

LA RABIOSA ACTUALIDAD SOCIO-LABORAL PARA EL INICIO DEL 2014: ENTRE LA CERTEZA DE LOS RECORTES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LA ESPERANZA DE LA EMPLEABILIDAD A TIEMPO PARCIAL

Cristóbal Molina Navarrete

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

EXTRACTO

La nueva crisis fiscal del Estado de Bienestar lleva a continuas reformas, tanto de las instituciones reguladoras del mercado de trabajo como de las pensiones. Estos cambios, aun a la desesperada, no cesan. La realidad muestra que tales cambios suelen producir los efectos contrarios a los reconocidos por quienes los introducen. Pese a todo, los legisladores y sus políticas se empeñan en seguir ese camino errático. La Ley 23/2013, que lleva a una importante reducción del coste del sistema de pensiones a través de la introducción del llamado «factor de sostenibilidad», y el Real Decreto-Ley 16/2013, que apuesta por una mayor creación de empleo a través de incrementar el carácter parcial, ilustran claramente esta fiebre reformadora orientada en un único y equivocado camino. Lo mismo evidencia la Ley 22/2013, Ley General de Presupuestos del Estado para el año 2014, cuya razón de ser sigue siendo la garantía de la solvencia financiera del Estado mediante la depresión de los derechos de los ciudadanos.

En este artículo se analizan con detenimiento las novedades sociales y laborales de todas esas leyes. En él se explican los principales cambios, se evidencian los problemas aplicativos más destacados y se formulan soluciones, cuando las hay, lo que no sucede siempre.

Palabras claves: trabajo a tiempo parcial, pensiones públicas, políticas de mercado de trabajo y flexibilidad.

Fecha de entrada: 30-12-2013 / Fecha de aceptación: 03-01-2013

THE «RABID» SPANISH SOCIAL AND LABOUR TODAY FOR THE START OF 2014: BETWEEN THE CERTAINTY OF UPCOMING SOCIAL PROTECTION AND HOPE FOR PART-TIME EMPLOYABILITY

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

The new artificially induced fiscal crisis of the welfare State leads to continuing reforms, both regulatory institutions of the labour market and pensions. These changes, even desperate, do not stop. The reality is that such changes often produce contrary to recognized by those who introduce effects. Nevertheless, legislators and policies are determined to continue this erratic way. Law 23/2013, leading to a significant reduction in the cost of the pension system through the introduction of the «sustainability factor» and Real Decree-Law 16/2013, which focuses on increased job creation through increasing the partial nature of the employment, clearly illustrate this fever oriented reformer and one wrong way. The same evidence Law 22/2013 General State Budget Act of 2014, whose rationale remains ensuring the financial solvency of the State through the depression of the rights of citizens. The consistency of regulation is sacrificed in exchange for vague hopes of ultimate financial viability and future employability.

Keywords: work part time, public pensions, labour market policies and labour flexibility.

Sumario

Preámbulo: Los nuevos vientos gélidos de reforma del Derecho Social ¿siempre vienen del norte?

- I. Una nueva reforma de las pensiones en defensa de su sostenibilidad pretendidamente amenazada: ¿«susto, muerte o trabajar *sine die*»?
 1. La razón de ser profunda y auténtica de la reforma de pensiones en la Ley 23/2013: en busca de la rentabilidad perdida de los fondos privados de pensiones
 2. El salto cualitativo hacia un cambio progresivo y silencioso del modelo español de pensiones: la opción legal por una reforma sistémica o «no paramétrica»
 3. Las claves de comprensión del nuevo régimen para el cálculo de la cuantía de las pensiones: puntos críticos de la Ley 23/2013
 - 3.1. El factor de sostenibilidad: el principio de equidad actuarial intergeneracional como vía para la asunción individual del riesgo biológico-social de envejecimiento
 - 3.2. El nuevo índice de revalorización anual: la repercusión de la reducción del gasto en pensiones en los pensionistas actuales y las «cláusulas suelo» y «techo»
 4. Valoración crítica de la ley a la luz de los imperativos de racionalidad jurídica, social y económica: la injustificada devaluación del sistema de pensiones
 5. La gran olvidada de la reforma: el desequilibrio financiero del sistema no es un problema de envejecimiento, sino de desempleo y pobre productividad
- II. Otras reformas-recorte de acciones de protección social en aras de su sostenibilidad financiera: puntos críticos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014
 1. Planteamiento general: el principio de la «sostenibilidad financiera» como excusa para un aluvión de leyes «inflacionarias» y «socialmente depresivas»
 2. «Sin novedad, en el alcázar»: normalización de las medidas de congelación de salarios públicos, de suspensión de derechos y aplazamiento de mejoras
 3. «Cal y arena»: el incremento de las bases mínimas y máximas de cotización y otras formas de incrementar los ingresos, y reducirlos
 4. Un clásico de la Ley de Presupuestos Generales del Estado: a vueltas con la incapacidad temporal entre la reducción de costes y el control del absentismo en espera del cambio radical prometido
 5. «A más vueltas» con las cláusulas de residencia como presupuesto para el mantenimiento de las prestaciones de Seguridad Social
 6. Un condicionante ideológico-moral al disfrute de un derecho social: la protección por desempleo a los (etarras) liberados en prisión
 7. En busca de la solvencia financiera del FOGASA: ¿adiós a la «subvención directa» por despido económico o adiós a la «garantía de efectividad» del pago de la indemnización para el trabajador?

8. «Otra de arena»: a cambio una bonificación a la microempresa de 420 euros por la inversión productiva en formación para el empleo

III. Las reformas laborales en el empleo público des-localizadas: dos puntos críticos de la Ley de Deuda Comercial

1. Una mejora-cortina de humo social des-localizada en el personal funcionario público: la devolución de un «moscoso perdido»
2. Una nueva manifestación de la privatización de las funciones de orden público: la atribución de funciones de seguridad a funcionarios civiles

IV. La nueva reforma laboral en espera de otra ya anunciada: el «tiempo del empleo» parcial y otras formas de flexibilidad

1. La razón de ser principal del Real Decreto-Ley 16/2013: el fomento de la flexibilidad de gestión del tiempo de trabajo como instrumento de fomento de empleo
2. Breve concesión a las «nostalgias» por la pérdida de calidad técnica de la ley: algunos vicios de una nueva «ley portaaviones»
3. La novedad principal: la promoción de la flexibilidad en el tiempo de trabajo a través del fomento del contrato de empleo a tiempo parcial
 - 3.1. El enfoque general de la nueva regulación del empleo a tiempo parcial: ¿un ejemplo de «flexi-seguridad» a la española?
 - 3.2. La redistribución del poder regulador del empleo parcial: debilitamiento de la autonomía colectiva sectorial y reforzamiento de la autonomía privada
 - 3.3. De las «horas complementarias» a las «horas suplementarias»: ¿hacia el reconocimiento legal del judicialmente contestado «empleo a llamada»?
4. El nuevo incentivo al contrato formalmente indefinido pero funcionalmente temporal de apoyo a emprendedores: la sub-modalidad a tiempo parcial
5. Otra manifestación de funambulismo regulador: la reducción del periodo de prueba de los contratos temporales de menor duración
6. La nueva ampliación de la cuota de mercado de empleo temporal para las empresas de trabajo temporal: del contrato para la formación al contrato en prácticas
7. Intercambio de «coherencia» por «esperanza de inserción»: prórroga del plazo para regular los contratos formativos ligados a certificados de profesionalidad
8. La mayor flexibilidad en la distribución «irregular» de la jornada laboral: ¿un auténtico equilibrio de derechos e intereses entre empleador y trabajador?
 - 8.1. El desbordamiento del referente anual para la distribución irregular de jornada: el impulso legal a la práctica convencional de las «bolsas horarias»
 - 8.2. ¿Una cortina de humo social?: equiparación del régimen de reducción de jornada por guarda legal de los trabajadores al de los empleados públicos
9. El tercer eje de reformas: las reglas de pretendida clarificación conceptual
 - 9.1. Una clarificación inútil: qué debe entenderse por sector de actividad en la nueva sub-modalidad de contrato a tiempo parcial con vinculación formativa
 - 9.2. Delimitación del concepto de «grupo de empresas» al único efecto de las aportaciones al tesoro por despidos: un nuevo favor a las multinacionales

«Una interpretación que la actividad jurídica..., que impulse a nuestros escritores y maestros a orientar tribunales y órganos legislativos, en lugar de seguirlos con una labor de simple... análisis conciliador, habrá cumplido debidamente su misión...».

POUND, R., Las grandes tendencias del pensamiento jurídico

PREÁMBULO: LOS NUEVOS VIENTOS GÉLIDOS DE REFORMA DEL DERECHO SOCIAL ¿SIEMPRE VIENEN DEL NORTE?

Desde el fin de semana de la «Lotería Nacional del Gordo de Navidad», el BOE ha estado cargado de «novedades legislativas», que el legislador de 2013 «regala» a todos los ciudadanos y a los «operadores jurídicos» para marcar buena parte de los destinos, y de la actividad, de unos y otros durante el 2014 y más allá, pues algunas tienen como horizonte más de una y de dos décadas. Es el caso seguro de la [Ley 23/2013 –BOE de 26 de diciembre–](#), que por vez primera nos ofrece una reforma «no paramétrica» –luego explicaré qué significa este nuevo concepto del célebre «neo-lenguaje» funcionalista que nos atenaza y cosifica– del muchas veces reformado sistema de pensiones. Pero lo será también, aunque quizás con menor proyección temporal, el [RDL 16/2013, de 20 de diciembre](#) –BOE del 21–, que da una nueva, la enésima, pero no la última, ni siquiera a corto plazo, «vuelta de tuerca» a la reforma laboral.

En ambos casos, tácita o expresamente, el legislador hace referencia a la necesidad de estos cambios, en la mayor parte de los casos «depresivos», aún más, de los derechos antes existentes, sociales y laborales, por el imperativo de homologación con la modernización que se ha hecho al respecto en otros países desarrollados, sobre todo europeos, y particularmente los del norte de Europa, los más productivos, al tiempo que mantendrían estándares de tutela social razonables. En los dos resuenan, y así se han hecho eco los medios de comunicación en España, diversos informes de la OCDE, que sigue recetando más y más reformas-recorte, en el sistema de Seguridad Social y en la regulación del mercado de trabajo, siempre en aras de una mayor capacidad de ajuste fiscal, en el primer caso, y de una mayor productividad, para el segundo. Son recetas genéricas, cuyas bondades nunca se demuestran, y que los datos están más empeñados aun en desacreditar, pero que los Gobiernos «nacionales», acuciados por el déficit público, se apresuran a incorporar una y otra vez en sus reformas a la desesperada.

Pero la actualidad social y laboral no se agota aquí, con ser mucho. La habitual Ley de Presupuestos Generales del Estado, ahora para 2014, [Ley 22/2013 –LPGE/2014–](#), publicada en el

mismo BOE que la Ley 23/2013, junto a las «clásicas» novedades en materia de Seguridad Social, como la nueva intensificación del control de la prestación de incapacidad temporal –IT– en aras de la reducción del temido absentismo laboral, nos reserva algunas sorpresas de calado, como la fantasmal «Enmienda FOGASA». Asimismo, más sorpresivamente, también la [Ley Orgánica 9/2013](#), de control de la deuda comercial en el sector público, nos aporta algunas novedades de interés socio-laboral.

¿Qué tienen todas ellas en común para el interés del jurista del trabajo? Veámoslo.

I. UNA NUEVA REFORMA DE LAS PENSIONES EN DEFENSA DE SU SOSTENIBILIDAD PRETENDIDAMENTE AMENAZADA: ¿«SUSTO, MUERTE O TRABAJAR *SINE DIE*»?

1. LA RAZÓN DE SER PROFUNDA Y AUTÉNTICA DE LA REFORMA DE PENSIONES EN LA LEY 23/2013: EN BUSCA DE LA RENTABILIDAD PERDIDA DE LOS FONDOS PRIVADOS DE PENSIONES

El BOE de 26 de diciembre de 2013 publicaba la [Ley 23/2013](#), relativa al Factor de Sostenibilidad y el Índice de Revalorización, culminando así un proceso de reforma que ya se anunció normativamente en el [Real Decreto-Ley 5/2013](#), al ordenar crear una «Comisión de Sabios» que diera fuste teórico y económico a la decisión de reducir el peso del sistema de pensiones en el gasto social del Estado de Bienestar español. ¿Qué busca realmente?

Empezábamos este estudio de la actualidad social y laboral más diversa, pero con un hilo unitario, con la referencia a la influencia de los informes-estudio de la OCDE en los nuevos cambios. En este sentido, y por lo que hace referencia a la reforma de pensiones, hizo un estudio en 2011 en el que ponía de relieve las profundas diferencias de inversión en fondos privados de pensiones en el mundo, reflejando una fuerte disparidad entre los países que mantienen arraigados sistemas de pensiones públicas y los que apuestan por modelos con mayor capitalización de tales sistemas. Así, en los primeros, entre los que se encontraría Francia (con 130.000 millones en estos fondos), Italia (60.000 millones), Irlanda (75.000 millones) o la propia España (86.500 millones), la presencia del mercado de pensiones privadas seguiría siendo reducida, en comparación con los segundos, entre los que se encuentran Reino Unido, Países Bajos, Suiza y Finlandia, que llegan a multiplicar por cuatro o más veces esa porción de pensiones privadas. En general, Europa tiene menos de la mitad de capital en fondos de pensiones (3,1 billones de euros) que Estados Unidos (7 billones), por la diferente concepción institucional del Estado de Bienestar.

