cuando éste se hubiese realizado en las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengaba cantidad alguna.

Evidentemente, desde el momento en que desde la reforma laboral sólo se abonan los salarios de tramitación en el caso que se proceda a la readmisión del trabajador, y no en los casos de improcedencia en los que se produzca la extinción del contrato, excepto para los representantes de los trabajadores y sindicales, deja tener parte de sentido el despido exprés. Pero una cosa es que pierda utilidad esta figura, y otra es la consecuencia querida por el legislador: la supresión del despido exprés mediante la eliminación de la anterior redacción del artículo 56.2 LET, y un tratamiento fiscal disuasorio de los despidos pactados.

La Exposición de Motivos LRML pretende justificar la desaparición de esta institución, con los argumentos de que “el denominado *despido exprés* se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos 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*.” De lo que podemos extraer que:

- El legislador es consciente de que el despido exprés aportaba rapidez y seguridad económica, valores que intrínsecamente considerados se antojan como de importancia notable.
- No obstante, con la eliminación se pretende reportar mayores beneficios al sistema que los beneficios que se obtenían.
- Ello es así porque el legislador esté molesto porque, a su juicio, la mayoría de las extinciones se canalizan a través de los despidos reconocidos como improcedentes por el empresario.
- El legislador parece aspirar a que la mayoría de las indemnizaciones por despido se encaucen mediante la vía del despido objetivo, con 20 días por año de servicio.
- La idea del despido exprés se opone al “mantra” de la flexiseguridad, pero no se concreta esa oposición, o al menos nosotros no la terminamos de entender.

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

También en este apartado extraemos consideraciones de interés:

- El despido exprés no creaba inseguridad en los trabajadores, de hecho se negociaba su cuantía en el pacto con el empresario para la resolución del contrato.
- Más bien, encarecía el despido para el empresario, luego parece que constituía un beneficio para el trabajador.
- No entendemos la apelación a la restricción a la impugnación judicial cuando la reforma laboral de 2012 mantiene en otros apartados (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, desvinculación de las condiciones de trabajo, despido colectivo, suspensión del contrato y reducción de jornada) que el acuerdo entre las partes reputa la presunción de validez del mismo y sólo puede atacarse si media violencia, fraude, coacción o dolo.
- Tampoco entendemos porque el legislador se introduce en la motivación interna del empresario para despedir, o en la racionalidad de los silogismos empleados.

El empresario puede intentar pactar un despido, sabiendo que no hay motivos disciplinarios reales u objetivos, porque no encaja la manera de ser del trabajador con su filosofía de la empresa, o porque lo considera conflictivo, o personalmente no tiene afinidad con él. ¿No puede entonces despedir el empresario, indemnizándole lo que a su derecho pertenece, y a salvo de motivos inconstitucionales?

- Al final, todo se justifica por el abaratamiento que se da por hecho del despido con la supresión de esta figura, y porque esta circunstancia puede exhibirse ante las instituciones internacionales que demandaban un despido más económico en España.

La exención fiscal del despido: Además de la eliminación de las referencias al despido exprés en el artículo 56.2 LET, La LRML, en su disposición final undécima, apartado uno, ha modificado el artículo 7 e) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), en el trámite parlamentario,²⁵⁸ suprimiendo el segundo párrafo del precepto, que establecía que cuando se extinguía el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estaban exentas las indemnizaciones por despido que no excedieran de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiese sido declarado improcedente, y no se tratase de de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Así, para obtener la exención de las indemnizaciones por despido no colectivo parece que será necesario que se produzca conciliación, o resolución judicial. La eliminación de esta exención de las indemnizaciones por despidos anteriores a la conciliación se produce, en principio, no a partir de la entrada en vigor de la LRML, sino a partir del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor del DLRML.²⁵⁹

Como norma transitoria, la propia LRML incorpora una nueva disposición transitoria vigésima segunda a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF. De acuerdo con el apartado dos de la disposición final undécima LRML, las indemnizaciones por despidos producidos desde la entrada en vigor del DLRML (12 de febrero de 2012) hasta la entrada en vigor de la LRML (8 de julio de 2012) estarán

²⁵⁸ Enmienda 648 del PP, aprobada en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de fecha 24 de mayo de 2012.

²⁵⁹ La justificación de la enmienda alude a que al haber desaparecido el despido exprés de la normativa laboral, se elimina también la exención de las indemnizaciones por despido, siendo necesario acudir al SMAC.

exentas en la cuantía que no exceda de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, cuando el empresario así lo reconozca en el momento de la comunicación del despido o en cualquier otro anterior al acto de conciliación y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Por consiguiente, para los despidos reconocidos improcedentes en el momento de su notificación o en cualquier otro anterior a la conciliación administrativa o judicial, y que se produzcan entre el 12 de febrero y el 8 de julio de 2012, el régimen jurídico es el preexistente, estando exentas dichas indemnizaciones como rendimientos de trabajo con los topes que se establecen para las indemnizaciones como despido improcedente (45 o 33 días por año de servicio, dependiendo de las fechas a computar).²⁶⁰

El tratamiento fiscal en los despidos colectivos y objetivos: El nuevo párrafo segundo del artículo 7 e) LIRPF, que sustituye al anterior párrafo tercero, establece para los despidos colectivos del artículo 51 LET y para los producidos por las causas previstas en el artículo 52 c) LET, debidos a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor, como cuantía exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en la LET para el despido improcedente (33 días por año de servicio y 24 mensualidades de tope, según el artículo 56 LET).

Como norma transitoria,²⁶¹ se contempla que las indemnizaciones por despido o cese consecuencia de los expedientes de regulación de empleo a que se refiere la disposición transitoria décima de la LRML, aprobados por la autoridad competente a partir de 8 de marzo de 2009 (fecha en que se determinó la exención de las indemnizaciones por despido en las cuantías pactadas entre 20 días a 45 días por año de servicio), estarán exentas en la cuantía que no supere cuarenta y cinco días de salario,

²⁶⁰ Si los despidos se han producido desde el 12 de febrero a 7 de julio de 2012, se mantiene la exención para la anterior situación. Lo que hace que no entendamos porqué no se ha optado directamente por la entrada en vigor a partir del 8 de julio en relación con la modificación del artículo 7 e) LIRPF.

²⁶¹ Menéndez Moreno, Alejandro, Lex Nova Blogs. Fiscal, 18 de julio de 2012.
<http://fiscal.blogs.lexnova.es/>

por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades²⁶².

De esta manera, estarán exentas como rendimientos de trabajos las indemnizaciones aprobadas en los expedientes de regulación de empleo que estuvieran en tramitación o en vigencia con fecha 12 de febrero de 2012. Es decir, la nueva disposición transitoria 22ª añadida a la Ley 35/2006, fija que las indemnizaciones consecuencia de los expedientes de regulación de empleo en tramitación o con vigencia en su aplicación a 12 de febrero de 2012 (disposición transitoria 10ª de la Ley 3/2012)²⁶³ aprobados por la autoridad competente a partir de 8 de marzo de 2009, estarán exentas en la cuantía que no supere 45 días de salario y 42 mensualidades.

Como primera conclusión, entendiendo que, despejando las pocas dudas que había con el DLRML, con la Ley queda patente que ha desaparecido de la normativa laboral el denominado “despido exprés”, resultando necesario para que se acuerde la improcedencia del despido acudir a conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), con un régimen transitorio que permite seguir aplicando esta norma para aquellos supuestos en los que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012) y hasta el 8 de julio de 2012 (día de entrada en vigor de la Ley 3/2012), cuando el empresario así lo reconozca en el momento de la comunicación del despido o en cualquier momento anterior al acto de conciliación “Contrario sensu”, desde el 8 de julio de 2012, las indemnizaciones por despido improcedente así reconocido por el empresario antes del acto de conciliación en el SMAC no estarán exentas del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

²⁶² La disposición transitoria décima LRML, por su parte, establece que los expedientes de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, o para la reducción de jornada que estuvieran en tramitación a 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del DLRML) se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio. Los expedientes de regulación de empleo para la extinción o la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada, resueltos por la Autoridad Laboral y con vigencia en su aplicación a 12 de febrero de 2012 se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

²⁶³ La justificación de la enmienda núm. 648 es interesante, basa la norma transitoria en la seguridad jurídica, y dice que responde al mismo planteamiento, pero en sentido inverso, que se adoptó con motivo de la equiparación de la indemnización exenta con la del despido improcedente, en relación con los EREs aprobados con anterioridad a 8 de marzo de 2009, aunque el despido se hubiera efectuado con posterioridad.

Como segunda conclusión, suprimiéndose, en relación con los despidos colectivos, la mención a la tramitación de los expedientes de regulación de empleo (ERES) como consecuencia de las modificaciones efectuadas en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, los despidos colectivos y objetivos estarán exentos en tanto no superen los límites establecidos legalmente para el despido improcedente. Por las mismas razones expuestas de aplicación gradual de la norma, se mantiene la indemnización exenta en la misma cuantía que con anterioridad a la reforma laboral (45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades) en los casos de expedientes de regulación de empleo tramitados desde el 8 de marzo de 2009 hasta el 12 de febrero de 2012.²⁶⁴

Hubo una polémica a raíz de la entrada en vigor del DLRML, incluso a nivel de práctica administrativa, y así, mientras delegaciones provinciales de la Agencia Tributaria como la de Madrid determinaban la exención tributaria de las indemnizaciones pactadas por despido improcedente, otras consideraban que no lo estaban si no había acta de conciliación administrativa o judicial. Se consideró que debía clarificarse el tratamiento fiscal en la tramitación como proyecto de ley, como así se ha hecho. El hecho de que en el Real Decreto-ley 3/2012 se evitara cualquier alusión al reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido no dejaba de ser significativo.²⁶⁵ Ciertamente, las dudas sobre la tributación de las indemnizaciones por despido improcedente que razonablemente surgieron con la promulgación del DLRML

²⁶⁴ En este mismo sentido, *vide* <http://www.fiscal-impuestos.com/indemnizaciones-por-despido-exentas-irpf-incentivos-fiscales-para-contratos-de-trabajo-indefinidos-apoyo-emprendedores.html>

²⁶⁵ El cambio producido en la tramitación como proyecto de Ley es significativo. De la redacción del propio artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en la versión dada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de Febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, podía deducirse que se podía realizar el reconocimiento de la improcedencia del despido, porque dicho artículo señalaba expresamente que "el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo." Así, una empresa que decidía despedir a un trabajador y en el momento del despido le ofrecía la indemnización prevista legalmente para el despido improcedente. El trabajador aceptaba la indemnización, la cobraba y firmaba también su finiquito con renuncia de acciones legales. En este caso, alguna doctrina entendía que, conforme al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sí que se produciría la extinción del contrato de trabajo, mediante un despido improcedente, no impugnado judicialmente. El cambio de redacción en La Ley 3/2012 es sustancial, y así la redacción vigente establece que no es el abono de la indemnización sino la opción por la indemnización la que determina la extinción del contrato del trabajo, lo que por otra parte, desvincula del abono de la indemnización por despido el hecho jurídico de la extinción del contrato de trabajo. *Vid.* la enmienda núm. 621 del PP, aprobada por la Comisión del Congreso.

han desaparecido como consecuencia de la enmienda que durante la tramitación parlamentaria se ha aprobado a instancia del PP.²⁶⁶

Como cuestión última, tenemos lo siguiente: ¿Podremos seguir pactando despidos improcedentes por vía amistosa? Relativamente, porque tributará esa indemnización como rendimiento de trabajo. Claro que seguirán alcanzándose acuerdos como hasta ahora, solo que con el “modus operandi” anterior a la Ley 45/1992, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, por lo que deberemos “escenificar” nuestro “desacuerdo” en conciliación administrativa o judicial o llegar incluso a la declaración de una sentencia, para que estas cantidades sigan estando exentas. En todo caso, estarán sujetas las que excedan de 33 días por año de servicio.

Por ello, consideramos desacertada la reforma en este punto, por lo que atenta contra la autonomía de la voluntad, y contra la libertad de acuerdos válidos, por el encarecimiento que supondrá de las tramitaciones por despido y su prolongación en el tiempo, por propiciar el uso masivo de un “pseudo”-fraude legal, obligando a los afectados a recurrir a las instancias administrativas o de resolución extrajudicial del conflictos, o incluso ante el juez, sin que haya discrepancia real en las posturas de las partes. Además, consideramos que el tratamiento para estos despidos individuales es de peor derecho que para los colectivos, ya que estos expedientes de regulación de empleo no requieren con la reforma la autorización administrativa, que sería el correlato de la conciliación o resolución judicial.²⁶⁷

²⁶⁶ La citada enmienda núm. 648 del PP.

²⁶⁷ Tendremos supuestos que difícilmente casarán con la agilidad de las resoluciones de los conflictos y con la economía procesal. Por ejemplo, un contrato de interinidad en el que el empresario decida prescindir del trabajador interino con antelación al momento de la incorporación del sustituto. Imaginemos una indemnización por despido improcedente de 500 euros, y que el empresario esté dispuesto a reconocer dicha improcedencia. La carta de despido, aun sin impugnación del trabajador, le seguiría garantizando la situación legal de desempleo (ello es así desde la Ley 45/2002). Pero para que esta indemnización esté exenta de tributación, precisará al menos acudir al Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, cuando no a la conciliación judicial, y ejecutar la “representación” de que se concilian o convenian, lo que no deja de significar una demora en la resolución del conflicto laboral, y un encarecimiento de los costes por la tramitación debida.

En todo caso, se nos antoja de importancia capital en estos casos un buen asesoramiento, y así, será pertinente la elaboración formal de la carta de despido que cumpla escrupulosamente las prescripciones legales. En resumen, creemos que están creando un problema donde no lo había, por el prurito del legislador de penalizar las indemnizaciones altas, considerando que ni por acuerdo debe permitirse que los costes del despido sean excesivamente gravosos para el empresario. Con ello volvemos a la situación anterior a la antecitada Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del

11.5. *El despido por absentismo*

Sorprende que una las críticas sociales más aceradas hacia la reforma laboral aprobada haya tenido que ver con las modificaciones efectuadas en el artículo 52 d) LET, en lo relativo al despido objetivo por causas del absentismo del trabajador. Decimos que sorprende porque, en primer lugar, realmente las modificaciones operadas por el Real Decreto-ley 3/2012, como veremos, tampoco han sido relevantes empeorando las condiciones para este despido; porque, en segundo lugar, en realidad esta modificación ya se inició con la anterior reforma del 2010; porque, en tercer lugar, ha habido mucha confusión en los planteamientos expuestos mezclando indebidamente lo que ya era legislación en vigor con las novedades introducidas; porque, en cuarto lugar, estas causas derivan siempre hacia la calificación, no de un despido disciplinario procedente, como confusamente a veces se determina, sino de despido objetivo, lo que conlleva la indemnización correspondiente de 20 días por año de servicio; y finalmente, en quinto lugar, porque esta reacción y la alarma social consiguiente, que se ha echado en falta en relación con otros apartados más trascendentes para los derechos adquiridos de los trabajadores, ha supuesto que prosperase una enmienda en el Congreso²⁶⁸, que ha dejado su redacción, a nuestro juicio, en algunos supuestos, con mayores garantías para los trabajadores que en su redacción incluso anterior a la reforma de 2010.

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, modifica la causa objetiva para el despido individual por falta de asistencia al trabajo, manteniéndose la exigencia, que por tanto ya estaba en la redacción antes vigente, de que las faltas, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, pero suprimiendo la exigencia de que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo superase el 2,5% en los mismos periodos de tiempo. Previamente, el Real Decreto-ley 10/2010, y la subsiguiente Ley 35/2010 habían introducido este ratio

sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Con un problema añadido, que creemos no se ha suscitado convenientemente. Si como trabajador se le obliga a conciliarse para cobrar sin carga fiscal una indemnización por despido que el empresario está dispuesto a reconocer “ab initio”, de paso será frecuente que su asesor le recomiende, ya que debe ir al Servicio de Mediación, y si no hay avenencia, al juzgado de los Social, que pida la nulidad del despido para intentar obtener la readmisión (causas de indemnidad, de conciliación de la vida familiar, de afiliación sindical, etc.). En este sentido, reiteramos la importancia de que la cartas de despido estén bien redactadas para evitar una declaración de nulidad por parte de los juzgados, por falta, por ejemplo de causa, en los despidos objetivos.

²⁶⁸ Enmienda núm. 649 del PP aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social el día 24 de mayo de 2012.

del 2,5% frente al 5% anterior. Con ello, se había rebajado a la mitad el requisito previo para operar el despido, que hacía relación al índice total de absentismo de la plantilla.

Con estas referencias, ciertos análisis subrayaban el hecho de que las bajas por enfermedad justificadas de corta duración “darán” lugar al despido, cuando en realidad, “ya daban” lugar al despido. También se enfatiza en que, supuestos dos meses consecutivos de 20 días laborales/mes, si a consecuencia de dos bajas laborales de corta duración en ese lapso debidas a contingencias comunes (por ejemplo, una gripe y un esguince), se produce una ausencia al trabajo de 8 días (el 20% de los 40 días laborables que constituyen dos meses consecutivos), dicha circunstancia podía ser constitutiva de despido. También eso ya era así en la legislación laboral española. Se obvia a menudo el hecho de que este despido no quiere decir ausencia de indemnización, puesto que tiene naturaleza objetiva.

Por otra parte, si anteriormente se exigía una plantilla moderadamente absentista (5%) como condición previa para accionar la medida, a partir de la reforma de 2010, lo cierto es que el índice de absentismo del 2,5% era desde luego muy bajo, y, por tanto, muy fácil de superar, activando la aplicación del precepto. Por lo que la supresión de este porcentaje en el Real Decreto-ley 3/2012 no revierte excesiva trascendencia. Por lo demás, se criticó mucho esta condicionalidad que se hacía a una plantilla absentista para accionar el despido. Más razonable consideramos los ratios establecidos en la reforma en relación con el propio trabajador, y no con el resto del personal. En efecto, ya no se exige un nivel global de absentismo de la plantilla²⁶⁹, evitándose que en las empresas con plantillas muy poco absentistas el trabajador salga beneficiado²⁷⁰.

No obstante, las críticas vertidas, que, insistimos, confundían parcialmente la legislación anterior con las novedades introducidas, logran que el Congreso introduzca exitosamente unas mayores garantías que dificultarán la aplicación del precepto.

Así, para accionar este despido objetivo, según redacción definitiva de la LRML:

²⁶⁹ Referenciado a la empresa, no al centro de trabajo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 9 de junio de 2009).

²⁷⁰ Cuando se computaba el nivel de absentismo global de la empresa, se excluían también las faltas excluidas para el cómputo (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de enero y de 18 de septiembre de 2007).

- Es preciso además de que las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, que en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles.
- No se computarán como faltas de asistencia las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, además de la relación que ya venía establecida, de huelga legal, actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, parto, o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral acordada por los servicios sanitarios oficiales cuando tengan una duración de más de 20 días consecutivos, las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género²⁷¹

De esta manera, se introduce la excepción de que estas ausencias justificadas pero intermitentes no puedan derivarse en despido si corresponden a enfermedades graves, que por la propia etiología del tratamiento, hacen inevitables ausencias de corta duración pero cíclicas al centro de trabajo. En realidad, enlazando con la finalidad de este precepto, ya existía una jurisprudencia minoritaria rebelde a la tesis del Tribunal Supremo de no considerar la enfermedad como causa de discriminación merecedora del despido nulo²⁷².