Pero ¿qué es lo que han hecho los países europeos donde más está aumentando la previsión social complementaria y qué están haciendo, siguiendo su estela, los que hasta ahora se mantenían «rezagados» para intentar alcanzar esa transferencia de pensiones, desde lo público a lo pri-

vado? Generalmente han tenido que desarrollar, desde un enfoque institucional de los mercados, regulaciones específicas en las que se concedan diversos tipos de incentivos a tal proceso, al tiempo que se desincentivaba el primado del sistema público. Como reconoce el influyente «*Grupo Consultivo de Reflexión sobre Políticas Públicas*» –del que proceden varios de los «*expertos-sabios-sumos sacerdotes*» que el Gobierno nombró para diseñar el «factor de sostenibilidad de las pensiones»– un obstáculo fundamental es la *tasa de reemplazo pública*.

Esto es, en términos jurídicos, la función de sustitución de la renta salarial que cumple la pensión pública, de modo que el derecho socialmente reconocido asegure un porcentaje adecuado o suficiente en relación con el último salario. Cuanto mayor sea este porcentaje, menos incentivos tendrán los cotizantes a completar su futura prestación con un plan privado. En España, antes de la reforma pactada de la Ley 27/2011, esta tasa era de aproximadamente el 80 %, lo que ha de ponderarse atendiendo a lo reducido de los salarios españoles respecto de la media europea, pero con los cambios normativos introducidos por aquella ley se reduciría de una forma notable, pero progresiva, hasta situarse en torno al 70 % en 2027, fecha de referencia de aquella reforma. Pues bien, tanto este porcentaje de reducción cuanto la fecha de actualización de la misma le han parecido al nuevo Gobierno inadecuados, por insuficientes, para conseguir aquel objetivo de devaluar el sistema público de pensiones en aras de una mayor presencia del sistema privado –mercado– de pensiones. De ahí que la [Ley 23/2013, de 23 de diciembre](#), reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social –LFS, en adelante–, no pactada y contestada por todos los grupos sociales y políticos, salvo el que sostiene al Gobierno, dé una nueva vuelta de tuerca al respecto, intensificando la degradación de la función de reemplazo, incluyendo la devaluación de su capacidad de mantener el poder adquisitivo real, y anticipando la fecha en que tendrá vigencia tal efecto, que ahora se sitúa en 2019.

Cierto, quien, intentando seguir cierta lógica, que hoy brilla por su ausencia, inicie la lectura de la ley por el principio, el preámbulo, creará que no es este el objetivo perseguido, sino otro muy diferente e irrenunciable, cual es garantizar la sostenibilidad financiera de todo el sistema amenazado seriamente no ya solo por factores coyunturales, la gravísima crisis que venimos padeciendo desde hace más de un quinquenio, sino estructurales, como sería el ya actualizado riesgo de envejecimiento de la población española muy por encima de lo que se está produciendo en otros países –en la «cercana» fecha de 2050, 30 de cada 100 españoles/as tendrán 65 años o más, lo que «ensombrecería» el futuro del sistema español–. La conjunción de ambos fenómenos-problemas sociales y económicos generaría una suerte de «ciclogénesis» latente en nuestro sistema que, de no ser corregida o desactivada, arriesgaría con mutar en «ciclogénesis explosiva» en poco tiempo. Así lo probaría el que, en apenas dos años, ya se haya tenido que consumir más de un tercio –23.000 millones de euros– de las reservas, esto es, de la «hucha» de la Seguridad Social –unos 59.000 millones de euros–, que costó más de una década ahorrar –se creó en 2000 y no ha recibido aportaciones desde 2011–. Para años venideros el Gobierno ya ha anunciado nuevas «medidas de mano» en esa hucha para evitar el colapso financiero que tan atroz se muestra.

A ello habría que añadir, además, el argumento que hoy proporciona la existencia de una sociedad globalizada y mediada por instituciones que aspiran a ofrecer recetas comunes para todos

los Estados, uniformando las soluciones como si fuesen únicas. En este sentido, se hace hincapié en que el «factor de sostenibilidad» es un mecanismo de ajuste automático de los «parámetros» más relevantes de las pensiones –edad de jubilación, años de cotización necesarios o importe inicial de la pensión–, que no solo se vincularían a criterios objetivos e irreversibles –la esperanza de vida–, sino que ya está implantado en varios países europeos¹.

Dónde hay factor de sostenibilidad

		 DINAMARCA	 FINLANDIA	 FRANCIA	 GRECIA	 ITALIA	 P.BAJOS	 PORTUGAL
LA ESPERANZA DE VIDA AFECTA A...	Edad de jubilación	2022			2021	2013	2025	
	Años cotizados			2009		2013		
	Pensión inicial		2010					2010

* Países donde la esperanza de vida afecta a alguno de los parámetros para determinar la pensión, y el año en que ha entrado o entrará en vigor.

Fuente: *Revista Seguridad Social Activa*.

Pero si vengo criticando el carácter de «preámbulo fábula o cuento» de buena parte, si no todas, las exposiciones de motivos (EM) que se vienen promulgando para recortar los derechos sociales y laborales con la excusa de mejorar la productividad o de reducir el déficit público, el de la Ley 23/2013 se lleva la palma. Bastaría para verificarlo con echar un poco la vista atrás, no con triste nostalgia, sino con el propósito de hallar experiencia cierta, y recordar cómo los argumentos que ahora se emplean son análogos a los de mediados de los 80 –Ley 26/1985, de un Gobierno socialista– y de los 90 –Ley 24/1997, Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, de otro Gobierno popular–. Pues bien, tales argumentos, presentados en el plano teórico como dogmas infalibles y en el plano social como fenómenos fatales, no solo fueron desmentidos uno a uno por el tiempo, más cuánto más creció el empleo y mejoró la recaudación del Estado, sino que dio para crear una «hucha», un Fondo de Reserva, que ha llegado a representar en torno al 7% del PIB.

¹ La evolución de la esperanza de vida de la población puede incidir en uno o varios de estos elementos: re-cálculo de la edad de jubilación, re-cálculo de los años de cotización mínimos para alcanzar el importe íntegro de la pensión, y re-cálculo del mismo importe íntegro de la pensión. *Vid.* DEVESA CARPIO, J. E. *et al.*: «El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España», *Revista de Economía Aplicada*, 2012. El texto está disponible, junto con otros en sentido análogo, de tales autores y otros económicos y actuarios, en <http://www.uv.es/pensiones/Factor-de-sostenibilidad.html>

En consecuencia, si la realidad y la ciencia –también económica y actuarial– muestran que tales previsiones no son tan irremisibles, y que caben alternativas, ¿dónde está el objetivo real perseguido con esta nueva –ya el Real Decreto-Ley 5/2013 supuso un importante paso de– aceleración e intensificación de reformas ya contenidas en la [Ley 27/2011](#)? Pues el propio legislador nos lo confiesa, cierto que con su neo-lenguaje habitual, tanto en una cláusula extravagante, por lo que hay que ir, como siempre recomiendo, al final de las leyes para comprenderlas bien, la *disposición adicional 1.ª*, cuanto en el inciso final de un párrafo incluido en el preámbulo, y que si no se explica y evidencia en su contexto, y en su origen, pasaría desapercibido. Cómo no, me refiero a la crítica llamada a la «trasparencia» en la aplicación técnica del «Factor de Sostenibilidad». En ella se exige de la entidad gestora de las pensiones que, «con ocasión del reconocimiento de su pensión inicial», se informe de un modo preciso a los pensionistas *«sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de la misma»*.

Y ¿para qué tal información, si sabe que en su aplicación se irá produciendo un cierto deterioro respecto de su salario, cabe preguntar? ¿Acaso para «darles un susto»? No parece que el legislador pueda pretender tamaña crueldad. Entonces ¿qué persigue? Lo apunta, a modo de aviso a navegantes, el inciso del preámbulo. En él se pone de manifiesto que esta información no es pasiva, sino activa. La aplicación del factor en 2019, y no en 2014, quiere dar un plazo «suficientemente amplio» –menor que el previsto (2027), por cierto, de forma contradictoria, pues se mantiene formalmente vigente, en el artículo 8 de la [Ley 27/2011](#)– para que los pensionistas *«puedan tomar medidas, en caso de considerarlo necesario»* –EM, apartado II, párrafo 5, *in fine*–. Pero ¿qué medidas son esas, si, fuera del voto cada cuatro años a una u otra opción política, el ciudadano no tiene capacidad de control sobre esa evolución del sistema de pensiones, máxime con la prédica del carácter irrefutable de los cambios?

Como digo, la ley no lo especifica, como es obvio, pues quebraría todo su discurso inicial. Pero si vamos a las fuentes originarias de este profundo cambio legal, que va mucho más allá de una reforma al uso, como también reconocerá el legislador, hallamos la respuesta con toda nitidez. En efecto, en los estudios que han servido de referencia a esta nueva reforma anticipada, intensificando y anticipando, como se dice, la importantísima reforma de 2011 y que debía entrar en vigor en 2013, en parte, y en otra en 2027, se dice con toda claridad que:

*«... la implantación de este mecanismo debería ir acompañado de proyecciones sobre su valor futuro para que los individuos tomen sus **decisiones de consumo-ahorro** con suficiente antelación»².*

Más claro imposible, ni el agua cristalina. El redactor del preámbulo casi copia en su literalidad esa frase doctrinal –abanderado de una concepción ideológico-política, y no ya solo científica–, llevándola el legislador no al cuerpo normativo pero sí al texto de la ley, explicando qué

² Vid. DEVESA CARPIO, J. E. *et al.*: «El factor de sostenibilidad... », *op. cit.*, como conclusión de su estudio.

se quiere hacer realmente. Eso sí, se elimina el calificativo de «consumo-ahorro», que hubiera sido demasiado evidente y desmesurado. Evidente, porque una apelación de ese tipo hubiera dado la razón a quienes critican, con razón, este grave «efecto de vasos comunicantes», o incluso de «transferencia inversa de rentas», pasando recursos de lo público –obligatorio socialmente– a lo privado –libre decisión individual gestionada por corporaciones financieras, eso sí–, en esta reforma. Desmesurada, porque tampoco es la única decisión la de acudir a mecanismos de ahorro individual típicos de la previsión social privada, pues siempre cabrá, según circunstancias de cada persona –«en su caso» dice muy bien el legislador–, aplazar la decisión de jubilación, pues ahora se promueve igualmente la continuación *sine die* en el empleo de quien «quiera» (*sic*). En cualquier caso, la solución pasa por una decisión individual, cuando siempre habíamos entendido que el sistema de pensiones es una función del Estado Social de Derecho, que lo garantiza institucionalmente y en niveles no mínimos sino suficientes *ex* artículo 41 de la CE.

En suma, los mensajes normativos son ahora ya claros, y esos son que no solo hay que reducir el número de pensionistas, aunque también. Para tal reducción se idean toda clase de procedimientos que estén amparados en Derecho, claro, como hizo ya el [Real Decreto-Ley 5/2013](#), que ha llevado a endurecer las condiciones para la jubilación anticipada y parcial, con el efecto de reducir en casi un 5 % en apenas 9 meses el número de tales pensionistas, primer, aunque no único, gran golpe a la reforma de la Ley 27/2011, que ni siquiera pudo entrar en vigor en este punto. En la misma senda se sitúa no ya el aplazamiento de la edad ordinaria de jubilación, que pasa de los 65 a los 67 años, de momento, sino también prolongando hasta el extremo su continuidad en la vida laboral «activa», prohibiendo incluso las cláusulas colectivas de jubilación forzosa –nueva disp. adic. 10.^a ET– e incentivando la continuidad más allá de la misma. No obstante, no es suficiente. Hay también que rebajar, para los pensionistas que no se puedan evitar, sus pensiones, a fin de disuadirlos de acceder a ellas, retrasando su edad de jubilación –y para ello se instrumenta la reforma laboral– o bien animándolos a que se hagan un plan de pensiones privado –para ello se instrumenta la reforma de las pensiones–, con lo que el círculo ya está cerrado. Ahora falta saber si es virtuoso, como se dice en el preámbulo-cuento, o si es, como me temo, vicioso.

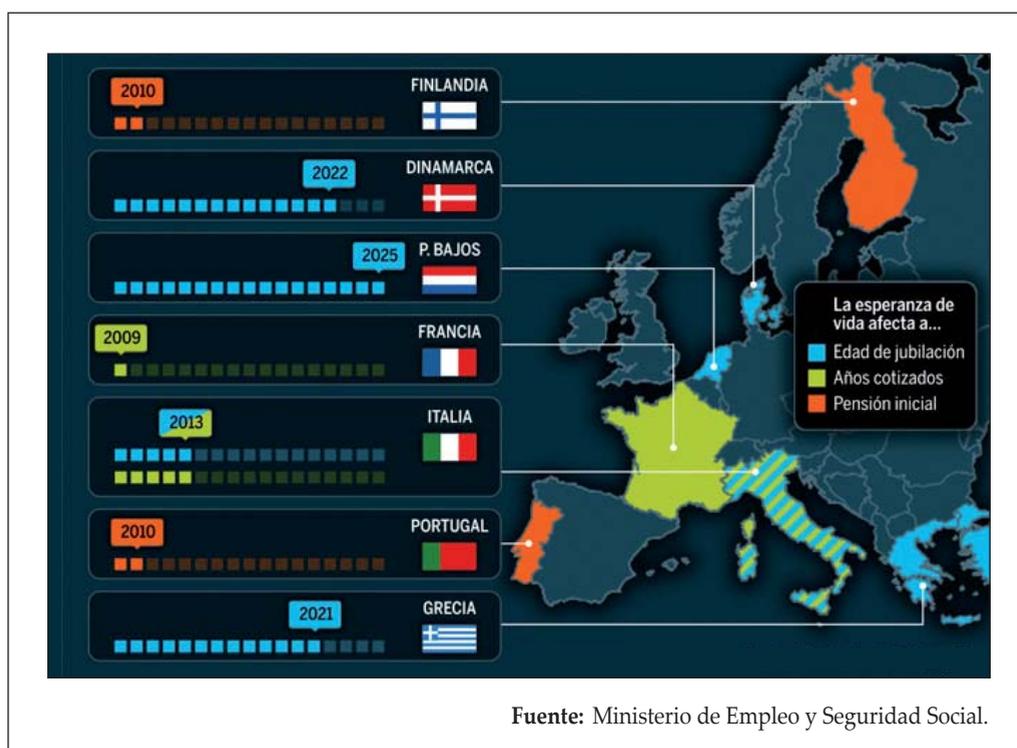
Sea como fuere, desvelado de inicio el fin perseguido por la reforma, es momento de pasar a analizar los aspectos más relevantes «técnica» y «prácticamente» de la misma. Veamos.

2. EL SALTO CUALITATIVO HACIA UN CAMBIO PROGRESIVO Y SILENCIOSO DEL MODELO ESPAÑOL DE PENSIONES: LA OPCIÓN LEGAL POR UNA REFORMA SISTÉMICA O «NO PARAMÉTRICA»

Vemos cómo la pretendida «neutralidad matemático-actuarial y económica» asignada al nuevo modelo de cálculo de las pensiones, basado en reajustes –a la baja– automáticos y respecto de parámetros eminente, pero no exclusivamente demográficos –esperanza de vida–, responde a un objetivo de política del Derecho de la Seguridad Social muy claro, retornándolo en gran medida a la dicotomía clásica Asistencia social pública-Previsión social privada. Pero esta

evolución, para mí una clara involución –en la línea de otras civiles y sociales–, se presenta, paradójicamente, como una marcada modernización del sistema, de modo que como resaltará el preámbulo, no solo se sigue la estela de lo realizado en otros países europeos desarrollados, sino que es la clave asignada para la sostenibilidad por la UE. El «factor de sostenibilidad», auténtico neo-lenguaje eufemístico y funcionalista aparece como una *nueva fórmula mágica* de la ciencia actuarial, ahora hecha Derecho de la Seguridad Social.

A más años, menos pensión: Años en los que entra en vigor el sistema de pensiones basado en la esperanza de vida en otros países de la Unión Europea



Una vez más, el análisis detenido de los diferentes modelos y experiencias pone de manifiesto que la existencia de un referente común, aquí marcado por los documentos de la UE –«marcado CE»– que han servido de referente a la Estrategia Europea 2020 –como el Libro Blanco 2012: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles»– no significa que haya unanimidad de caminos, de manera que la diversidad de aplicaciones domina sobre la pretendida uniformidad. En este sentido, si es verdad que la mayoría de países de la UE y de la OCDE han aprobado reformas importantes en sus sistemas de pensiones en los últimos 15 años, introduciendo factores de individualización y capitalización en los clásicos, y otrora dominantes, sistemas públicos

de reparto, ante la tendencia al envejecimiento de la población y los efectos de las cíclicas crisis, no es cierto ni que todos ellos le hayan imprimido el mismo ritmo, de modo que no siempre la inmediatez equivale a eficacia, como aseguran algunos de los estudios que avalan tales políticas de reforma, ni que todos sigan de manera inexorable la misma dirección, con lo que el margen de decisión político-institucional y social siempre existe en este ámbito³.

De este modo, si en todas las experiencias se parte de una misma dialéctica, asegurar que el equilibrio financiero del sistema de pensiones, finalidad contable última del valor de la sostenibilidad financiera, no arrumbe la suficiencia de la pensión para proveer una vida digna, presupuesto a su vez del consumo y, por tanto, de la producción, por ende del empleo, y si en todas ellas el resultado más tangible es evidente, la reducción del coste total del sistema – el Ministerio de Hacienda calcula que la reforma supondría un ahorro total para la economía del 3,5% en 2050, siendo el ahorro atribuido al factor de sostenibilidad del 1% del PIB–, los caminos seguidos no son los mismos. Al respecto, hay que tener en cuenta también que tampoco los niveles de madurez, cobertura y protección social son iguales en todos los países, estando los Estados del sur muy por debajo de la media europea, entre ellos España. El resultado final del recurso a este tipo de fórmulas, más en situaciones críticas como la actual, suele llevar no solo a la «congelación» de las pensiones, como hasta ahora, sino a su rebaja. Para que eso no suceda, en las diferentes experiencias se fijan cautelas –a modo de «cláusulas suelo»– que impidan la caída de las pensiones de quienes ya estén jubilados en el momento de aplicar los diferentes factores de sostenibilidad, no así con quienes se retiren en el futuro.

En suma, la referencia a lo que está sucediendo en los demás países sometidos a los mismos envites que nosotros sirve, sí, para confirmar la tendencia hacia una regulación basada en inexorables «modelos tecnocrático-economicistas», pero esa misma mirada al exterior pone de relieve que siempre hay opciones para elegir. La introducción anticipada del previsto factor de sostenibilidad para asegurar el sacrosanto equilibrio del presupuesto no impide, más bien lo contrario, exige, la actuación del pacto político y social, de modo que no se sustituya a «la soberanía popular, y ni siquiera la erosione o matice». Este margen de maniobra, evidenciado por la misma Comisión de Expertos que está en el origen técnico de la reforma última, para la que siempre existen «parámetros correctores» y/o «cláusulas de amortiguación social» de los efectos más negativos, queda perfectamente ilustrado atendiendo a esa diversidad europea. Sin embargo, como veremos con más detalle, la [Ley 23/2013](#) deja nulo, o poco, margen a ese debate, salvo la cláusula de mantenimiento, a mi entender indisponible constitucionalmente, del derecho al percibo

³ Mientras que unos países se aferran a modelos públicos, retrocediendo en reformas que ampliaban la edad de jubilación –por ejemplo Francia, e incluso Alemania–, otros, en cambio, apuestan por hacer obligatorio, no voluntario, el plan privado de pensiones, con lo que se elimina un segundo freno al crecimiento del mercado privado de pensiones. Es el caso de países como Dinamarca, Italia, Polonia, Suecia o Eslovaquia, que han establecido la obligatoriedad de suscribir uno de estos planes, derivando parte de las cotizaciones a estos fondos (generalmente planes colectivos en el seno de las empresas, una vía explorada en España a través de la negociación colectiva, si bien en la actual situación crítica sufre un estado de estancamiento o devaluación, como en general la negociación y los regímenes retributivos).

del complemento por mínimos –art. 5 LFS–, y la garantía de un nivel mínimo –también máximo– de revalorización de las pensiones –art. 48.2 LGSS, en la redacción dada por el art. 7 LFS.

Llama mucho la atención, por ello, que de no tener activado ese factor de equilibrio automático, España pase a ser uno de los alumnos más aventajados de la clase europea y se convierta en el primer país comunitario que cuente con un doble mecanismo automático de ajuste y contención de gasto en el sistema de pensiones:

- a) Uno sobre la pensión pública inicial, basado en un elemento demográfico –factor de sostenibilidad.
- b) Otro sobre la actualización anual, asentado en la coyuntura económica de cada tiempo –índice de revalorización.

La reforma propuesta afectará, pues, tanto a los pensionistas futuros como a los actuales. Esto significa que por primera vez una reforma de este tipo se aplica sobre quienes ya son pensionistas en el momento de su entrada en vigor. Hay que tener en cuenta que la actualización anual –revalorización– es el elemento que más contribuye al incremento anual de la factura de las pensiones (una media de 2.000 millones anuales desde los años 80, teniendo en cuenta la inflación). De ahí que esta reforma haya sido criticada, de una manera unánime, aunando la crítica sindical y la empresarial, por el Consejo Económico y Social –CES–. A este respecto, no es baladí recordar que la reforma que ahora se introduce es sumatoria con la que representó la Ley 27/2011, y cuyos efectos de importe ahorro del gasto-inversión social en pensiones no se ha querido aguardar para verificarlos, acumulándose a la actual.

Sin ningún ánimo de exhaustividad en este momento, y dejando a un lado medidas para el control del gasto no contributivo –su art. 1 limita la cuantía del complemento a mínimos de manera que no sea superior a la pensión no contributiva...–, la Ley 27/2011 incluye diversas reformas parciales, lo que se llama, con ese recurrente neo-lenguaje funcionalista tan poco propicio para la comprensión ciudadana del sistema, «paramétricas»:

- a) El artículo 2 adapta las referencias de la exoneración de cotizar al cumplir la edad legal de jubilación con la carrera laboral completa a los nuevos requisitos de edad y periodo de carencia –años cotizados.
- b) Los artículos 4 y 5 introducen novedades tan relevantes como el incremento de la edad de jubilación ordinaria, que pasa de 65 a 67 años, que es la máxima prevista en la UE –salvo los 68 años de Reino Unido–, con carácter general, salvo para quienes acrediten más de 38 años cotizados; se incluye una forma de cómputo de la base reguladora a partir de las bases de cotización de los últimos 25 años anteriores a la jubilación, cuando anteriormente eran 15 años, y, entre otras, se modifica la escala que determina la tasa de sustitución según años cotizados, ampliando el número de años cotizados necesarios para alcanzar el 100 % de la base reguladora –pasa de 35 a 37 años–, siendo la escala ahora proporcional entre 15 y 37 años.

- c) Mientras que se incrementan las primas por el retraso de la jubilación, que ahora llega a alcanzar el 4%, se han endurecido las condiciones de acceso a la jubilación anticipada, con la vuelta de tuerca que ya supuso al respecto el [Real Decreto-Ley 5/2013](#). También se hace lo propio con la jubilación parcial –art. 6 Ley 27/2011.

Sin embargo, nada de esto colma las pretensiones de ahorro del Gobierno. Este tipo de reformas «paramétricas» o parciales están bien, pero requerirían un plus para ser mucho más eficaces y, sobre todo, inmediatas, dado que acucia la reducción del déficit público, que es lo que la Comisión Europea, y la Troika, más valoran para dar «certificado de alumno excelente», y por tanto contar con los parabienes. Por eso, hay que propiciar un cambio cualitativamente distinto a los anteriores en el cálculo de la pensión de jubilación para asegurar el equilibrio de referencia, como el preámbulo reconoce –apartado II, párrafo último–. Y es aquí donde emerge no solo la anticipación del factor de sostenibilidad, previsto en el artículo 8 de la Ley 27/2011, y que no se ha modificado, por cierto, pese a que el periodo de referencia no es compatible –en aquel se prevé el 2027 y en el art. 4 de la Ley 23/2013 se anticipa al 2019–, por lo que ha de entenderse actuante la cláusula de derogación tácita –disp. derog. única–, sino que se firma al mismo tiempo la carta de defunción del parámetro de revalorización de las pensiones que había sido considerado hasta el momento más correcto y transparente: el IPC.

Se opta ahora, pues, por otro tipo de reformas, la que los partidarios del denostado, por mí, neo-lenguaje técnico-funcionalista llaman «no paramétricas» y que yo no dudaría en calificar como sistémicas, por su impacto estructural global y su enfoque racional-mecanicista. La razón para ello es estrictamente económico-actuarial, en la medida en que los estudios que le han servido de base, y que no se identifican propiamente con el informe emitido, con votos particulares incluidos, por la Comisión de Expertos-sabios, reprochaban que esas medidas de reforma legal apenas servirían para dar cobertura a «*un 30% del camino hacia la sostenibilidad actuarial definitiva*». En términos más directos, la reforma de 2011 solo incidiría en la rebaja del gasto entre un 21 y un 28% de las pensiones públicas, o en un 3,5 del PIB si se tiene un horizonte más largo –2050–⁴. En consecuencia, había que recorrer otro camino, que fuese más rápido e incisivo en la reducción del gasto y, en consecuencia, en la mejora del equilibrio presupuestario con una visión de pura equidad actuarial –que no debe confundirse con la equidad contributiva, menos con la equidad protectora.