²⁷¹ La enmienda núm. 649 del PP aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social el día 24 de mayo de 2012, ya citada, introduce el requisito de que el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos suponga también un total de faltas de asistencia del 5% en los doce meses anteriores. También el que no se computen como motivo de despido por la vía del artículo 52 d) las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Es notable la justificación empleada, ya que se dice que se hace para evitar despidos por razones de ausencia justificada al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto, en que se pueda producir algún problema puntual de salud, pero entonces debería suprimirse el artículo porque entendemos que cualquier enfermedad, también las leves, están justificadas y requieren tratamiento médico. Más entendible es la referencia al 5% en los doce meses anteriores, que evita que se pueda producir problemas puntuales de salud con consecuencias de rescisión de la relación laboral.

²⁷² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de enero de 2011, núm. de recurso 204/2010 (La Ley 427/2011). La sentencia trae causa de un supuesto en el que un trabajador fue despedido porque su empleador estimó que, considerando los continuos procesos de incapacidad temporal en los que el trabajador había estado incurso, su contratación no era rentable. El trabajador accionó solicitando la nulidad de su despido, pretensión que fue desestimada por la sentencia de instancia del juzgado de lo Social nº 3 de las Palmas de Gran Canarias de 31 de julio de 2009, que confirmó la improcedencia del despido reconocido por la empresa.

Es clara la referencia al cáncer como enfermedad desgraciadamente de naturaleza grave, pero el resto de lo que debe considerarse “enfermedades graves” posiblemente de lugar a animados debates doctrinales y controversias en juicios, que deberán aquilatarse con lo que puedan entender los convenios colectivos sobre lo que se considera enfermedad grave, y en la recta ponderación del criterio de los jueces, basándose en las pruebas documentales y periciales que proporcionen los servicios facultativos. En todo caso, está presente, suponemos, en esta adición de la tramitación parlamentaria excluyendo las faltas debidas al tratamiento médico del cáncer u otras enfermedades graves, la regulación de la reducción de la jornada por cuidado de menores afectados por estas enfermedades (cáncer u otras de naturaleza grave), y subsiguiente prestación económica de la Seguridad Social, regulada en el artículo 135 quáter LGSS, introducida por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre.

Estamos en todo caso ante un supuesto de despido objetivo que era marginal en cuanto a su aplicación, seguramente debido al desconocimiento de esta institución. Esta propia ignorancia ha causado la confusión de términos explicada, pero posiblemente estas circunstancias propicien que se conozca más en el futuro y anime a los empresarios a hacer uso de ella.

Tampoco es desdeñable las dificultades prácticas de aplicación, debido a la lista de exclusiones tan notable, que en la práctica se reconduce este despido hacia las bajas laborales debidas a riesgos no profesionales por incapacidad temporal de corta duración.²⁷³ Si las bajas son injustificadas, están evidentemente los mecanismos del

En base a la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal estimó la nulidad del despido. De acuerdo con la citada doctrina, la enfermedad de un trabajador puede constituir un factor de discriminación en dos casos: (i) cuando la enfermedad supone la estigmatización como persona enferma de quién la padece; y, (ii) cuando la enfermedad es tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada. En el presente caso, el Tribunal consideró que, en la medida en que la empresa había despedido al trabajador porque, al estar enfermo, no era rentable, había considerado la mera existencia de su enfermedad, en sí misma considerada, como la causa del despido. Un Auto posterior del Tribunal Supremo de noviembre de 2011 inadmite a trámite el recurso de suplicación, sin entrar en el fondo del asunto, por lo que la sentencia deviene firme. La trascendencia de esta sentencia, aparte su esencial componente emocional y humano, es que puede ser el primer ariete contra la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal que rechaza la enfermedad como causa de discriminación, y por tanto, de despido nulo. (Circular informativa Uría Menéndez, febrero 2011).

http://www.uria.com/documentos/circulares/285/documento/2630/Laboral_castellano_febrero_2011.htm?id=2630.

²⁷³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 9 de junio de 2009.

despido disciplinario, que permite despedir al trabajador absentista con mayor facilidad y sin indemnización.

En cualquier caso, podemos hacer unas consideraciones de interés sobre el absentismo laboral como causa de despido objetivo.

Primero, sabemos que frente a estas causas justificadas, incursas en un posible despido objetivo, tenemos el supuesto de las causas injustificadas, que darían lugar a un despido disciplinario en base al artículo 54.2 a) LET.

Segundo, estamos ante lo que jurisprudencia califica “despido por excesiva morbilidad”. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 9 de julio de 2009²⁷⁴ así tilda este supuesto de despido. La excesiva morbilidad comporta que un trabajador sufre bajas por enfermedad o accidentes recurrentes de no larga duración pero que implican ausencias reiteradas al trabajo. Estas faltas son justificadas, dado que suponen una suspensión del contrato de trabajo conforme al artículo 45.1 c) LET. El legislador considera que esta constante reiteración conlleva unos costes excesivamente gravosos para el empresario. Faltan los servicios correspondientes a la obligación de su prestación laboral. Debe conservarle el puesto de trabajo. Debe afrontar a su exclusivo cargo los quince primeros días de la incapacidad temporal por enfermedad común (artículo 131.1 LGSS). Finalmente, debe afrontar los costes inherentes a la reorganización o sustitución de ese puesto de trabajo.

Es preciso por tanto que nos hallemos ante faltas intermitentes o recurrentes de asistencia al trabajo.²⁷⁵

Distinguiríamos un doble aspecto, cualitativo y cuantitativo en relación con la excepción de cómputo de las faltas de asistencia al trabajo.²⁷⁶ En relación con el primero nos plantearíamos un doble dilema. Si la lista de faltas de asistencia es abierta²⁷⁷ o es

²⁷⁴ Citada y glosada por Fernández Díaz, Antonio. *El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral*. Portal jurídico de Lex Nova, de 27 de julio de 2012.

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de julio de 2005: “en todo caso ha de producirse dicha intermitencia en las faltas al trabajo.”

²⁷⁶ *Ibid.* Fernández Díaz, A. *El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral*

²⁷⁷ Así opina Sala Franco, T. *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2001. Pág. 36 y siguientes.

numerus clausus²⁷⁸. A favor de la lista abierta, que defendemos, argumentamos que faltan supuestos como la adopción o acogimiento, que no están expresamente recogidas, pero que son causas de suspensión del contrato, que deben considerarse también exceptuadas, so pena que consideremos incursos en posibles supuestos de inconstitucionalidad respecto a la maternidad, que sí que está incluida. Otros supuestos no recogidos, como las de cargo público representativo, cierre legal de la empresa, o privación de libertad, tienen su propio régimen jurídico que imposibilitarían el despido. Por todo ello, creemos que se exige un tratamiento integrador y analógico de la exclusión del cómputo de faltas de asistencia, postulando su carácter de lista abierta.

La siguiente cuestión cualitativa es si deben incluirse tanto las faltas justificadas como las injustificadas o sólo las primeras. En realidad, el adverbio “incluso” nos lleva a considerar que se consideran las faltas justificadas, además de las injustificadas. Ahora bien, consideramos que esta circunstancia no se compadecería con el supuesto del despido disciplinario por faltas de asistencia no justificadas, que no tendría mucho sentido si en la “bolsa” de ausencias del despido objetivo se incluyeran ambos supuestos.

El aspecto cuantitativo hace mención a que las ausencias deben representar al menos el 20% de las jornadas hábiles en un periodo de dos meses consecutivos, siempre que el volumen de ausencias en los doce meses precedentes haya sido el 5% de las jornadas hábiles, o bien el 25% en un periodo de cuatro meses discontinuos, dentro de un periodo de doce meses.

Sabemos que la referencia al 5% en el supuesto de ausencias de al menos del 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos es novedad de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012. Frente a redacciones anteriores del precepto (la Ley 35/2010), la referencia al índice de absentismo es del propio trabajador, no de la plantilla de la empresa. En ambos supuestos (20% en dos meses consecutivos, o 25% en cuatro meses discontinuos), no es preciso que estos porcentajes concurren en cada uno

²⁷⁸ Asquerino Lamparero, M.J. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo*. AS, núm 2. 2006. Pág. 8 y siguientes.

de estos meses, sino que basta que concurran en el cómputo global de los dos o cuatro meses²⁷⁹

Finalmente, el aspecto tan discutible de que sólo computen para este despido objetivo las faltas por enfermedad o accidente no laboral que no superen los 20 días en un periodo determinado, nos lleva a preguntarnos también que ocurriría con aquellos procesos de enfermedad que responden a una misma etiología, que cursan bajas no consecutivas inferiores al citado umbral de 20 días, pero cuya suma total de esas faltas no consecutivas sí exceden de los 20 días. La jurisprudencia se ha encargado de precisar que para que sean motivo de despido no precisa que respondan a diferente etiología o enfermedad, y así si cada una de ellas, aun siendo parte del mismo proceso etiológico, son inferiores a 20 días, computan igualmente para este despido objetivo.²⁸⁰

11.6. El despido objetivo y colectivo

11.6.1. La supresión de una vieja institución. La autorización administrativa

El despido colectivo se caracterizaba en nuestro país por requerir autorización administrativa. Era uno de las principales señas de identidad de nuestro derecho del trabajo, y el principal vestigio de un modelo diferente de relaciones laborales, en el que la intervención administrativa tenía un papel fundamental. Ni la reforma de 1994, ni la de 2010 se atrevieron a suprimir este régimen jurídico. Ciertamente, ya no tenía referencias a nivel europeo, pero ello no quiere decir que el sistema de expediente administrativo funcionara de forma manifiestamente diferente. Con la excepción del periodo relativo a la crisis económica actual -en las que todos los mecanismos de salvaguarda han fracasado consecuencia del aceramiento de la crisis- entendemos, contrariamente a la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, que los expedientes administrativos no retardaban excesivamente las reestructuraciones empresariales, y eran un control de legalidad y de oportunidad, que evitaba mucho trabajo en sede judicial, en forma de impugnaciones.

La tendencia, que la había, a “alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por

²⁷⁹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de octubre y de 18 de noviembre de 2005.