Un repaso tanto de la literatura científica en la materia como de las experiencias de reformas de este tipo seguidas en los diversos países que, de un modo u otro, la han afrontado en estos años, pone de manifiesto que hay básicamente tres técnicas de reforma sistémica, no paramétrica o estructural a seguir por el legislador español. A saber⁵:

⁴ Para una síntesis de los diversos estudios económicos a tal fin, incluyendo los de la OCDE y el ministerio, así como de las grandes entidades financieras y aseguradoras, que suelen ser las que sufragan este tipo de informes, *vid.* DEVESA CARPIO, J. E. *et al.*: «El factor de sostenibilidad...», *op. cit.*, págs. 6-7.

⁵ *Vid.* la clasificación de reformas de la OCDE. Panorama de las pensiones 2011. También WHITEHOUSE, E. R.: *Life-expectancy risk and pensions: who bear the burden?*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers,

- a) La sustitución, bien total –poco viable– bien parcial –la más practicada y practicable–, del modelo de financiación del sistema basado en el principio de reparto a otro basado en el principio de capitalización –por ejemplo: Chile.
- b) La introducción de un «*sistema de cuentas notacionales*», de modo que cada pensionista contaría, individualmente, con un plan obligatorio de cuentas que, abierto al inicio de su incorporación a la vida laboral activa, mantendría a lo largo de toda su vida y queda integrado por las anotaciones realizadas a lo largo de todo ese tiempo en ellas. No se trata de cotizaciones reales sino teóricas –de ahí que se llame «notacionales»–, y resultan de una fórmula matemática, según la cual la cuantía final de la pensión es la resultante de dividir el valor cuantitativo asignado a los derechos adquiridos a lo largo del tiempo entre la esperanza de vida estimada de la cohorte de población a la que pertenece el individuo en el momento de la jubilación –por ejemplo: Suecia, Italia.
- c) La indexación automática de las pensiones a la evolución de determinados criterios o parámetros sistémicos, que actúan, precisamente, como «factores de sostenibilidad»: evolución de la esperanza de vida, actividad económica del momento, ratio entre los pensionistas y los ocupados –tasa de dependencia–...

La clave fundamental para comprender estas reformas sistémicas o no paramétricas, frente a las parciales o paramétricas, es que con ellas sí se busca, aunque no se diga, más bien se niegue –como hace el preámbulo de la Ley 23/2013–, alterar la estructura y filosofía global del sistema de pensiones, introduciendo cambios cualitativos de gran trascendencia, mayor o menor según las fórmulas empleadas. Frente al carácter decisional de las reformas parciales, las reformas sistémicas apelarían a fórmulas matemático-actuariales automáticas, objetivas y, en apariencia, de aplicación neutral, evitando cualquier sesgo de arbitrariedad y, además, frente al riesgo de obsolescencia de las reformas limitadas a parámetros concretos, en poco tiempo se quedan desbordadas por las circunstancias del momento, tendrían las sistémicas o no paramétricas mayor estabilidad reguladora, contemplándose también en este caso las correspondientes actualizaciones, si bien con una previsión de frecuencia más amplia y cierta. Por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 23/2013 lo sitúa en cinco años.

Pese a la aparente sencillez de este esquema dual, la complejidad de la cuestión es manifiesta, tanto que, como se ha dicho, si solo se apostara por factores pretendidamente objetivos, como la esperanza de vida, cada esos cinco años habría que elevar la edad de jubilación unos seis meses, según proponen los especialistas en las técnicas y ciencias actuariales. Una variabilidad notable que también está presente si se utiliza, de forma exclusiva, o combinada, como es más frecuen-

núm. 60, 2007. Una sugerente síntesis crítica en MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAL, J. A.: «El factor de sostenibilidad en España: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?», *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, págs. 215 y ss.

te, con otros criterios como el «ciclo económico» –Portugal, Alemania, Suecia–, una opción no atendida, como se verá, en la Ley 23/2013, que se centra solo en la variación de la esperanza de vida. En todos los casos, sin correctores institucionales, no se elimina el riesgo de inestabilidad que tiene todo criterio aplicado automáticamente, por lo que es necesario evitar la incertidumbre extrema para los pensionistas futuros, para no quebrar la propia confianza en el sistema⁶.

En todo caso, y por encima de esta complejidad –variedad y variabilidad–, el resultado es, como reconocen quienes diseñan intelectualmente este tipo de reformas, una profunda modificación del sistema de reparto. La razón estriba en que los pensionistas futuros asumen, de una manera u otra, una parte del riesgo biológico, pero también social, del envejecimiento.

Una vez más con lenguaje crítico, o mejor, con ese omnipresente neo-lenguaje tan del gusto de las leyes anticrisis, el preámbulo nos da la pista de que así es, pues expresamente se asume que «*este factor asegura el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional, si bien solo respecto de las pensiones de jubilación*» –EM, II, párrafo cuarto–. Pero el legislador español también ha querido que los riesgos demográficos y económicos que asume el sistema sean asumidos, en parte, por los pensionistas actuales, por lo que, en buena medida siguiendo, si bien con algunas modificaciones de relieve, la propuesta dual de la Comisión de Expertos-sabios (doble fórmula para la aplicación del factor de sostenibilidad, bautizadas por el informe, no expresamente por la ley, pero bien podrían mantenerse también tras ella, como «*Factor de Equidad Intergeneracional*» –«FEI»– y «*Factor de Revalorización Anual*» «FRA»), ha aprovechado la reforma para cambiar radicalmente el criterio hasta hoy vigente de revalorización, regulado en el artículo 48 de la LGSS, que ahora se modifica. Aunque de carácter aparentemente técnico, ambas se traducen en la práctica en pensiones más bajas, especialmente en tiempos de crisis.

En suma, se hace una apuesta por un modelo mercantilista-actuarial de garantía de la sostenibilidad, atendiendo el enfoque de «sabios» o de los «nuevos sumos sacerdotes», cuando se trata de una cuestión netamente social, por tanto, también de justicia distributiva. Pero, por mucho que se vista de neutralidad matemático-actuarial y se nieguen cambios estructurales, en el fondo de la reforma promovida subyace, si bien de forma difusa, un *progresivo o gradual, pero perceptible, cambio global del modelo público de pensiones*, basado otrora en «*sistemas de reparto y prestación definida*», para avanzar a otro «*parcialmente capitalizado y de aportación definida*». En consecuencia, el impacto no solo político-social sino jurídico-constitucional es más que evidente, por mucho que el preámbulo cuide de no alertar refiriendo a la garantía del mandado de suficiencia de las pensiones del artículo 50 de la CE. Ahora bien, y como también queda aclarado cuando se acude a las fuentes que inspiran esta regulación y sirven de soporte para la fundamentación del nuevo ré-

⁶ El problema del envejecimiento de la población europea combinado con su baja tasa de natalidad está en la base de los continuos pronósticos alarmantes sobre la evolución del gasto en pensiones. Según el último informe de la Comisión Europea al respecto, de 2012, solo en seis países de la Unión bajará el gasto en 2060. En España, subirá en más de tres puntos del PIB, hasta el 13,7%. No obstante, en estas proyecciones a tan largo plazo no se contemplan cambios legales o variables imprevistas como los *shocks* migratorios.

gimen, esa irrenunciable preocupación por garantizar siempre un estándar de pensión «adecuada», se situaría en la salvaguarda de «pensiones mínimas». De ahí, que «en ningún caso la implantación del factor de sostenibilidad debe suponer que las pensiones mínimas se vean afectadas»⁷. Una vez más, casi con idénticas palabras, el legislador acoge esta observación dogmático-doctrinal, ahora de índole social, más bien asistencialista, y expresamente nos dice que el «Factor de Sostenibilidad», o más propiamente, el «**Factor de Equidad (actuarial) Intergeneracional**», se aplicará «sin perjuicio del derecho... al percibo del complemento por mínimos...» –art. 6.

3. LAS CLAVES DE COMPRENSIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN PARA EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES: PUNTOS CRÍTICOS DE LA LEY 23/2013

3.1. El factor de sostenibilidad: el principio de equidad actuarial intergeneracional como vía para la asunción individual del riesgo biológico-social de envejecimiento

En consonancia con el macroobjetivo de la reducción del déficit público se redactó el artículo 18.3 de la [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril](#). Según este precepto, el Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la, tan inestable y vaciada de racionalidad jurídico-transaccional, [Ley 27/2011](#). Precisamente, con fundamento inicial, si bien luego debilitado y diluido, en la recomendación segunda de la Comisión del Pacto de Toledo y en el Informe del Comité de Expertos de junio de 2013 se ha promulgado la citada [Ley 23/2013, de 23 de diciembre](#), que supondrá una notable reducción del coste de este a costa de una notabilísima pérdida del poder adquisitivo real de los pensionistas. Pero apenas tres días antes, con lo que se reincide en el vicio de la des-localización reformadora, se modificó, por la [Ley Orgánica 9/2013, de control de la deuda comercial en el sector público](#), el artículo 18.3, para vincular la revalorización de las pensiones, y cualesquiera otros «ajustes», a los ahora sacrosantos y omnipotentes principios del equilibrio presupuestario y a la sostenibilidad financiera.

Tal función se reserva a una ley formal, lo que vista la experiencia más reciente en materia no significa ninguna garantía creíble ni sustancial ni formal, pues todo este ámbito está quedando, con sorprendente impunidad por la connivencia de la tardía y complaciente doctrina del TCO español, absolutamente en manos de la potestad legislativa del Gobierno, que ha normalizado como usual lo que debería ser algo excepcional, el decreto-ley. El nuevo texto legal refleja sin rubor este protagonismo gubernamental, en el plano de la fuente reguladora, y del objetivo económico-presupuestario, en el plano de las orientaciones de política jurídica, de manera que

⁷ Vid. DEVESA CARPIO, J. E.: «El factor de sostenibilidad...», *op. cit.*, pág. 16.

solo parecen aceptarse «ajustes» del sistema en una dirección, la de la sostenibilidad financiera, relegando parcialmente la función social redistributiva⁸.

Además, conviene reseñar que los mecanismos de ajuste automáticos pueden ser varios y, cómo no, variados y variables, centrándose la preocupación gubernamental tan solo en el resultado, al que se sacrifica cualquier otra coherencia: el equilibrio presupuestario. Pues bien, la Ley 23/2013 es la que asume en este momento esa función, tanto para pensionistas futuros, concretando el factor de sostenibilidad –el FEI, en adelante–, y anticipando su vigencia, como para los actuales –índice de revalorización anual; en adelante IRA–. Todo ello como una vía para (1) asegurar *la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes*, cuanto justificar (2) la modificación de la revalorización de todas las prestaciones de Seguridad Social *a fin de adaptarla a la esperanza de vida y la evolución de la economía, desvinculándose del IPC*. La ley se estructura en un cuerpo articulado –7 artículos– y una «parte extravagante» –cuatro disposiciones adicionales, una derogatoria y cinco finales–. Precisamente, son las disposiciones finales las que han crecido con la tramitación del proyecto de ley por el Parlamento, mientras que el texto articulado apenas ha experimentado cambios. En todo caso, y salvo en el IRA, apenas hay cambios de relieve entre el proyecto y la ley, lo que evidencia que se trataba de una decisión ya muy tomada y el proceso de elaboración era eso, un simple trámite para evitar introducir cambios tan profundos por la típica vía del real decreto-ley.

En lo que concierne al **Factor de Sostenibilidad**, que aquí entendemos, por ser mucho más preciso de lo que se quiere hacer, Factor de Equidad Actuarial Intergeneracional –FEI–, se define en la norma legal –art. 1– como un *instrumento que permite vincular de forma automática el importe de las pensiones de jubilación de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula matemático-actuarial que regula, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes*. Se identifica con una suerte de regla de equidad actuarial entre generaciones porque el objetivo es asegurar que el valor actuarial de las pensiones es el mismo para dos individuos que solo se diferencian en el año de jubilación, de ahí la inclusión de este tipo de ajustes automáticos vinculados a fenómenos pretendidamente inexorables, como el envejecimiento progresivo por el aumento de la esperanza de vida, que exigiría esos mecanismos de adaptación. Además, para su cálculo, aplicable por una sola vez en el cálculo de las pensiones iniciales de los nuevos pensionistas de jubilación –art. 2– se tendrán en cuenta dos factores –art. 3– que igualmente aparentan una objetividad incontrovertida: las *tablas de mortalidad de la población pensionista* de jubilación de la Seguridad Social, que elaborará la propia Seguridad Social, de un lado, y la *edad de 67 años* como edad de referencia, de otro, según la previsión de la Ley 27/2011.

⁸ «Art. 18. *Medidas automáticas de prevención*. (...) 3. Los mecanismos de revalorización y ajuste que resulten necesarios para garantizar el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del sistema de la Seguridad Social se establecerán mediante norma con rango de ley. El Gobierno hará un seguimiento de la aplicación de los mecanismos de revalorización y ajuste del sistema de pensiones, con el fin de velar por el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del sistema de la Seguridad Social».

En consecuencia, se pretende ofrecer una imagen normalizada o mecanizada del funcionamiento del sistema, de manera que ya esa dimensión numérico-matemática pareciera legitimar cualquier decisión sociopolítica, evitando arbitrariedad alguna y asegurando una más que razonable estabilidad reguladora, paralela a la financiera. Y para que no haya dudas se aporta una fórmula matemático-actuarial absolutamente incomprensible para el ciudadano, solo para los especialistas, y muy especialistas económicos –guardianes ahora de las esencias del sistema, como en su día los «sumos sacerdotes» lo hacían con las propias de la religión y su pensamiento encantado—. Y si no véase el artículo 4 relativo a la forma de cálculo:

$$FS_t = FS_{t-1} * e^*_{67}$$

Siendo:

FS = Factor de sostenibilidad.

$$FS_{2018} = 1.$$

t = Año de aplicación del factor, que tomará valores desde el año 2019 en adelante.

e^*_{67} = Valor que se calcula cada cinco años y que representa la variación interanual, en un periodo quinquenal, de la esperanza de vida a los 67 años, obtenida esta según las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social.

La fórmula de cálculo de e^*_{67} es la siguiente para cada uno de los periodos quinquenales:

- Para el cálculo del factor de sostenibilidad en el periodo 2019 a 2023, ambos inclusive, e^*_{67} tomará el valor

$$\left[\frac{e_{67}^{2012}}{e_{67}^{2017}} \right]^{\frac{1}{5}}, \text{ siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2012 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017.}$$

- Para el cálculo del factor de sostenibilidad en el periodo 2024 a 2028, ambos inclusive, e^*_{67} tomará el valor

$$\left[\frac{e_{67}^{2017}}{e_{67}^{2022}} \right]^{\frac{1}{5}}, \text{ siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2022.}$$

Y así sucesivamente.

Para la aplicación del factor de sostenibilidad, se utilizarán los cuatro primeros decimales.

Ahora bien, por más «exacta» que parezca la fórmula, lo cierto es que todo el proceso es el resultado de una secuencia de decisiones políticas, no meramente técnicas. La primera, el tiempo de aplicación. Para la ley sería de aplicación **a partir del 1 de enero de 2019** por una sola vez, cuando la Comisión de Expertos, al menos la mayoría había propuesto, para determinar el importe inicial de las nuevas pensiones de jubilación que se causen, anticipar el momento *aplicativo a 1 de enero de 2014*. Ello supondría ajustes más inmediatos en el corto plazo y más profundos a largo plazo. La segunda se refiere a los criterios sobre los que actúa la fórmula, pues la experiencia comparada conoce diversas fórmulas, sin que todas ellas tengan el mismo grado de equidad intergeneracional ni tampoco de estabilidad reguladora, dando en unos casos más confianza para el sistema que otras. La española actúa directamente sobre el ajuste sobre la pensión inicial –análogamente a Portugal y Finlandia, aunque no de forma idéntica–, lo que asegura una reducción del crecimiento de las pensiones y por tanto un ahorro directo, y supone un doble ajuste para los pensionistas⁹. La tercera es la relativa a la edad de jubilación, que es la máxima prevista por el sistema, tras la reforma de 2011.

La fórmula matemática propuesta para el cálculo consiste en multiplicar el factor del año anterior por el valor interanual, en un periodo de 15 años, de la esperanza de vida a los 67 años. Dicho valor se calculará cada cinco años y en este cálculo se usarán los cuatro primeros decimales. El texto legal establece la forma en que se calculará el factor de sostenibilidad en los dos primeros quinquenios:

- Desde 2019 a 2023: será la relación entre la esperanza de vida a los 67 años en 2012 y a los 67 años en 2017. Este periodo es especial porque no hay FEI –o FS– precedente.
- Desde 2024 a 2028: será la relación entre la esperanza de vida a los 67 años en 2017 (2018 menos 1) y a los 67 años en 2022.

Aunque existen algunas diferencias entre la fórmula del FS legal y el elegido por la Comisión de Expertos –FEI–, responden en lo sustancial a un mismo modelo. Eso sí, como se ha puesto de relieve por el grupo de especialistas en esta materia, el efecto de la fórmula legal en términos interanuales es más suave que el del FEI o fórmula de la Comisión, siendo mayor la diferencia a medida que nos alejamos en el tiempo, produciéndose un cierto «efecto escalera» de la función del factor legalmente fijado, debido a que se ha definido con saltos quinquenales, si bien la aplicación es anual¹⁰.

⁹ Vid. MENEU, R. *et al.*: «El factor de sostenibilidad: diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema», en *Economía Española y Protección Social*, V, 2013. En sustancia es el mismo artículo, publicado en diversas revistas, que el citado en notas anteriores.

¹⁰ En el año 2029 el acumulado del FS estaría en –4,60% y el del FEI en –6,84%. Esta diferencia continúa aumentando, siendo en 2039 los valores de cada uno, respectivamente, de –7,59 y –11,91%, mientras que en 2049 pasarían a ser, respectivamente, de –9,73 y de –16,10%; es decir, más de 6 puntos porcentuales de diferencia. Vid. DEVESA *et al.*, en http://www.uv.es/pensiones/docs/factor-sostenibilidad/FEI_FS.pdf

Para la aplicación del factor de sostenibilidad se proponen ciertas reformas legales, en especial del artículo 163.1 de la LGSS –disp. final 2.^a–. La norma presenta una nueva regulación atendiendo tanto a esta exigencia del factor de sostenibilidad como a la previsión de la disposición transitoria 21.^a de la LGSS que, para el año 2019, establece unos porcentajes distintos. Concretamente, durante los años 2013 a 2019, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, se añadirá el 0,21 % y por los 83 meses siguientes, el 0,19 %. En cambio, no se ha modificado, como se debería haber hecho por coherencia, el artículo 8 de la Ley 27/2011 y, por tanto, la disposición adicional 59.^a de la LGSS, que sigue haciendo referencia al año 2027, cuando se aplicará desde el 2019. De nuevo el legislador deja claras las prioridades.

3.2. El nuevo índice de revalorización anual: la repercusión de la reducción del gasto en pensiones en los pensionistas actuales y las «cláusulas suelo» y «techo»

Cualquiera que sea la fórmula de sostenibilidad elegida, también la española, el ajuste recae sobre los nuevos jubilados para compensar el aumento de la esperanza de vida tenida desde un año base hasta el año de jubilación. Pero la ley española ha querido introducir un ajuste adicional, a fin de que también los pensionistas actuales asuman esa reducción.

A tal fin, diseña y pone en práctica un *nuevo índice de revalorización anual de las pensiones* –IRA–, modificando –art. 7 LFS– ahora el artículo 48 de la LGSS –y el art. 27.1 Ley de Clases Pasivas, según la disp. final 3.^a LFS–, de forma que las pensiones serán revalorizadas conforme a un índice desvinculado del clásico, el IPC. Ahora, se tendrá en cuenta la variación anual de diversos factores (los ingresos, los gastos, el número de pensiones y la pensión media de la Seguridad Social)¹¹. De este modo, se reforzaría no ya solo la caída del porcentaje del PIB dedicado a pensiones, reduciendo su tamaño, sino que se hace *recaer el ajuste a la baja sobre los pensionistas actuales*, al reducir su poder adquisitivo, en aras de una menor presión fiscal (repercusión sobre el conjunto de todos los contribuyentes), a diferencia del sistema basado en la vinculación al IPC, que mantenía una mayor solidaridad entre pensionistas y contribuyentes –presión fiscal.

¹¹ Los ingresos y gastos de la Seguridad Social que influyen en el cálculo son los de operaciones corrientes o no financieras (capítulos 1 a 7 en gastos y 1 a 7 en ingresos del Presupuesto de la Seguridad Social), sin tener en cuenta –art. 48.3 LGSS, en la nueva redacción– los correspondientes al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Además, a efectos del IRA, y respecto de las cuentas ya liquidadas, la Intervención General de la Seguridad Social deducirá de los capítulos anteriores las partidas que no tengan carácter periódico. Asimismo, tampoco se incluirán como ingresos y gastos del sistema a tales efectos: de los ingresos, las cotizaciones sociales por cese de actividad de trabajadores autónomos y las transferencias del Estado que financien las prestaciones no contributivas, exceptuando los complementos a mínimos, y de los gastos, las mismas prestaciones –por cese de actividad y prestaciones no contributivas.

Aunque tampoco en esta opción hay una absoluta originalidad, por cuanto otros países, como son Alemania y Suecia, llevan tiempo aplicando mecanismos que afectan a la revalorización de las pensiones, atendiendo no solo a variables demográficas sino económicas, el modelo español acumulará instrumentos de ajuste a la baja en función de variables básicas para los ingresos-gastos del sistema de reparto, en especial la tasa de empleo y la de crecimiento económico, variables en estos momentos que sufren una fuerte depresión en nuestro país y que, por lo tanto, presionará a la baja también el sistema de pensiones¹². Ante la gran polémica suscitada por este cambio, incluida la crítica del CES, los economistas con más predicamento en este ámbito de especialización se han dedicado a hacer estimaciones para ver qué hubiera sucedido de estar ya en vigor la nueva fórmula, evidenciando que el IRA sería superior al IPC desde 1997 hasta 2010, ocurriendo lo contrario en 2011 y 2012. Sin embargo, la pérdida de poder adquisitivo es tan elevada en los dos últimos años que la ganancia, un 3,46%, se diluye y pasa a convertirse en pérdida desde 1997 hasta 2012, -1,80%¹³.

Sin embargo, después de tantos análisis y tan complejos y loables estudios, se llega a una doble conclusión, una práctica y otra de política del derecho. En el primer caso, se pone de relieve que las diferencias acumuladas entre ambos indicadores son escasas, no superando el 2% en los 15 años analizados. Por lo tanto, se relativiza así el cambio a largo plazo. Pero, en el segundo, y más importante para nosotros, se evidencia que si se comprara el IRA con la revalorización efectiva aplicada a las pensiones, la situación cambia sustancialmente, pues en 10 de los 16 años, con el IRA *se hubiera obtenido una mayor revalorización acumulada que con la revalorización realmente aplicada*. Esto significa, finalmente, que en 5 de los 16 años no se utilizó como norma de revalorización el IPC, quedando al Gobierno de turno en cada tiempo la discrecionalidad para aplicar la que consideraba más conveniente en cada año. De ahí que los defensores de este nuevo parámetro de revalorización le atribuyan dos cualidades o valores de seguridad: de un lado reguladora, porque evitaría o reduciría la discrecionalidad legislativa, y económica de otra, porque le daría mayor estabilidad financiera al sistema.

Ahora bien, una vez más hay que poner de manifiesto que estas virtudes, derivadas de una configuración automática y pretendidamente neutral de su funcionamiento, pecan de una gran ingenuidad y no se ajustan a la realidad. Primero porque el automatismo matemático que se le quiere dar no puede prescindir tampoco de decisiones de política social. El IRA será fijado, como es habitual, de forma anual por la LPGE, que es una ley de coyuntura. Ciertamente, también se liga a una fórmula matemática de la siguiente guisa:

¹² La variante alemana sigue el indicador relativo al ratio entre cotizantes y pensionistas –tasas de dependencia–. En España ese ratio no podría utilizarse razonablemente ante la enorme degradación del mismo desde 2011, lo que daría lugar a una revalorización muy por debajo de la inflación.

¹³ *Vid.* estimaciones hechas por el Grupo de Investigación de la Universidad de Valencia y de la de Extremadura especializado en Economía de las Pensiones y Protección Social: http://www.uv.es/pensiones/docs/factor-sostenibilidad/Poder_adquisitivo.pdf

$$IR_{t+1} = \bar{g}_{I,t+1} - \bar{g}_{p,t+1} - \bar{g}_{s,t+1} + \alpha \left(\frac{I^*_{t+1} - G^*_{t+1}}{G^*_{t+1}} \right)$$

Siendo:

IR = Índice de revalorización de pensiones expresado en tanto por uno con cuatro decimales.

$t + 1$ = Año para el que se calcula la revalorización.

$\bar{g}_{I,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{p,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno del número de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{s,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores del efecto sustitución expresado en tanto por uno. El efecto sustitución se define como la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año.

I^*_{t+1} = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

G^*_{t+1} = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los gastos del sistema de la Seguridad Social.

α = Parámetro que tomará un valor situado entre 0,25 y 0,33. El valor del parámetro se revisará cada cinco años.

Esto es:

- 1.º A la media móvil aritmética de 11 valores de las tasas de variación (en tanto por uno) de los ingresos de la Seguridad Social, se le descuenta la media móvil aritmética de 11 valores de las tasas de variación (en tanto por uno) del número de pensiones contributivas de la Seguridad Social y la de 11 valores del efecto sustitución, que es la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año.
- 2.º A esa cantidad se le suma la que resulte de multiplicar un parámetro denominado α , que es una cantidad situada entre 0,25 –será la prevista para el primer quinquenio (disp. adic. 2.ª LFS; art. 41 LPGE/2014)– y 0,33, por la cifra que resulte de la división entre la media móvil geométrica de 11 valores de los ingresos de la Seguridad Social menos la media móvil geométrica de 11 valores de los gastos de la Seguridad Social.