²⁸⁰ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de julio de 2005, de 24 de octubre de 2006, y de 27 de noviembre de 2008 (RJ 2009/386)..

parte de la autoridad laboral” (Fundamento V del Preámbulo LRML), no creemos que fuera intrínsecamente mala en tanto se reforzaba la filosofía del Derecho del Trabajo basada en el consenso de los agentes sociales para autorregular sus relaciones de trabajo. Es cierto que estos acuerdos suponían con frecuencia indemnizaciones mayores, pero tampoco se entiende el afán del legislador de recortar las indemnizaciones por despido, aun con la oposición del empresario, que con frecuencia quería resoluciones contractuales rápidas aun cuando conllevaran mayor coste. Éste entendía con frecuencia que una mayor indemnización en relación con las previstas legales compensaba la seguridad jurídica que otorgaba la autorización administrativa, y además suponía una compensación justa para los trabajadores afectados.

No consideramos que ello supusiera una desnaturalización del período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, ya que sufragar una indemnización superior a la mínima legal que le ampare frente a situaciones de falta de trabajo creemos que coadyuva a atenuar las consecuencias del despido, y ello con independencia de que se deban también adoptar medidas sociales destinadas a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Se ha dado, pues, el paso que se reclamaba desde instancias de las organizaciones empresariales, y de organismos internacionales, suprimiéndose la necesidad de autorización administrativa, y eliminando así el último bastión del modelo antecedente de relaciones laborales. Eso sí, manteniendo la exigencia comunitaria de un período de consultas²⁸¹, que ya no requerirá un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos. Ello se acompaña, dice la Exposición de Motivos LRML, de una asimilación de estos despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido.

²⁸¹ La Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998.

Con ello, evidentemente se ha sustraído poder e influencia a las organizaciones sindicales que negociaban los EREs y que a menudo, con su asesoramiento, obtenían para los trabajadores ventajas adicionales sobre los mínimos legales. Al no ser necesario alcanzar acuerdo con los trabajadores, como premisa, fáctica que no jurídica, para obtener la autorización administrativa, el recurso a los sindicatos, y, por tanto, su necesidad en la tramitación del expediente, ha decaído notablemente.

La autoridad laboral no autorizaba los EREs en general, sólo los que no alcanzaban acuerdo en el periodo de consultas. Si había acuerdo, era una especie de “homologación” del acuerdo. Como las autorizaciones no eran muy frecuentes si no había avenencia entre las partes, en realidad se forzaba al acuerdo. Esto ya no pasará, y, consiguientemente, se multiplicarán las demandas judiciales. La supervisión corresponde con la regulación actual a los Tribunales, puesto que la Administración se convierte en mera receptora de la documentación, aunque con la enmienda aprobada en la tramitación parlamentaria, adquiere funciones de mediación, si las partes están de acuerdo, o en todo caso de asistencia.²⁸² En un escenario de justicia gratuita en muchos de los supuestos, y de un criterio de no imposición de costas salvo temeridad, es probable que los juicios se multipliquen. El empresario ya no tendrá el “salvoconducto” de la Administración con la autorización u “homologación” del expediente. Ello alimentará demandas colectivas e individuales.

Otra novedad interesante es la posibilidad de incluir mediante convenio colectivo o acuerdo en el periodo de consultas (artículo 51.5 LET), a otros colectivos, para que, además de los representantes legales de los trabajadores, tengan prioridad de permanencia en la empresa en los expedientes de regulación de empleo. El legislador da algunas pistas, que no una relación cerrada, mencionando a los trabajadores con cargas

²⁸² La autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa (artículo 51.2 LET).

En qué se sustanciará la asistencia, es algo bastante confuso, si consideramos que es algo independiente y distinto de las advertencias y recomendaciones establecidas antes. Suponemos que estas advertencias y recomendaciones se ceñirán a garantizar que el periodo de consultas realmente tiene lugar y no es un apartamiento de trámite. Si asistencia implica asesoramiento a las partes, o mera información, o puede contener recomendaciones o sugerencias sobre el fondo del asunto, es algo que es igualmente interpretable..

familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. Parece probable que se produzcan tensiones, ya que la representación de los trabajadores intentará blindar a ciertos colectivos, que en algunas ocasiones, coincidirá precisamente con los que el empresario pretende despedir.

11.6.2. El papel de la Inspección de Trabajo

En cualquier caso, se nos antoja crucial el papel de la Inspección de Trabajo en el nuevo “iter” procedimental del despido colectivo. En el nuevo artículo 51 se dispone que “recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento”. Parece lógico pensar que el papel de mediación y consulta que se reserva a la autoridad laboral en el periodo de consultas (introducido en la tramitación del proyecto de ley) se ejercerá usualmente a través de la vía, o mediante el asesoramiento técnico, de la Inspección de Trabajo. Parece también probable que el informe que en todo caso deba emitir, no se limitará a examinar el cumplimiento de los trámites formales, y que irá a examinar la razonabilidad de las extinciones propuestas, y sus causas, como hasta la fecha presente. Por último, parece también plausible que el incremento de conflictividad jurisdiccional que aventuramos, una vez suprimidos los controles de legalidad y de oportunidad de la autoridad laboral, se plasmen en un sentido uniforme: el juez de lo Social, antes de decidir, se interesará muy especialmente por el contenido de este informe, y será un elemento probatorio de primer nivel, por provenir de un cuerpo administrativo de peritos laborales independientes, puesto que deberá primar la defensa del interés público.

“Lege ferenda” hubiéramos considerado interesante que se hubiera regulado la necesidad de que la decisión empresarial, caso de no mediar acuerdo con los representantes de los trabajadores, al menos se hubiera pospuesto a la conclusión del informe de la Inspección de Trabajo, y tener así en cuenta posibles vicios de legalidad o no fundamentación suficiente de las causas, posibilitando una reacción a tiempo, y

evitando la conflictividad jurisdiccional y pérdida del pleito, con los perjuicios correspondientes.

El informe de la Inspección de Trabajo, ya importante antes, puede ahora, posiblemente sin preverlo así el legislador, cobrar aun más importancia. Su carácter preceptivo aunque no vinculante, puede ser fundamental para el juez de lo Social. Entendemos que no se limitará a exponer los vicios procedimentales, y su responsabilidad, sin filtro administrativo, le llevará a pronunciarse sobre las causas motivadoras, incluso aun cuando medie acuerdo entre empresas y trabajadores.

Como señala la Nota Informativa de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de fecha 26 de marzo de 2012, este informe ha de versar sobre el fondo y la forma. Debe analizar la causa legitimante de la medida, y además, comprobar que se ha respetado el proceso de diálogo con los representantes de los trabajadores. Por último, debe controlar si, de haber acuerdo, éste se ha obtenido incurriendo en fraude, dolo, coacción o abuso de derecho²⁸³.

11.6.3. La tutela judicial de los despidos colectivos

En el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) se regula el procedimiento de impugnación de los despidos colectivos del artículo 51 LET. Esta Ley es modificada cuatro meses más tarde de su promulgación mediante el DLRML, y posteriormente, por la LMRL en la tramitación parlamentaria de aquél. Se prescinde de la conciliación previa, se posibilita el recurso en casación ordinaria y se articulan cuatro procedimientos para que puedan impugnar la decisión judicial los representantes de los trabajadores, que conocerán en única instancia la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia:²⁸⁴

- Que no concurra la causa legal indicada en la comunicación escrita (económica, técnica, organizativa o de producción). Luego parece que si se puede impugnar

²⁸³ En relación con el informe sobre la causa, la Nota señala que “el actuante debe informar sobre los hechos alegados por la empresa pero sin hacer calificaciones jurídicas, es decir, sin exigir una justificación ... ni juicios sobre la razonabilidad de la medida que pretende llevar a cabo la empresa.”

²⁸⁴ En relación con los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del artículo 124 LJS, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma

la causa, es que no es tan objetiva, o que la Ley admite interpretaciones sobre la razonabilidad de estas causas.

- Que no se haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista para el periodo de consultas o no se ha respetado el procedimiento establecido en el supuesto de fuerza mayor. Con lo que el empresario tendrá que ser especialmente cuidadoso con la tramitación del expediente, que podría dar lugar a un despido nulo, ser muy formalista en la consulta, y velar por que el procedimiento de elección de los trabajadores que han de componer la comisión “ad hoc” en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores sea democrático realmente.
- Que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Lo que nos lleva otra vez a que el empresario procure disipar cualquier duda sobre la buena fe y ausencia de presión a los trabajadores para llegar a un acuerdo. También caben responsabilidades civiles, e incluso penales de los trabajadores, o sus representantes legales, que hubieren actuado en connivencia con el empresario. Así, En caso de que el período de consultas regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los firmantes del mismo.
- Que la decisión extintiva se haya efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas. Puesto, que de igual manera que en los supuestos anteriores, conduciría a declarar la nulidad del despido.

Sería interesante preguntarnos sobre si pueden ejercitar las pretensiones anteriores las comisiones de trabajadores formadas “ad hoc” en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa. ¿Están legitimados activamente estos trabajadores para demandar a la empresa, dado que sí lo están para ser interlocutores de la empres en el periodo de consultas de los despidos colectivos? La respuesta debe ser positiva. Aunque la referencia literal “representantes de los trabajadores” del artículo 124 LJS parece no casar con esta tesis, en base a una interpretación literal y gramatical, ello no permite, a nuestro juicio, inferir la voluntad excluyente del legislador respecto a esta comisión, a la que, por otra parte, ha conferido representación legal en el proceso del despido colectivo del artículo 51 LET, en relación con el artículo 41.4. No tendría sentido que estos trabajadores tuvieran potestad para participar en la extinción de contratos de trabajo, de consuno con el empresario,

mediante el acuerdo en el periodo de consultas, y se le privaran de impugnar la decisión empresarial. Además, posiblemente sería contrario al principio de tutela efectiva consagrada en el artículo 24 CE, puesto que si han participado en el proceso de la negociación previa a la decisión extintiva, también deben poder impugnar la misma²⁸⁵.