Como en el factor de sostenibilidad –pieza clave para fijar la pensión inicial–, también estos valores –0,25 y 0,33– se revisarán cada cinco años. Pues bien, después de tan sofisticados cálcu-

los y de tan elaboradas cuentas, los objetivos de política social no pueden quedar de lado por completo. Por eso, se recoge una «cláusula suelo» –también una «cláusula techo»– social de revalorización –art. 48.2, *in fine* LGSS¹⁴: ***el resultado final no podrá ser un incremento anual inferior al 0,25 % ni superior a la variación del IPC en el periodo anual anterior a diciembre del año presente, más 0,50 % –en el proyecto era solo 0,25 %–***. En consecuencia, ni desaparece por completo la referencia al IPC ni tampoco la decisión política.

Por eso, en segundo lugar, es ingenuo pensar que la nueva regulación legal asegura la estabilidad reguladora y la previsión plena de la norma aplicable, por cuanto es evidente que el Gobierno seguirá teniendo en sus manos la potestad de dictar reales decretos-leyes, según su conveniencia, para defender el pretendido interés general, afectando al criterio legal. Por lo tanto, no solo es revisable, a la baja y al alza cada cinco años, sino que será disponible cada vez que el Gobierno encuentre –o invente– razones para ello por así exigirlo las circunstancias. Si se ha hecho antes más de cinco veces, no hay razón ahora para creer que no será, por el simple hecho de que ya se dispone de la fórmula matemática que asegura el hallazgo de la piedra filosofal en la materia, conciliando suficiencia –razón social– y estabilidad financiera –razón económica–. Ni la intervención de una autoridad reguladora más, pretendidamente, autónoma, como la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal –disp. adic. 4.ª LFS–, ni la garantía de transparencia –disp. adic. 1.ª LFS–, cambiarán esta realidad.

Débil garantía de adecuación social es también la previsión realizada en la disposición adicional 3.ª, que prevé el típico mandato al Gobierno de elaborar un informe, en este caso quinquenal, ahí es nada pues eso supone que tendrá que pasar todo ese tiempo, más que el de un mandato electoral, para conocer qué impacto real tiene este cambio y poder adoptar las medidas correctoras necesarias. Ese informe sobre adecuación y suficiencia debe llevarse al Congreso y debatirse en el ámbito del Diálogo Social. Pero sea cual sea la autoridad, y el sujeto que intervenga, mientras el mandato de todos se sitúe en la garantía de la sostenibilidad del sistema desde el lado de la depresión de los gastos, y no del aumento de los ingresos, todo el proceso quedará en manos de quien tiene la función de asegurarlo: el Gobierno.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA LEY A LA LUZ DE LOS IMPERATIVOS DE RACIONALIDAD JURÍDICA, SOCIAL Y ECONÓMICA: LA INJUSTIFICADA DEVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES

De una detallada lectura del texto legal que acabamos de exponer en sus términos más básicos, pero suficientemente comprensivos, se plantean las siguientes críticas al menos:

¹⁴ Para el 2014 *vid.* [Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre](#), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas.

- a) La cuantía de las pensiones no se congela en un sentido o plano nominal, formal, pero sí se ajustará a la esperanza de vida, **que varía al alza** y se repartirá entre un mayor número de años, por lo que la prestación anual será menor, de ahí la devaluación.
- b) El IRA de las pensiones se revisará anualmente con base en los ingresos y los gastos del sistema, pero con el establecimiento de un límite entre un mínimo y un máximo (inicialmente, 0,25% e IPC + 0,50%), que también se modificará cada cinco años. Esto significa que al menos durante estos años iniciales de aplicación las pensiones subirán menos que la inflación, por lo que el citado efecto de devaluación es manifiesto.

En realidad, esta idea de «rebaja» ha estado presente desde el inicio del proceso. El informe sobre la reforma de pensiones del llamado «Comité de Sabios» o de «Expertos» deja bien a las claras que la mayoría se inclina por consagrar legalmente algo que ya ha sucedido en los últimos dos años: que las pensiones pierdan poder adquisitivo en tiempos de crisis, aunque no se acepte político-normativamente, como sí aparece en el informe, que pudieran incluso congelarse por un largo periodo si la economía va mal durante mucho tiempo. Ahora bien, no se garantiza en la norma que haya la debida compensación entre las malas épocas –los tiempos de las bíblicas «vacas flacas»– y las «buenas épocas», de modo que las pensiones serán, en el plano real, siempre más bajas de lo que lo serían de seguir con el actual modelo.

No es ninguna especulación. El Gobierno ya ha cifrado cuánto va a ahorrar la Seguridad Social con la reforma de pensiones en el horizonte más cercano. Serán 32.939,95 millones de euros acumulados entre 2014 y 2022, según la memoria del anteproyecto de la reforma remitida al CES. De estos números se desprende que en los próximos años —aunque esto no aparece explícitamente en el documento— los jubilados perderán poder adquisitivo, al menos esta década.

Pero la crítica desde la racionalidad científica, que desnuda por completo la dimensión ideológica que tiene básicamente esta reforma del sistema, que se pretende cualitativamente diferente, según indica la propia EM, no es solo económica, sino jurídica. Al respecto, conviene comenzar recordando que el mandato legal sobre el que se asienta la reforma, articulada a través de la propuesta del «informe de los sabios» –expertos–, tenía un claro límite, una suerte de línea roja: el mantenimiento del **modelo de pensiones públicas basado en el sistema de reparto con prestación definida**. En consecuencia, la nueva reforma legal auspiciada no podría suponer un cambio estructural del sistema de pensiones en general, ni de la rama de jubilación en particular.

Pero ¿es suficientemente confiable este planteamiento? ¿De verdad no hay motivo alguno para temer que se ha abierto el camino para un cambio sustancial, aunque progresivo o gradual, del *modelo de reparto y prestación definida* para dirigirnos hacia otro con mayores elementos de *capitalización*, tanto internos como externos, y *aportación definida* en la pensión de jubilación¹⁵? A

¹⁵ Téngase en cuenta que las modalidades de capitalización y aportación definida son las más típicas de los «planes de pensiones» privados, mientras que en las pensiones públicas domina el de reparto y prestación definida. Los siste-

mi juicio la reforma es menos tranquilizadora de lo que da a entender el preámbulo-fábula y en ella están contenidos diversos elementos que orientan claramente el sistema hacia ese cambio indicado, favoreciendo rasgos de capitalización e individualización, aunque se silencie o difumine parcialmente en el texto legal. Desde un plano estrictamente interno al sistema de fijación de la pensión de retiro, el riesgo de mutación –con evidentes dudas de constitucionalidad en tal caso– capitalizadora e individualizadora reside en la afirmación, a través de las fórmulas matemático-actuariales que se presentan aparentemente neutras o sin ideología, de la *concepción estrictamente actuarial del principio de equidad intergeneracional, en detrimento del principio de equidad prestacional*.

En este sentido, cuando el legislador instrumenta el FEI únicamente al ideal de hacer equivalentes las pensiones de quienes se jubilan en un determinado momento y las de los que lo hacen un cierto número de años después, que «previsiblemente tendrá(n) mayor esperanza de vida» –o no, habría que decir, a tenor de las políticas de austeridad que hacen cada vez más difícil la subsistencia de millones de personas–, está promoviendo un factor individualizador de los riesgos socio-económicos del sistema. Ciertamente, no se trata de una individualización radical, por cuanto no se atiende a la esperanza de vida singular o del individuo, sino a la del grupo, pero sí significa reforzar la relación entre las cotizaciones realizadas en el tiempo de «vida activa» –tiempo de trabajo productivo– y las prestaciones que se reciben –disfrutan– en el tiempo de «vida pasiva». Consecuentemente, pasa a un segundo plano la función redistributiva de la pensión, así como su papel de reemplazo de renta salarial atendiendo al nivel de vida del tiempo de la jubilación, para primar la de ser función directa de lo aportado, aunque pueda representar en su día una pensión insuficiente para hacer frente a la existencia digna.

En suma, el concepto de «equidad actuarial intergeneracional» que introduce la ley de reforma de las pensiones quizás no se identifique plenamente, pero sí se aproxima, al que está tras la técnica del «*sistema de cuentas nocionales*». Este sistema no ha sido acogido de manera expresa ni tan siquiera por el informe de expertos en su propuesta de FEI, pero sí figura en otros informes que han surgido de forma simultánea al mismo fin y que firman los expertos o sabios más influyentes –a comenzar por su presidente– en esa «Comisión de Sabios» o «sanedrín de nuevos sumos sacerdotes» de las pensiones. Es el caso de la propuesta de cambio estructural del sistema propuesto por el documento titulado «*Un sistema de cuentas nocionales para España. Por un sistema de pensiones solidarias, sostenible y transparente*» (2011), auspiciado por la patronal de Seguros UNESPA. Un informe que presenta el sistema de cuentas personales nocionales como el más adecuado para dar garantía de sostenibilidad al sistema, pues aseguraría de forma más cierta o segura y flexible la citada «relación entre las aportaciones y las prestaciones», al descon-

mas de prestación definida se caracterizan por definir un objetivo: que el partícipe perciba en su día –momento del hecho causante: jubilación– unas prestaciones fijas y determinadas, que quedan establecidas con cierta seguridad o con certeza desde el inicio y sin perjuicio, claro está, de la revalorización contemplada en las leyes. En los *planes de aportación definida*, el partícipe tendrá derecho en su día a una prestación que vendrá dada por sus aportaciones y la rentabilidad obtenida por las mismas, de ahí que sea variable y más incierta. La certeza se pone en lo que se aporta, no en lo que se percibe, favoreciendo la posición de los contribuyentes, en detrimento de los «beneficiarios».

taminarla o depurarla de «factores redistributivos» y pasar a ser la prestación solo «una función directa de lo aportado». Una concepción que no solo contraría los principios ético-jurídicos, sino que resulta acientífica. Quiebra, o cuando menos erosiona, los valores ético-jurídicos que inspiran el sistema de pensiones en su orden constitucional más elemental al carecer de justificación, favoreciendo un tipo de decisiones, institucionales e individuales, que responden al dilema de «susto –de que te reduzcan la pensión cuanto más vivas– o muerte –antes mueras, más cobras»¹⁶.

Y no es científica porque, como ese mismo informe sostiene, la tasa de rentabilidad de los sistemas que se basan en la capitalización individual no es ni mucho menos mayor a largo plazo –que es el que dice contemplar la reforma legal– que la proporcionada por el sistema de reparto. Más bien, la experiencia enseña que los sistemas de capitalización terminan siendo un fiasco, como ya sucediera en Estados Unidos antes del Crash del 29, obligando al cambio hacia los sistemas de reparto –«pay as you go»–, y ahora evidencia Chile. Precisamente, esta debilidad de los sistemas de capitalización se evidencia también si nos movemos ahora en el plano externo referido del sistema de pensiones, pues de todos es conocido, aunque se silencia mediática y políticamente, la inseguridad de los planes privados de pensiones y su reducida rentabilidad, más en épocas de crisis como la actual. Si no fuese por el incentivo fiscal, que supone la renuncia del conjunto de la sociedad a un alto volumen de ingresos públicos –desgravaciones o deducciones fiscales– a favor de la capacidad de ahorro de unos pocos, los de mayor renta salarial –dimensión redistributiva a la inversa o regresividad fiscal–, los planes de pensiones en España tendrían mucho menor mercado¹⁷.

5. LA GRAN OLVIDADA DE LA REFORMA: EL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL SISTEMA NO ES UN PROBLEMA DE ENVEJECIMIENTO, SINO DE DESEMPLEO Y POBRE PRODUCTIVIDAD

Pero más allá de esta evidencia hay un presupuesto previo que no suele aparecer. Al margen de que se puedan o no compartir los cálculos y pronósticos demográficos, cuando se habla del «factor de sostenibilidad» solo se tiene en cuenta el aspecto relativo al gasto. Ahora bien, del mismo modo que cada vez se habla más de la necesidad de una profunda reforma tributaria para incrementar los ingresos fiscales del Estado, como vía adecuada para equilibrar las cuentas públicas y no incidir de forma continua y única sobre el gasto social, ¿por qué no se hace lo mismo respecto de una cuestión tan capital como las pensiones y se interroga sobre la posibilidad de evolucionar desde un modelo de ingresos basado fundamentalmente en cotizaciones sociales a otro en el que tengan protagonismo otras fuentes, como son los impuestos? Si el aumento de las cotizaciones sociales se revela como un tabú para no perjudicar el crecimiento económico, y la tasa de beneficio

¹⁶ Para esta crítica moral del factor de sostenibilidad, cierto que con algo de exageración metafórica *vid.* «La insostenible levedad del Informe sobre el factor de sostenibilidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, pág. 244.

¹⁷ *Vid.* por todos MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: «Los planes y fondos de pensiones en el contexto de las reformas de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?», *RGDTSS*, núm. 31, 2012.

empresarial, que termine perjudicando a una maltrecha tasa de empleo, sí que cabe hablar de fórmulas impositivas, como utilizar el IVA o crear un impuesto finalista (modelo seguido en Francia).

Parece claro que la edad no es un elemento sobre el que se pueda jugar de manera constante y exclusiva. Fisiológicamente es imposible, pero es que, además, en España el gran problema es la reducida tasa de actividad y empleo de los mayores de 60 años (el 37,3 y el 31 %, respectivamente). Las empresas no contratan a este colectivo, por lo que, de nuevo, los problemas pueden y deben «atacarse» desde perspectivas más amplias, no ya usando y, en realidad, abusando, del factor institucional –la reforma legislativa–, para reducir las pensiones, bien aumentando la edad de jubilación u obstaculizando la anticipada –retraso del acceso–, bien con el incremento de los periodos de carencia... Si, como se hizo en la omnipresente Alemania en 2005, no solo toma la esperanza de vida como referencia –como sí hacen Portugal e Italia–, sino también la relación entre el número de cotizantes y de pensionistas, ***lo que hay que hacer no es ya reducir el número de estos, sino ampliar el número de aquellos, con adecuadas políticas de empleo o de mercado de trabajo, así como de crecimiento económico.***

Quizás podría pensarse que atender del lado de los ingresos es una utopía. Pero eso sería así si España estuviese por encima de la media europea en gasto social. Sin embargo no lo es. Al contrario, estamos por debajo de esa media, nada menos que casi un punto y medio de la Europa a 27 y más de dos puntos de la Europa a 16.

Pero ¿por qué no atendemos a otras variables más positivas, como por ejemplo al incremento de la productividad, asumiendo otro de los valores en boga en este tiempo y de carácter económico?

Ciertamente, puede decirse que España ya ha emprendido ese viaje hacia la mejora de la productividad, pero lo ha hecho siguiendo el modelo más fácil y, al tiempo, menos eficaz, pues ha avanzado en su devaluación interna, pero la inversión tecnológica y la apuesta por el valor añadido aún no acompañan en ese viaje hacia la competitividad, pese a ser un eje de otra de las leyes olvidadas en esta materia, la «*Ley de Economía Sostenible*» –[Ley 2/2011](#)– y su auspiciado nuevo modelo productivo basado en el incremento del valor añadido. La debilidad de este modelo de competitividad basado en la reducción de los costes es evidente si se tiene en cuenta la tormenta generada por el incremento del precio de otro factor, la energía, que amenaza con comerse las ganancias de productividad derivadas de la reducción salarial. La incertidumbre es radical también, como prueba que se cuestione un modelo de fijación de precios, cambiándose transitoriamente –[RDL 17/2013, de 27 de diciembre](#)–, justo cuando entra en vigor la ley que pretendía cambiar el sector de forma estructural –[Ley 24/2013, de 27 de diciembre](#)–, cómo no inspirada en el fin de asegurar la «*sostenibilidad financiera del sistema*».

Por supuesto, todo ello con unos niveles de suministro de calidad y al «*mínimo coste posible*» –EM, apartado II–. Si la Ley se hubiera publicado un día después parecería sin duda una inocentada, quizás por eso el Real Decreto-Ley 17/2013, *por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014*, sí se publica el día de los Santos Inocentes. Cierto, no es este nuestro tema de análisis, aunque no está tan desconectado como pareciera atendiendo a la materia, sí a los valo-

res de regulación y a las técnicas legislativas. Incluso por el estado de perplejidad que causa en el ciudadano la forma de regular y aplicar el mecanismo de fijación del precio de un servicio público esencial que debería gozar de la máxima transparencia, y no convertirse en un auténtico jeroglífico, eso sí, sabiendo que, al final de tanto laberinto, una cosa es clara: la factura de tanta complejidad, de tanta opacidad, siempre termina pagándola el ciudadano en beneficio de las grandes empresas.

Lo mismo sucede con otro servicio esencial del Estado de Bienestar, la garantía de unas pensiones suficientes. La extremada, e innecesaria, complejidad del sistema de cálculo de la cuantía de las pensiones, tanto la inicial como la revalorizada, siempre conlleva una pérdida de poder adquisitivo para el ciudadano. Además, las vicisitudes tanto de la factura de la luz —el control del llamado «déficit de tarifa»— como de la «factura de las pensiones» —el control del llamado «déficit de Seguridad Social»—, así como, incluso, el pago de la factura de la pérdida de competitividad mediante la devaluación de salarios —el control del «déficit de productividad» a cargo de los salarios—, evidencian que las reformas deben ser más globales y atender a todas las variables, y no a una sola, pues existe una relación sistémica entre ellas, de modo que sean las ganancias, sean las pérdidas, en un ámbito, inciden de plano en el otro. Desde esta visión más racional y global, quienes sostienen que el sistema público quebrará inexorablemente por la gran presión de la demografía olvidan que el crecimiento de la productividad pueda mantener en 2050 al doble de pensionistas, tal y como evidencian autorizadas, pero poco difundidas, voces. Así, se ha contra-argumentado frente a quienes ven en el incremento demográfico una razón inexorable de reforma que:

«En estos argumentos, sin embargo, no se tienen en cuenta varios hechos. Uno de ellos, de especial importancia, es el del aumento de la productividad, es decir, que un trabajador dentro de 40 años producirá mucho más que un trabajador ahora»¹⁸.

Este enfoque en modo alguno elude la necesidad de reformas. Que no haya problemas graves en las pensiones públicas, como se nos quiere evidenciar, no significa que no deban hacerse reformas. Pero estas no deberían ir en el sentido de reducirlas, que perjudica tanto el consumo como la producción y, por tanto, el empleo a medio plazo. En consecuencia, hay otras medidas aconsejables para aumentar los fondos destinados a la Seguridad Social y mejorar las pensiones. Una de ellas es facilitar *la participación de las personas que no tienen empleo* en el mercado de trabajo¹⁹. En

¹⁸ Vid. NAVARRO, V.: «Las pensiones no están en peligro», diario *El País*, http://elpais.com/elpais/2013/01/30/opinion/1359549279_386516.html

¹⁹ Y en parte esto se debe a dos factores. Uno es el bajo porcentaje de la población adulta que trabaja en el sector público (en 2007 el 10%, uno de los más bajos de la UE-15, cuyo promedio es del 15%). En contra de lo que se dice, el sector público (y, muy en particular, en los servicios públicos del Estado del Bienestar, tales como sanidad, escuelas de infancia, educación y servicios sociales, entre otros) está poco desarrollado y tiene escaso personal, y ello se traduce en el bajo porcentaje de la población que trabaja en él. Y el trabajo crea la necesidad de producir más trabajo. El otro factor (relacionado con el anterior) es la baja participación de la mujer en el mercado de trabajo (52%). Si España tuviera el porcentaje de Suecia, habría 2,8 millones más de trabajadoras pagando impuestos y cotizaciones sociales. Para ello se debería expandir el cuarto pilar del Estado del Bienestar, de modo que se incluyera el derecho de acceso a las escuelas de infancia, además de los servicios domiciliarios a personas dependientes. Y, naturalmente,

España, el porcentaje de la población que trabaja es muy bajo, como todos sabemos. Otra es mejorar la productividad. El problema es que, como se ha indicado recientemente: *«La productividad nunca ha tenido mucha erótica en España, ni cuando la economía estaba instalada en el milagro, ni ahora, con un récord histórico de paro, las cuentas públicas hechas un trapo y el pánico de los mercados financieros tan reciente. Latiguillo permanente en los discursos, concepto heterogéneo a analizar, el pilar básico de la competitividad sigue entre los rezagados de Europa...»*²⁰.

Esos son los verdaderos retos también de la financiación del sistema de pensiones y no ya la sostenibilidad desde el lado del gasto, esto es, cómo reducir unos costes que todos saben que tienen que seguir creciendo porque el progreso vital se juega con más sujetos protegidos y más cualidad del nivel de protección, ese es el mensaje constitucional, todavía hoy válido, pese a los cantos de sirena que abocan hacia su desaparición. Además, se propone también corregir *«las inequidades existentes en la financiación de las pensiones»*. El sistema adolece de altas dosis de injusticias y desigualdades sociales²¹.

Conviene poner de relieve que la crítica viene desde la propia Comisión de «sabios» o expertos, y en su vertiente económica estricta y también en su vertiente jurídica, pues cuenta con sendos votos particulares. Así, en el plano técnico y político jurídicos –voto particular del profesor TORTUERO–, se llama la atención sobre la necesidad de respetar unos marcos normativo-institucionales de referencia para diseñar la reforma –respecto del modelo de solidaridad intergeneracional, suficiencia prestacional, derechos adquiridos, principio de igualdad de trato...–, mientras que en el plano más económico, se insiste en la necesidad de actuar más sobre el mercado de trabajo, de modo que se desarrollen políticas de promoción de la actividad y el empleo de todos los colectivos, pero sobre todo de los de mayor edad, así como la mejora de la transferencia de fondos públicos –SANTOS RUESGA–. También el CES de España ha criticado el cambio del índice de revalorización. Definitivamente, la evolución no parece hacer de nuestro territorio un «país para viejos», ante el panorama de degradación de las pensiones que esta reforma promueve y auspicia, pero si las persistentes altísimas tasas de desempleo juvenil hacen del nuestro uno de los menos

se debería hacer al hombre corresponsable de las obligaciones familiares. Y, sobre todo, invertir en infantes y jóvenes, pues ellos son los futuros cotizantes que financiarán las pensiones del futuro. Vid. NAVARRO, V.: *«Las pensiones no están en peligro»*... op. cit.

²⁰ Vid. artículo «Improductivos, SA», diario *El País*, http://economia.elpais.com/economia/2013/09/27/actualidad/1380310010_869718.html

²¹ *«Es injusto que uno de los banqueros más importantes de España pague a la Seguridad Social un porcentaje mucho menor que un empleado de su banco. Como también es injusto que una persona trabajadora no cualificada (que vive 10 años menos que una persona de la decila superior de renta) tenga ahora que trabajar dos años más para pagarle las pensiones a la persona que le sobrevivirá 10 años.*

En realidad, el incremento de la esperanza de vida se ha concentrado en los últimos 40 años en las rentas superiores, habiendo sido menor en las rentas inferiores. Estos deberían ser los temas que centraran el debate actual sobre las pensiones: la creación de empleo y, sobre todo, buen empleo, y la corrección de las desigualdades en la financiación de las pensiones» (V. NAVARRO).

favorables para la vida de los jóvenes con un mínimo de dignidad y expectativas de futuro, entonces, si no es para viejos y no lo es tampoco para jóvenes, ¿para quién es?

II. OTRAS REFORMAS-RECORTE DE ACCIONES DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ARAS DE SU SOSTENIBILIDAD FINANCIERA: PUNTOS CRÍTICOS DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2014

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL PRINCIPIO DE LA «SOSTENIBILIDAD FINANCIERA» COMO EXCUSA PARA UN ALUVIÓN DE LEYES «INFLACIONARIAS» Y «SOCIALMENTE DEPRESIVAS»

Para el lamento de millones de personas que viven en España, tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, a su vez estricto desarrollo del mandato contenido en el odioso –por restrictivo de derechos e inversión de valores, primando los económicos sobre los sociales– artículo 135 de la CE, todas las leyes, y sus correspondientes políticas de desarrollo, con incidencia en el gasto público giran en torno a ella y, en consecuencia, a un único y obsesivo objetivo, que se está revelando no solo injusto sino contra-productivo: profundizar en la *«reducción del gasto público dentro de un contexto de consolidación fiscal, de acuerdo con las orientaciones y recomendaciones establecidas por la Unión Europea»*.

Así lo reconoce, eso sí precedido con tan característico «neo-lenguaje» funcionalista que domina toda la serie, inacabada y que parece ya inacabable, de reformas pretendidamente anti-crisis, el preámbulo-cuento de la *LPGE/2014*, que persiste:

«... en el objetivo de conseguir una mayor racionalización del proceso presupuestario a través de la confluencia de las mejoras introducidas a nivel de sistematización, en tanto que se procede a la ordenación económica y financiera del sector público estatal, así como a definir sus normas de contabilidad y control, y a nivel de eficacia y eficiencia».

La envolvente lingüística utilizada por el legislador no consigue despistarnos de cuál es el verdadero fin de esta nueva ley económica de coyuntura, entre otras cosas porque en ella misma se indica que se persigue el mismo objetivo de años anteriores y que no es otro que la *garantía de la sostenibilidad financiera* de todas las obligaciones públicas a base de reducir su coste, no de aumentar sus ingresos. Ya hemos visto qué efectos tan demoledores tiene la elevación de este valor a principio jurídico general, informador y conformador de un continuo aluvión de reformas, unas «reformas-recorte coyuntural» de derechos –y libertades–, otras con una vocación «de reforma-recorte estructural», en el sistema de pensiones, en general –a través del IRA– y sobre todo en la de jubilación –FEI o FS–, con la Ley 23/2013. Pero ese tipo de efectos «depresivos» de los derechos sociales no se agota, por lo que respecta al «paquete» de reformas aquí analizado, el último del horrible año 2013 «regalado» al 2014, en la Ley 23/2013.