No puede ser objeto de este proceso (a través de la demanda por parte de los representantes de los trabajadores) las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones, que deben plantearse mediante la impugnación individual de la extinción del contrato en el marco de un despido colectivo, se siguen atribuyendo a los Juzgados de lo Social, por el cauce previsto para las extinciones por causas objetivas.

Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los representantes legales de los trabajadores (o representantes sindicales con implantación en la empresa) o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de la Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva, y evitar así la pendencia en el tiempo de la legalidad de la decisión empresarial que puedan venir de reclamaciones individuales subsiguientes. La sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá por tanto efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales.

Por último, debemos recordar que este proceso tiene carácter urgente y preferente²⁸⁶, pero ello no evitará un lapso no inferior a dos meses en la práctica procesal ordinaria, con las incertidumbres y problemas prácticos que comportará.

²⁸⁵ Vid. la Sentencia nº 13/2012, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de mayo, en apoyo de esta tesis. Su gran valor radica en que el periodo de consultas del despido colectivo que se ventila tuvo lugar el 13 de febrero de 2012, con lo que ya estaba en vigor el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

²⁸⁶ “En aras de la celeridad que ha de presidir el procedimiento laboral, esta nueva modalidad procesal tendrá el carácter de preferente y urgente, y viene caracterizada por atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional el conocimiento, en primera instancia, de la impugnación por parte de los representantes de los trabajadores del despido colectivo, reconociéndose, posteriormente en aras de la celeridad, el recurso de casación” (Exposición de Motivos (F 6º) de la Ley 3/2012, de 6 de julio).

11.6.4. El “outplacement”

El artículo 51.2 LET establece que el periodo de consultas debe versar, como mínimo, y entre otros extremos, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

Y en su apartado 10 se dice que la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. De esta manera, lo que era el tradicional “plan de acompañamiento” debe hacerse ahora preceptivamente mediante el recurso a una empresa especializada externa²⁸⁷. La Ley se extiende en el cómo y cuándo de este plan, para evitar que sea un mero recurso para cumplir la norma formalmente, y así dice que debe ser diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. La Ley exonera de esta obligación a las empresas sometidas a un procedimiento concursal. Y además puntualiza, a nuestro juicio de forma innecesaria, por cuanto estaríamos en caso contrario ante un abuso de Derecho, que el coste de la elaboración e implantación de dicho plan no puede recaer o repercutirse sobre los trabajadores.

El legislador ha pretendido forzar aquí la introducción de uno de los componentes de la flexiseguridad, haciendo obligatorio acudir a una instancia externa para evitar la perversión anterior de hacer planes de acompañamiento vacíos de contenido, y compensar a los trabajadores, en su caso, con una indemnización mayor (“outplacement” versus “dinero”). No obstante, aun pudiendo ser objeto de vigilancia de la autoridad laboral su cumplimiento, a través del SPE, y también objeto de reclamación por los trabajadores, y aun de infracción administrativa de carácter muy grave, la omisión o incumplimiento defectuoso del trámite, no está sancionado con la nulidad del expediente.²⁸⁸ No obstante, sí que podría declararse la nulidad del despido por

²⁸⁷ De nuevo podemos apreciar la notable influencia desplegada por los grupos de presión de las empresas de trabajo temporal, pues parece claro que son en la actualidad las que están capacitadas para dar este servicio demandado por el legislador.

²⁸⁸ De forma discutible, entendemos, puesto que le quita poder de coerción al cumplimiento de la medida.

contravención del artículo 51.2 LET si se acreditase que se hubiese omitido en el periodo de consultas el recurso a medidas sociales de acompañamiento (“medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”).

11.6.5. El control judicial de los despidos colectivos y objetivos. La “objetivización de las causas económicas

Además de la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos, la otra gran novedad de la reforma en esta materia es la objetivación de las causas económicas, cuyo análisis hemos comenzado a propósito de la desvinculación de las condiciones de trabajo del artículo 82.3 LET.

De los resultados de la empresa ha de desprenderse una situación económica negativa, sin que ello se vincule a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el nivel de empleo.²⁸⁹ Ahora se exigen tres trimestres consecutivos (no dos como en la inaplicación de las condiciones de trabajo) de disminución de ingresos ordinarios o ventas, comparándose cada trimestre en relación con el registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se establece este criterio objetivo para determinar la existencia de una situación económica negativa. Este parámetro evidentemente no es único, es un criterio que determina la existencia “iuris et de iure” de las causas económicas alegadas, pero puede haber más, como la existencia de pérdidas, actuales o previstas, u otros criterios que se consideren razonables para acreditar la disminución del nivel de ingresos.²⁹⁰

Entendemos que se quiere anular la ambivalente doctrina judicial que denuncia la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012. Se quiere primar una concepción racional y empresarial del despido frente a otra meramente defensiva, “como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está

²⁸⁹ Redacción de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.”

²⁹⁰ En el V Convenio General del Sector de la Construcción se ejemplifica tal circunstancia si disminuye en un 12% el ratio de explotación por empleado.

destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas”. La desconfianza en la estimación judicial de las causas alegadas para el despido objetivo ha producido, para el legislador, que con frecuencia las empresas se decantaran “por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación”.

La desconfianza que subyace hacia el criterio de los jueces es palmaria. Los empresarios acudían al despido exprés porque los jueces no eran proclives a considerar justificadas las causas impetradas por el empresario. Por eso, se quiere eliminar el juicio de razonabilidad que permanecía en la Ley 35/2010 (la “razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”). La reforma laboral de 2012 pretende con ello reducir el libre albedrío en el juicio que corresponde al magistrado de lo social. Indirectamente, parece acusar a la jurisprudencia de hacer fracasar el despido objetivo, y de encarecer los costes de la decisión extintiva. Y no olvidemos que la aspiración mal disimulada de la reforma es que los despidos se conformen no con la nueva indemnización del despido improcedente, sino que se generalice la indemnización del despido objetivo.

No obstante, la desaparición del juicio de razonabilidad, tal y como aparecía en la anterior redacción, ello no quiere decir que el juez no pueda examinar si el despido es razonable. ¿Qué ocurrirá si se cumple la disminución de ingresos durante tres trimestres consecutivos²⁹¹, y en el lapso que transcurre entre el ERE o la carta de despido objetivo, y la sustanciación del juicio, hay un vuelco sustancial positivo en la contabilidad de la empresa? ¿Qué ocurre si la disminución de ingresos es insignificante, y en números absolutos se trata de ingresos muy importantes?

¿Desaparecerán los criterios jurisprudenciales vigentes para estimar, o mejor, desestimar, la justificación de las causas económicas en base al criterio de la existencia de un grupo empresarial²⁹²? No lo creemos así, y tampoco el Real Decreto 801/2011, de

²⁹¹ Entendemos que deberían computarse a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012.

²⁹² Nos referimos al grupo de empresas a los efectos patológico-laborales, no económico-mercantiles, tal y como lo ha caracterizado el criterio jurisprudencial ampliamente reiterado que recuerda la

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, parece prescindir del grupo de empresas como ámbito idóneo para determinar la existencia de causas económicas. En los despidos objetivos individuales se nos antoja necesario seguir fundamentando exhaustivamente la concurrencia de las causas económicas a nivel de grupo de empresas, para evitar su declaración de nulidad o improcedencia. Y lo mismo en los despidos colectivos, en los que ha habido pronunciamientos judiciales, cuando todavía existía la autorización administrativa, de repercusión mediática.²⁹³

Desaparecidos algunos de los juicios de valor que establecía el artículo 51 LET, cobra mayor importancia acreditar la existencia de las causas, y así, tanto en la memoria de los expedientes de regulación de empleo, como en la justificación de los despidos objetivos, deberá hacerse un esfuerzo adicional por justificar las causas. Y ello en un

sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 2695), al señalar que "El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que "no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales (Sentencias de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233), 9 de mayo de 1.990 (RJ 1990, 3983) y 30 de junio de 1.993 (RJ 1993, 4939)). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993 "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son". La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 (RJ 1981, 2103) y 8 de octubre de 1.987 (RJ 1987, 6973)); 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 (RJ 1985, 1270) y 7 de diciembre de 1.987 (RJ 1987, 8851)). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985 (RJ 1985, 6094), 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321), 8 de junio de 1.988 (RJ 1988, 5256), 12 de julio de 1.988 (RJ 1988, 5802) y 1 de julio de 1.989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 (RJ 1990, 8583) y 30 de junio de 1.993). Y todo ello teniendo en cuenta que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores " (SS. de 26 de noviembre de 1.990 (RJ 1990, 8605) y 30 de junio de 1.993 que, expresamente, la invoca)."

²⁹³ Casos Vitrex, Luna, etc., en la Comunidad Autónoma de Aragón, en los que el juzgado de lo Mercantil que ha visto el concurso de acreedores ha ordenado la retroacción del expediente al momento inicial en que debió apreciarse la existencia de grupo de empresas, con situaciones consolidadas de difícil reparación, y con trabajadores cobrando el desempleo desde hace mucho tiempo.

marco jurídico en el que la violación de los procedimientos de los despidos objetivos y colectivos, se sanciona con la nulidad del mismo.

Pues si bien, como sabemos, propiciado por la reforma laboral de la Ley 35/2010, persiste la eliminación de la nulidad de los despidos disciplinarios por razones de forma, esta nulidad sí que es predicable respecto de los despidos objetivos. El significado de la palabra “causa” se refiere no sólo a la causa genérica (económicas, organizativas, técnicas, etc.) sino a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Por tanto, en la carta del despido no es solamente la causa abstracta la que tiene que expresarse sino la próxima motivadora de la decisión extintiva, so pena de sanción de nulidad de la misma, a diferencia de los despidos disciplinarios, en los que la omisión de las formalidades en la carta de despido determina su improcedencia.²⁹⁴

No basta la invocación al tipo genérico de la causa del despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla) o a la causa remota que genera la situación económica de la empresa o sus dificultades (por ejemplo, la crisis económica) sino que la carta debe referir las concretas dificultades o situaciones económica negativas, no quedando este argumento invalidado por una supuesta virtualidad general de la vía del despido del artículo 56.2 LET, previsto en principio para el despido disciplinario, pero cuya remisión no debe alcanzar en concreto a la supresión del requisito de la forma.²⁹⁵

En la tramitación parlamentaria se han producido algunos cambios²⁹⁶. La ley introduce la posibilidad de que empresario y representación de los trabajadores acuerden, durante el período de consultas, a semejanza de lo regulado en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la sustitución del mismo por el procedimiento de mediación o arbitraje, que se habrá de desarrollar en el plazo máximo de señalado para dicho periodo.

Las críticas a la inacción de la Autoridad Laboral, y a su papel de mero receptor de la documentación se han aliviado, decidiéndose, como ya se ha comentado, facultar a

²⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2011 (RJ/2011/7056), en recurso de casación para la unificación de doctrina 4056/2010.

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2010 (RJ/2010/2482), en recurso de casación para la unificación de doctrina 1068/2009.

²⁹⁶ Enmienda transaccional núm. 4, a las enmiendas núm. 389 (CIU) y núm. 619 del Grupo parlamentario Popular, aprobada en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de 24 de mayo de 2012.

la Autoridad Laboral, cuando exista petición conjunta de las partes, a efectuar actuaciones de mediación durante el período de consultas, así como realizara funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por su propia iniciativa. Por tanto, se le confiere nuevas funciones de mediación y de asistencia, pudiendo ser instada ésta última de oficio. Parece que hay un arrepentimiento del pobre rol atribuido a la Administración con la reforma del DLRMT, y se le quiere atribuir algunas competencias sustantivas. Además, la autoridad laboral, así, podrá impugnar los acuerdos alcanzados mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su declaración de nulidad, o cuando la entidad gestora del desempleo le hubiese informado sobre el fin espurio del expediente para cobrar indebidamente prestaciones por desempleo.

Tal y como se ha analizado en la desvinculación de las condiciones de trabajo, se introduce la reformulación de las causas económicas, exigiéndose que la disminución persistente del nivel de ingresos sean ordinarios, a fin de evitar, por ejemplo, maniobras de enajenaciones de patrimonio, cuyos ingresos tendrán carácter de extraordinarios, y que distorsionaría la comparación. También se objetiviza todavía más la comparación entre trimestres, que se hará con el mismo del ejercicio anterior.

Se redefinen las demás causas introduciéndose alguna consideración novedosa en el ámbito de las organizativas.

La comunicación que se efectúe a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral, deberá ir acompañada, se dice, de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo, remitiéndose a un desarrollo reglamentario. De nuevo, con esta enmienda, se nos antoja de importancia capital extremar las cautelas en la tramitación formal del expediente.

La norma elimina la obligación de notificar los despidos individualmente a los trabajadores, siendo tal actuación potestativa (la norma sustituye “notificará” por “podrá notificar”). En todo caso, deberá haber transcurrido 30 días como mínimo entre la fecha de comunicación de apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

Desaparece la obligación expresa de que en las empresas de 50 o más trabajadores el empresario acompañe a la documentación iniciadora del procedimiento de regulación de empleo el denominado “plan de acompañamiento social”.

Se operan modificaciones de en la ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social en lo que respecta al procedimiento de impugnación de despido colectivo. Se destaca además de las previsiones específicas en el marco de despidos colectivos, la inclusión, como competencia del orden social, de la impugnación de resoluciones administrativas en los procedimientos de los art.47.3 y 51.7 LET (suspensiones del contrato o reducción de jornada y despido colectivo por fuerza mayor)

Sobre la base del anterior diagnóstico, el conjunto de medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo recogidas en el capítulo IV, se inicia con una reforma del régimen jurídico del despido colectivo. También se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos. La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tales referencias incorporaban, a tenor de la justificación del Preámbulo LRML, proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Se pretende que el control judicial se ciña a la valoración de la concurrencia de las causas alegadas.. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.

La nueva regulación refuerza los elementos sociales que deben acompañar a estos despidos. De una parte, se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. De otra parte, en aquellos despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores, la Ley contempla una efectiva obligación empresarial de

ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo.

11.6.6. El criterio judicial agraviado

La voluntad del legislador es la de evitar que los tribunales realicen juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa, y que el control judicial de los despidos objetivos y colectivos se ciña estrictamente a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos, que son las causas (fundamento V de la Exposición de Motivos LRML). La doctrina judicial, sin embargo, tiene su propia dinámica interna, y en todo caso, los intentos de coartar sus criterios jurídicos, en base a una sana crítica y a la razonabilidad de las medidas, parecen o abocados al fracaso, o al menos aventuramos serias dificultades para conseguirlo.

Con posterioridad a la reforma laboral de 2012, queremos así reseñar dos sentencias que consideramos trascendentes, y que pueden marcar los criterios de actuación judiciales en el futuro.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 13/2012, de 23 de mayo de 2012 (AS 2012/1049).

Plantea un supuesto de impugnación de la decisión empresarial en un despido colectivo, por parte de la comisión de trabajadores designada “ad hoc” para negociar en el periodo de consultas.

Tras declarar el Tribunal a esta comisión de trabajadores legitimada para impugnar la decisión empresarial, no obstante la dicción literal del artículo 124 LJS, que habla de representantes de los trabajadores, concluye declarando la nulidad de la citada decisión empresarial, en base a tres motivos:

- Fraude en la decisión extintiva por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en una 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 objetiva invocada. El fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del proceso ha contaminado, indefectible y necesariamente, el acto extintivo ejercido. Y ello en cuanto queda acreditada la existencia de grupo empresarial a los efectos laborales, ya que las tres sociedades que conforman el grupo tienen una dirección unitaria, no existe distinción de actividades, y se produce la prestación laboral simultánea para el conjunto de empresas.

- Como consecuencia de lo anterior, ni la documentación facilitada a los representantes, ni el objeto de la consulta se ha podido ajustar a las exigencias del artículo 51.2 LET y del artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE , de 20 de julio (LCEur 1998, 2531). Así, la documentación entregada y por lo tanto los elementos fácticos sobre los que descansa la concurrencia de la causa, adolecen de la no consideración de las circunstancias reales en las que se encuentra el conjunto de empresas que constituyen el grupo a efectos laborales, sin que por tanto las causas especificadas sean conforme a las exigencias dispuestas en el artículo 51.2 a) LET.
- El período de consultas, que según la Directiva 98/59 debe versar como mínimo sobre la consulta a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, no se ha podido sustentar sobre bases sólidas, al haber existido un desacuerdo de los trabajadores en cuanto a la documentación entregada y así haberlo manifestado en el escrito que se remitió a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo, sin que por la empresa se haya subsanado dicha deficiencia con la entrega de la documentación del grupo de empresas que le era reclamada, persistiendo en su resistencia en la determinación de la condición de empresario real a todas las empresas del grupo.

Hay una primera conclusión clara, y es que la justificación de las causas alegadas debe seguir fundamentada, cuando lo hubiere, en la existencia de grupo empresarial, y es en éste en el que deben darse los supuestos de circunstancia económica negativa que se alegue, constituyendo ya su mero ocultamiento causa de nulidad de la decisión empresarial.

Pero la sentencia extracta más conclusiones interesantes. Así, si lo anterior no fuere motivo suficiente para la declaración de nulidad, considera también motivos para la misma el que en la comunicación y documentación facilitada a los representantes al inicio del período de consultas no se especificara la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, aludiéndose simplemente a que puede ser cualquiera del total de los afectados, y dando además unos criterios genéricos de afectación. 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, dice la Sentencia, “los objetivos básicos del período de consultas (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, bien sean recolocación, formación o reciclaje profesional”. Considera imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que conlleva también a una declaración de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 LET , en relación con el artículo 124 LJS.

Ello nos lleva a reiterar la importancia de extremar el cuidado en la documentación exigible, y a evitar indeterminaciones en la documentación exigible.

También nos confirma la importancia del criterio administrativo de la Inspección de Trabajo para orientar el criterio del Tribunal, ya que en este caso, ésta se dirigió a la empresa advirtiéndole de las indeterminaciones de su propuesta y de su afectación a la buena fe negocial, manifestándolo así en su informe preceptivo.

Finalmente -como último factor determinante, por si mismo, de la calificación de nulidad- señala que, una vez finalizado el período de consultas, la empresa en el momento del acto del juicio sólo ha notificado 8 de los posibles 20 trabajadores afectados por la decisión extintiva individual, desconociendo la plantilla y sus representantes quiénes serán el resto de los 12 trabajadores afectados por el presente despido colectivo., hecho agravado por la expuesta falta de concreción de los criterios

de designación de los trabajadores afectados, exigida por el art. 51.2 LET que posibilite su negociación en el período de consultas y, en su caso, la ulterior revisión judicial. En el marco normativo actual, se dice, no existe previsión legal que permita dejar al arbitrio de la representación empresarial la designación “sine die” de los posibles trabajadores que vayan a ser afectados en el período previsto de 2 años. Es verdad que no se exige que la decisión extintiva sea efectiva de forma inmediata, por cuanto el propio artículo 51.2 LET prevé que se puedan ejecutar las fechas del despido en períodos distintos pero lo que no se prevé es la indeterminación de la afectación del mismo.

La Sentencia 415/2012, de 30 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR 2012/202177)

En un sentido muy similar a la anterior STSJ Cataluña analizada, en esta resolución judicial estamos también ante la tesitura de un grupo de empresas acreditados, y ante la ausencia de un planteamiento formal o negociación sobre las posibilidades existentes para evitar o reducir los efectos del ERE, “siendo la posición de la empresa inflexible en cuanto a su decisión de proceder a la extinción colectiva y el monto de la indemnización a satisfacer”, que se constreñía estrictamente a la legal para los despidos colectivos.²⁹⁷

Esta STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012, cuyos hechos se producen asimismo tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, atisba una serie de vicios jurídicos en la tramitación del expediente, constitutivos cada uno sanción de nulidad:

- Defectos formales en la tramitación del expediente.
- Incumplimiento del deber de buena fe en la negociación.
- Existencia de un grupo de empresas.

En cuanto a los defectos formales en la tramitación del ERE, establece que la falta de trabajo alegada no se ve sustentada por los anexos que se citan en la memoria y que

²⁹⁷ Si esta doctrina judicial se generalizara en los estrictos términos apuntados, veríamos que hay un gran número de expedientes en los que la posición inicial de la empresa permanece incólume en el periodo de consultas, y no admite negociaciones para flexibilizar su decisión inicial. ¿Serían nulos estos despidos en sede judicial? Creemos que hay que deslindar entre el deber de negociar de buena fe, y el deber de alcanzar necesariamente acuerdos en el periodo de consultas.

no se acompañan. No basta la indicación genérica de cifras, datos económicos o previsiones, sino que debe completarse con la documentación contable (FJ nº 2).²⁹⁸

Es evidente que cada vez será más estricta la comprobación documental de la justificación de las causas, lo que dará trascendencia al menor o mayor rigor del reglamento que desarrolle el artículo 51 LET.

En relación con la inexistencia de un verdadero período de consultas o de negociación, conforme exige el art. 51.4 del ET sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, la sentencia considera probado que la empresa se limitó “a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del e.r.e. con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial”. El “acuerdo”, de esta manera, solo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición dominante.²⁹⁹

²⁹⁸ “De lo anterior ya se concluyen una serie de incumplimientos por cuanto la memoria de causas es sumamente genérica sin indicación de cifras, datos económicos o previsiones, no completándose la misma siquiera con los anexos, inexistentes, ni con la documentación contable legalmente exigida, concretamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante o si la empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, la aportación de la declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría”.

“En definitiva, la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa”.

²⁹⁹ Es muy estricto el concepto que tiene la sentencia del deber de negociar, que exige que tenga un contenido real, e incluso un acercamiento a posiciones consensuadas y que en todo caso no se limite a cumplir formal o aparentemente un trámite legal preceptivo.

“Obviamente, tal postura no constituye una negociación proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa,

Con lo que parece avocarnos a un planteamiento jurisprudencial de endurecimiento de los requisitos del deber de negociar, más allá de la mera documentación de su existencia. Debe haber un verdadero ánimo de negociación, que se sustancie en la voluntad real de llegar a acuerdos.

Finalmente, impetrando la conocida jurisprudencia sobre lo que constituye grupo de empresas a efectos laborales, declara acreditada la existencia de este grupo empresarial, detectando la existencia incluso de empresario aparente a través de una empresa que no tiene trabajadores por cuenta ajena, y que estaba “inactiva” pero que a partir de un determinado momento comienza a facturar operaciones de la empresa matriz, dado el estado de intervención de ésta de sus cuentas por Hacienda. Destaca la concurrencia de un funcionamiento unitario de las empresas, una prestación de servicios simultánea, común o sucesiva, una confusión de plantillas, y la citada creación de empresas ficticias, todo ello de acuerdo con la jurisprudencia que cita.³⁰⁰

la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas” (FJ 2º).

³⁰⁰ “El contenido de la doctrina que se mantiene en estas sentencias queda perfectamente reflejado en lo que expresa la citada sentencia de 26 de enero de 1998 , acogida por muchas posteriores como la de 4 de abril de 2002 (RJ 2002, 6469) , en la que se manifiesta:

“El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales” (Sentencias de 30 de enero , 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993 , “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 (RJ 1981, 2103) y 8 de octubre de 1.987 (RJ 1987, 6973)). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 (RJ 1985, 1270) y 7 de diciembre de 1.987 (RJ 1987, 8851)). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985 (RJ 1985, 6094) , 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321) , 8 de junio de 1.988 (RJ 1988, 5256) , 12 de julio de 1.988 (RJ 1988, 5802) y 1 de julio de 1.989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 (RJ 1990, 8583) y 30 de junio de 1.993 (RJ 1993, 4939)). Y todo ello teniendo en cuenta que “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y

Tendremos que analizar si los desarrollos reglamentarios de esta regulación del artículo 51 LET obvian las referencias al grupo empresarial, o más probablemente, respetan en lo sustancial las líneas maestras del Real Decreto 801/2011, y de los anteriores, así como la vasta jurisprudencia que sobre esta materia, y sobre la documentación exigible, tienen asentada los tribunales.

11.6.6. La conectividad de los hechos con el despido

Lo primero que nos llama la atención es que la Ley 3/2012 cambia la sistemática de la calificación del despido. El penúltimo párrafo del apartado 4 del artículo 53 LET dice ahora que la decisión extintiva se considera procedente cuando se acredita la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva, y se hubieren cumplido los requisitos formales descritos en el apartado 1 (formalización por escrito, y establecimiento de los hechos y de la fecha de efectividad del despido). Es decir, hay un ánimo en el legislador poco disimulado para cambiar las referencias o las presunciones, para, pudiéramos decir, ayudar a modificar favorablemente los porcentajes del despido procedente. El despido, así, se califica, por referencia al procedente en tanto se acredita la concurrencia de la causa y de los requisitos formales.

La alusión en el nuevo artículo 41 LET de la consideración de las razones probadas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando estuvieran relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo, hace desaparecer lo que la jurisprudencia había impuesto como “razonabilidad” de la medida. Pero las alusiones constantes, en referencia a las causas económicas, a que la situación económica negativa que se desprende de la situación de la empresa, se pueda traducir en conceptos tales como las “pérdidas actuales o previstas”, o “la disminución persistente de su nivel ordinario de ingresos o ventas”, que se entiende producido “iuris et de iure” por referencia a tres trimestres consecutivos en relación con el mismo trimestre del año anterior, nos reconduce efectivamente a una sistemática y conceptualización extraña al Derecho, de difícil encaje en el ámbito jurídico-laboral. Son términos de análisis contables, que tendrán que ser controlados por los jueces de lo

organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores " (SS. de 26 de noviembre de 1.990 (RJ 1990, 8605) y 30 de junio de 1.993 que, expresamente, la invoca)." (FJ 4º).

Social. Y podemos elucubrar también cómo incidirá en los fallos judiciales los indicios que planteen los casos en relación con eventuales dobles contabilidades de las empresas, o la convicción de que se está demorando la facturación, para contener artificialmente el nivel de ingresos ordinarios. También es interesante como el descenso de ventas se introduce como causa económica, o al menos mixta, cuando antes parecía tener mejor encaje en las causas productivas.

Y podemos preguntarnos si se prescindirá de la jurisprudencia que ha sistematizado la noción de situación económica negativa. Se debe tratar de una causa económica objetiva, real y actual. Es cierto que no es necesario que la crisis empresarial sea irreversible, ni que con decisión empresarial se contribuya a superar una situación económica negativa.³⁰¹ No se exige que tenga que demostrarse de forma indubitada y plena que la extinción del nexo contractual lleve consigo la necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa. Son exigencias de menor intensidad y rigor, pero sí que se exige que al menos se contribuya a superar esa situación económica negativa. Debe ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin, a la mejoría de la empresa, en este caso. Y esta contribución deberá ser directa y adecuada al objetivo perseguido, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota.³⁰²

Al margen que en el supuesto de cierre de la explotación, la supresión total de la plantilla tiene como objeto la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos que avoca al cierre de una empresa inviable, en los supuestos en que hablamos de mera reducción de la plantilla, la conexión entre esta reducción y los despidos efectuados han de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la recuperación del equilibrio empresarial. Y esta conexión funcional ha de apreciarse en concreto, respecto de los despidos efectuados. Por ello, la valoración de la adecuación o la proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, pero también sobre la situación actual y las previsiones futuras de la empresa, por lo que los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba, limitada a

³⁰¹ Precisamente en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se manifestaba que las decisiones rescisorias se han de llevar a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa.

³⁰² *Vid.* La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de abril de 1996 (RJ/1996/5297), en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3543/1995, cuya doctrina reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de enero de 1998 (RJ/1998/1148), en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1735/1997.

los hechos históricos, sino de “apreciación de razonabilidad, de acuerdo con las reglas de la experiencia reconocidas en la vida económica”. Es un juicio sobre si el empresario se ha atenido a una conducta razonable, con arreglo a criterios técnicos de actuación en la gestión económica de la empresa.³⁰³

¿Basta con la acreditación de que la reducción de costes de personal contribuye a reducir las pérdidas de la empresa? La conexión dista de ser automática. Es cierto que no puede exigirse pruebas de un hecho futuro, la contribución del despido a mejorar la situación económica de la empresa, pero sí que deben exigirse “indicios”, “argumentaciones suficientes” para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la “ponderación” que en cada caso conduzca a decidir de “forma razonable” acerca de la conexión funcional entre el despido y la situación de crisis.³⁰⁴ Evidentemente, los conceptos entrecomillados, reiteradamente utilizados por la jurisprudencia, casan mal con la objetivación contable que quiere imponer el legislador. Mucho nos tememos que estos automatismos legales deberán seguir pasándose por el filtro de los criterios de los tribunales, que ponderarán, utilizarán su propio criterio de razonabilidad³⁰⁵, exigirán a la empresa indicios y argumentaciones creíbles que acrediten la conexión funcional entre el despido y el alivio de la situación económica de la empresa, y, eso sí, se aligerará cada vez más el principio probatorio para la empresa, en base a los criterios legales.

12. Conclusiones

Una nueva reforma laboral estaba entre los compromisos más relevantes adquiridos por el Gobierno de la Nación en las elecciones generales. A su vez, era una demanda constante de los organismos internacionales responsables de sostener financieramente los desequilibrios de la economía española. La Ley 3/2012 se promulga además porque se declara fracasada la reforma laboral emprendida por el Gobierno anterior mediante la Ley 35/2010. Dicha reforma, por lo demás, tuvo los mismos motivos para su promulgación, a saber, la lacerante tasa de desempleo, y la presión de gobiernos e instituciones internacionales denunciando un modelo de relaciones

³⁰³ Vid. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de junio de 1996 (RJ/1996/5162), en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3099/1995.

³⁰⁴ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5536), en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1659/2007, en la que sirve de sentencia de contraste la citada del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1996.

³⁰⁵ El hecho de que deba ser una medida razonable comporta también su idoneidad, y su propia necesidad. En España no existe el despido libre, sigue siendo causal.

laborales periclitado, lo que acarrea la falta de confianza de los mercados en la capacidad de España para hacer crecer su economía, requisito necesario para pagar su deuda pública y privada.

La reforma potencia el poder de decisión empresarial, abarata los costes generalizando la desvinculación de las condiciones de trabajo, también respecto de convenios colectivos firmados, y promoviendo un arbitraje obligatorio. Abarata el despido, con la aspiración de que esté en la línea de otros países europeos.

Desconfía de la doctrina judicial, y así “objetiviza”, “normaliza” y flexibiliza lo que debe entenderse por causas justificadas para proceder a un despido objetivo o colectivo. No obstante, ponemos de manifiesto que hay una jurisprudencia constante en la exigencia de un criterio de razonabilidad, que pensamos se mantendrá, aunque aligerando el principio probatorio para el empresario. Pero hay también ya sentencias posteriores a la reforma que declaran la nulidad de estos despidos por no cumplir cabalmente el periodo de consultas, porque la documentación incompleta presentada ha generado indefensión en los trabajadores, o por no respetar la teoría del grupo empresarial en la presentación de pérdidas. También indicamos la gran importancia que tendrán en sede judicial los informes de la Inspección de Trabajo.

Respecto del despido colectivo, elimina la intervención administrativa para la aprobación de los mismos (aun cuando, por otra parte, de forma poco coherente instaura dicha intervención para posibilitar que el empresario inaplique el convenio, aun con la oposición de los trabajadores). La eliminación de la autorización administrativa puede provocar un efecto rebote, incrementando la litigiosidad al desaparecer el control de legalidad y oportunidad de la autoridad laboral.

Del mismo modo, la desaparición de los despidos exprés pueden fomentar artificiosamente el uso de las instancias de conciliación administrativa para formalizar reconocimiento de improcedencias de despidos, y la supresión en la mayoría de los casos de los salarios de tramitación hará que el empresario pueda ejercer presión para fijar indemnizaciones más reducidas. En todo caso, creemos que esta supresión de los salarios de tramitación y la fijación del periodo de prueba de 12 meses en el nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores avocará a instar por los trabajadores con cierta frecuencia causas de nulidad en la resolución contractual..

Es cierto que la Ley rompe las barreras de la anterior reforma de 2010, modificando sin prejuicios esquemas muy asentados en la tradición iuslaboralista española (autorización administrativa de los EREs, eliminación de los salarios de tramitación y supresión de los despidos exprés), pero entendemos excesivo hablar de un cambio de paradigma normativo hacia un derecho individualista y liberal. Se mantiene la misma estructura de nuestro ordenamiento jurídico, y su carácter todavía tuitivo a favor del trabajador, si bien ciertamente aligerado en algunos puntos.

Los problemas de nuestro sistema productivo se achacan en buena medida a un mercado de trabajo ineficiente. Sin embargo, la experiencia indica que las normas laborales tienen poca incidencia en los ciclos de la economía. La misma rigidez e ineficiencia que se imputa a nuestra legislación laboral ha servido para crear el doble de empleo que en el promedio de la UE en los momentos de bonanza económica. Las causas del actual enorme aumento del diferencial de desempleo en España frente al resto de Europa obedece sobre todo al singular modelo productivo de la economía española, sustentado en sectores de escaso valor añadido y baja productividad. Las actividades que responden a este modelo han generado elevados beneficios, fuerte creación de empleo y aumento de recaudación impositiva. Pero por su propia naturaleza, están mucho más expuestas a las situaciones de crisis, por cuanto expulsan empleo con gran intensidad al ser este de baja calidad. En este sentido, al tratarse de una actividad económica en la que los contenidos tecnológicos son de escasa importancia, la precariedad del crecimiento está asegurada. Un marco institucional adecuado crea las condiciones para generar empleo y dinamizar la economía, pero con un tejido productivo moderno y potente.

En orden a mejorar ese marco institucional, e impulsar la adaptación de la empresa a las condiciones del mercado, se modifica la estructura de la negociación colectiva, estableciendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa. De esta manera, el empresario tiene el instrumento de la negociación colectiva, además del descuelgue, para alcanzar condiciones de trabajo y empleo distintas, evidentemente el legislador está contemplando que puedan ser inferiores, a las que establezca el convenio de de aplicación de ámbito superior. Éste ya no tendrá la capacidad, excepto en supuestos determinados como la jornada, para fijar las reglas de concurrencia, y su carácter prevalente cederá, dado que el convenio de empresa podrá negociarse,

cualquiera que sea el estado de vigencia del convenio jerárquicamente superior. Se cita la colisión de normas que se ha planteado ya, fundamentalmente a propósito de la articulación de esa negociación colectiva, y también del descuelgue, entre convenios colectivos estatales en vigor, y la Ley, analizándose con ejemplos concretos.

Pero sería simplista concluir que la reforma laboral se limita a recortar derechos de los trabajadores. Es de interés, aun cuando mejorable, la regulación que hace del derecho de formación, que implicará un mayor coste empresarial. Se hace preciso anudar satisfactoriamente la formación con el contrato para la formación y el aprendizaje. La intolerable tasa de empleo juvenil, que supera el 50%, hubiera merecido medidas más valientes. Si queremos imitar el modelo alemán dual de formación y prácticas laborales en las empresas, debemos copiar bien y pensar que nuestro tejido productivo dista mucho de aquél. Se hace imprescindible una reforma del sistema educativo que sea estable, entroncar este contrato con los certificados de profesionalidad y los grados de formación profesional; deben darse todas las facilidades al empresario para que los jóvenes puedan al final del aprendizaje incorporarse a la empresa, e imbricar este contrato para la formación y el aprendizaje con el contrato de relevo, que sí ha funcionado adecuadamente, y que permite renovar plantillas sin coste para la empresa ni perjuicio para el trabajador.

Otro de los pilares de la reforma ha sido la creación del nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Su buena voluntad y las medidas de fomento articuladas se eclipsan al desnaturalizar una institución laboral como el periodo de prueba con un fin espurio, la consecución de un plazo de 12 meses con resolución contractual libre, no causal, y gratuita. Contraviniendo la jurisprudencia nacional e internacional, constituyen, junto con el arbitraje obligatorio de la desvinculación de las condiciones de trabajo, motivos posibles de inconstitucionalidad. Debería haberse actuado con más valentía y desarrollado, tal y como exigía la naturaleza de la medida pretendida, un contrato indefinido de carácter coyuntural en su vigencia que eliminase la indemnización por cese el primer año, o fijase una muy reducida, estableciéndose posteriormente indemnizaciones progresivas y crecientes en función de la antigüedad en el contrato. Todo ello amparado en el fin superior de la consolidación de la estabilidad en el empleo demandada y con el objetivo de poner fin a la dualidad laboral. Las extraordinarias tasas de paro existentes exigen también medidas extraordinarias. En

lugar de eso, se ha querido remedar las pretensiones de regular un contrato único, mediante la utilización indebida del periodo de prueba como modalidad contractual.

Es cierto que la gravedad de la situación económica demandaba una reforma laboral ambiciosa que al menos removiera obstáculos para la creación de empleo. No obstante la rapidez de su tramitación (con la caracterización bifásica que viene acompañando a este tipo de normas), no es una reforma improvisada. Es atrevida en algunos puntos, y acaba con viejos clichés. Pero esta reforma adolece de que su diseño está inspirado en las recomendaciones de la UE y del FMI, y por tanto, sus puntos clave están referidos a cuestiones no siempre bien resueltas. El convenio de empresa puede provocar un efecto inverso al pretendido cuando las condiciones económicas cambien, y se convierta en fuente o espiral de demandas crecientes por parte de los trabajadores. El descuelgue debería ser utilizado de forma racional y moderada. Si eliminamos el poder adquisitivo de los trabajadores, y recortamos sustancialmente su renta disponible, resultará ociosa la competitividad empresarial, al menos en relación con el mercado interior. En todo caso, habría que corregir los perjuicios que van a generarse en relación con el cálculo de los despidos y de las prestaciones del sistema.

Finalmente, debe reflexionarse también sobre el desasosiego que está produciendo en la sociedad una reforma laboral que desampara al trabajador frente al empresario en un contexto de extrema dificultad para encontrar otro empleo, una vez que se pierde el actual. Sustituir la protección del puesto de trabajo por la protección del empleo es una buena elección (forma parte de lo que se entiende por flexiseguridad), pero en una situación económica menos angustiosa que la presente.

Una reforma bienintencionada, en síntesis, pero no siempre bien enfocada, con claroscuros aunque con un “leit motiv” claro, facilitar el poder de decisión empresarial, abaratar costes en orden a ser más competitivos. Por lo que solo si consigue generar empleo reforzando esa competitividad y productividad de las empresas y haciendo crecer la economía habrá cumplido sus objetivos y habrá tenido sentido.

13. Bibliografía

ALONSO OLEA, M., *La reforma laboral de 1993-94. Origen e idea general de su carácter*, Marcial Pons, 1995.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto-ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Edit. Lex Nova, 2012.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La reforma laboral 2012*, Edit. Lex Nova, 2012.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *La reforma del sistema de relaciones laborales ¿hacia un neopluralismo?*, Relaciones Laborales, núm. 22, 1994,

MARÍN MORAL, I., *La indemnización por despido*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 2010.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2009.

RIVERO LAMAS, J., LARGO GIL, R., DE VAL TENA, A. (Direct.), *La reestructuración de empresas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *Derecho del Trabajo y crisis económica, El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, (coord., Rivero Lamas, J.), Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1983.

SALA FRANCO, T., *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SEMPERE NAVARRO, A., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

SINZHEIMER, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo, cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, IELSS, 1984.

VALLEJO DACOSTA, R., *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, Consejo Económico y Social, 2002.