Al contrario, la extensísima LGPE/2014 atesora algunas sorpresas muy señeras en esa dirección depresiva, jurídica y socialmente, tanto en su texto articulado como, sobre todo, en la parte «extravagante», algunas de ellas merecedoras de una extrema perplejidad, por cuanto revelan auténticas novedades impensables hace muy poco tiempo. En otras ocasiones, como vamos a ver de inmediato, las novedades-recorte de derechos socio-laborales son tan usuales en estos dos últimos años que casi han sido ya asumidas como «normales» por los millones de personas, trabajadores y ciudadanos en general, que los vienen sufriendo –congelación salarial, suspensión de derechos sociales, obstaculización de promoción profesional o acceso al empleo público, aplazamiento de mejoras sociales previstas desde hace años...-. Ciertamente, y para no dejar de cumplir con la virtud de honestidad inherente a todo trabajo científico, también nos vamos a encontrar con leyes directamente vinculadas a la garantía de sostenibilidad de las cuentas públicas que, como ya se advirtió en la introducción de esta macro-crónica jurídico-crítica, ofrecen sorpresas positivas, como la devolución parcial de algún derecho eliminado por «leyes austeritarias» precedentes. Es el caso de la [Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre](#) –c.e. BOE de 27 de diciembre–, de control de la deuda comercial en el sector público, cuya *disposición adicional 4.ª*, que modifica la letra k) del 48 del EBEP para devolver un «Moscoso» de los tres recortados.

Aunque no dudo, como desarrollaré con algún detalle más en el comentario de esta anunciada novedad de mejora, que se trata de cubrir una función de mera cortina de humo social para aparentar equilibrios reguladores en un contexto de medidas unilaterales a favor de fines económico-financieros, merece la pena hacer referencia a esta ley orgánica porque ilustra bien esa elevación de la estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del sector público a principios generales, incluso de origen constitucional, en nuestro Derecho no ya solo Económico sino también Social, auténticos «pilares fundamentales del crecimiento económico y bienestar social» (preámbulo LO 9/2013)²². Como se define en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, en la redacción dada por la LO 9/2013, la sostenibilidad financiera se entiende como «la capacidad de asumir compromisos de gastos presentes y futuros, dentro de los límites de déficit y deuda pública». Por tanto, como afirma, con exceso de pompa y de lenguaje belicista, la sostenibilidad financiera sería «enemiga» del «descontrol de la deuda pública», incluida la «deuda comercial» –y la morosidad que conlleva–, porque «*la deuda del sector público lastra el crecimiento económico, al comprometer recursos futuros, hipotecando ingresos venideros*».

Una idea que, por cierto, reiterará tan solo pocos días después en la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. Para esta ley de reforma estructural, anclada también, cómo no, en la odiosamente omnipresente Ley Orgánica 2/2012, el control de la deuda comercial pública pasa también por la generalización del uso de la factura electrónica –aunque lo aplaza como deber de cumplimiento general hasta febrero de 2015, nada menos– y su registro contable riguroso, pues de ello dependerá la agilización de procedimientos de pago al proveedor y la certeza de las facturas pendientes de pago, controlando el periodo medio de pago mejor. Y ese control nos ha de llevar, casi má-

²² También la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*.

gicamente, a la inmediata mejora de la competitividad de las empresas por la reducción notable de la morosidad de las Administraciones Públicas –AA. PP.–, pues «*esto permitirá reducir sus necesidades de financiación y evitar los efectos negativos que ello genera sobre el empleo y su propia supervivencia*» –preámbulo, párrafo primero–. Quizás por ello, y dicho sea de paso, se ha creído igualmente en la necesidad-oportunidad, con otra reforma des-localizada, y ya se pierde la cuenta, de modificar una ley relativamente reciente –aquí las leyes con más de una semana de vida ya dejan de tener actualidad, a juzgar con la frecuencia con que se reforman, incluso no habiendo entrado en vigor, según ha experimentado la propia LPGE–, como es la conocida [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la que denominamos en su día «auténtica Ley de emprendedores», frente a sus sucedáneos²³.

Por supuesto no pretendo aquí entrar en un análisis pormenorizado ni de todas estas reformas ni tan siquiera de todas las que, con una manifiesta vertiente socio-laboral, presenta la LPGE/2014, pues serán objeto de un análisis más detenido y cumplido en el próximo número de la Revista por plumas más autorizadas que la mía en este ámbito²⁴. Aquí, me limitaré a, en lo posible, hacer un breve comentario de aquellos aspectos más reseñables por su conexión directa, o en todo caso relevante, con reformas-recortes sociales que tendrán un especial impacto en el desenvolvimiento futuro de las relaciones no solo de protección social afectadas sino incluso, como en el caso de la llamada «Enmienda supresión del pago directo del FOGASA», o también la enésima reforma del régimen de control de la situación de IT, al mundo del trabajo y sus relaciones de intercambio salario por trabajo. No obstante, no me sustraeré a la tentación de dejar constancia, solo como reflejo de la injusta –incluso cruel– normalización, de la continuidad de medidas de congelación, suspensión y aplazamiento socio-laboral.

2. «SIN NOVEDAD, EN EL ALCÁZAR»: NORMALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE CONGELACIÓN DE SALARIOS PÚBLICOS, DE SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y APLAZAMIENTO DE MEJORAS

Un amplísimo número de «novedades normativas» no constituyen ya, para el lamento de buena parte de la ciudadanía, en especial de los empleados públicos y de colectivos de personas más vulnerables socialmente, con los que la crisis se ceba, fomentando el aumento de las desigual-

²³ La disposición final 4.ª de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica, modifica tanto la letra d) de la disposición derogatoria de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores –amplía la derogación del art. 5, apdos. Uno, Dos y Tres del RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo–, así como la letra g) de la disposición final 13.ª de esa misma Ley –para aplazar la entrada en vigor de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 14/2013, relativo al importe máximo exigido para la cifra mínima de capital social desembolsado y de recursos propios computables de las sociedades de garantía recíproca, a 9 meses desde su entrada en vigor–.

²⁴ PANIZO ROBLES, J. A.: «La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2014», que se publicará en el número correspondiente a febrero 2014 (núm. 371).

dades y, por tanto, elevando el precio de la recuperación, cambios de rumbo, sino más bien reflejan la perpetuación de una política de depresión del Estado de Bienestar como vía para asegurar esa sacrosanta y omnipresente sostenibilidad financiera. Para esta política, es viable aquello que es más pequeño, aunque se trate de servicios esenciales. Por eso, aparecerán las típicas normas que aseguran la continuidad en las restricciones relativas al personal del sector público, incluido el personal de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social –MATEPS– (disp. adic. 16.^a), como la –«congelación salarial» (art. 20. Dos)–, con una clara intimidación de la negociación colectiva en este ámbito, a la que se le recuerda el principio de jerarquía normativa y por tanto su subordinación, así como la «congelación» o «restricciones extremas» al incremento de plantillas y a la contratación temporal, sea directa o indirecta, a través de empresas de trabajo temporal –ETT–, exigiendo en todos los casos autorización (art. 21).

Cierto, aparecen algunas aperturas sobre el muy polémico mínimo del 10% de reposición, en unos casos para aumentar el número de funcionarios recaudadores (los inspectores de trabajo y seguridad social, por ejemplo) y en otros del personal investigador, si bien de muy difícil aplicación práctica porque se condiciona a un imposible hoy, al recurrente equilibrio presupuestario, que apenas ninguna universidad tiene. Al tiempo que se prevé la «*acumulación de tasas de reposición de efectivos*» de unos servicios o sectores en otros que se consideren prioritarios –disp. adic. 18.^a en relación art. 21. Tres–, lo que podría considerarse como un tímido intento de racionalización de plantillas. Una vía especial se prevé para la cobertura de la Oferta de Empleo Público para el acceso a las plazas de jueces y fiscales –disp. adic. 17.^a–. Toda esta política de contención del gasto en personal, por la vía de la congelación salarial y la limitación del reemplazo de las plazas vacantes, así como de limitación de contratos temporales, es aplicable al reestructurado sector público empresarial (disps. adics. 20.^a y 21.^a)²⁵.

En este ámbito no es ocioso reseñar la limitación del aumento de la masa salarial del personal laboral, por tratarse de partidas excluidas de la misma, junto con otras como las prestaciones de Seguridad Social y los suplidos, las indemnizaciones que pueda corresponder «*a traslados, suspensiones o despídos*» –art. 21, Cuatro, letra c)–. A estos efectos, debe incluirse también la indemnización por extinción de contratos temporales en las AA. PP., así como, a tenor del cambio de la jurisprudencia, no sin una intensa y persistente batalla entre las dos «sensibilidades jurídicas» de la sala, la amortización de la plaza de un indefinido no fijo. Conforme a esta jurisprudencia –SSTS, de [22 de julio de 2013](#), [RCUD 1380/2012](#), con voto particular; 14 y 15 de octubre de 2013, [RCUD 68/2013](#) y [383/2013](#), respectivamente; y 23 de octubre de 2013, con voto particular de los que firman la mayoría de la STS de 22 de julio de 2013–: «*los contratos indefinidos no fijos deben tratarse como si fuesen contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de esta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1 b) del ET y del art. 1.117 del Código Civil, pues desde el momento en que la*

²⁵ Para el sector público local, administrativo y empresarial, debe tenerse en cuenta el gran impacto que tendrá la aplicación de la [Ley 27/2013, de 27 de diciembre](#), de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue».

Ahora bien, si una conclusión de ese tipo, desde el luego radicalmente discutible a la luz de la regulación nacional y comunitaria en esta materia, debería llevar a operar la extinción por la vía del artículo 52 e) del ET –en el supuesto de que el cese del establecimiento tuviera encaje en este precepto– o en el artículo 52 c), para esta jurisprudencia no es sostenible tal tesis.

Sí presenta una mínima novedad real o efectiva, a peor claro, con otra «congelación», la del salario mínimo interprofesional –SMI–, prevista no en la LGPE/2014 sino en el [Real Decreto 1046/2013, de 27 de diciembre](#) (BOE de 30 de diciembre)–. Se recordará que el año pasado, el SMI experimentó un crecimiento del 0,6%, equivalente al incremento máximo de los salarios pactados en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2013-2014, firmado el 25 de enero de 2012 por sindicatos y empresarios. Ahora bien, se recordará que esta congelación no es ninguna sorpresa en la política de este Gobierno por cuanto ya acordó una para 2012, nada más llegar al poder, la primera desde 1966. De este modo, al igual que los pensionistas, los trabajadores que perciban el SMI –porque no tengan convenio colectivo–, habrán perdido 5,5 puntos de su capacidad adquisitiva en los últimos cuatro años, con lo que esta nueva caída limita aún más las posibilidades de recuperación del consumo, componente fundamental de la demanda de producción y, por tanto, del empleo. Debe recordarse, ahora que esta institución está doblemente de actualidad, primero por la decisión del Gobierno alemán de incluir por vez primera –eso sí, a partir de 2015– un SMI en este país, situado en unos 8,5 euros a la hora –en España sería de 5,5 euros a la hora–, esto es, de unos 1.300 euros mes, segundo por algunas rebajas salvajes de empresarios a raíz de la caducidad del convenio *ex* artículo 86.3²⁶, que el SMI español es uno de los más bajos de la Europa a 12 y ya está bordeando el umbral de la pobreza en hogares con un solo miembro y que se sitúa por debajo en hogares compuestos por al menos dos personas²⁷.

La congelación en este caso es especialmente preocupante, y desconcierta en torno a lo que conllevará en el futuro inmediato. La razón es que, como se acaba de decir, cuando estábamos en plan recesión económica el SMI se sube más de medio punto, lo que no es mucho pero implica convicción en la necesidad de mantener una mínima o elemental cualidad de este índice para soportar el consumo y, en consecuencia, como se decía, la producción. Sin embargo, contra toda

²⁶ No es «ciencia jurídica-ficción especulativa», como muestran diversas sentencias de juzgados de lo social del País Vasco, especial laboratorio del alcance del «abismo laboral» abierto por el artículo 86.3 del ET –pérdida de ultra-actividad de los convenios si no hay pacto de prórroga–. *Vid. SJS de Donostia, núm. 4, de 25 de noviembre de 2013, Sentencia núm. 401/2013*. En ella no solo se declara esta modificación salvaje como nula sino que se aplica al empleador una multa de temeridad de 500 euros. *Vid.* sección «[Diálogos con la Jurisprudencia](#)».

²⁷ Tan solo están por debajo **Portugal**, con **485 euros** brutos al mes, y **Grecia**, con **580 euros** mensuales y congelado hasta 2016. Muy lejos de los **más de 1.800 euros** que cobran en **Luxemburgo**, el país a la cabeza en mínimo salarial, o de los **1.500 en Bélgica** que, a pesar de que no tiene salario mínimo y los sueldos son acordados por cada sector, ocupa el segundo puesto en el ranking europeo.

lógica se congela, ahora que se defiende a bombo y platillo una notable recuperación económica para 2014. ¿Por qué? Una primera razón, más coherente, puede ser la de reflejar la reducida inflación de final de año 2013 –se sitúa en apenas un 0,2%–, que habría llevado a considerar que la falta de presión inflacionista permitiría mantener a salvo este criterio de una pérdida significativa de poder adquisitivo.

Ahora bien, además de que esta razón tiene escaso fuste, pues existen presiones al alza de los precios en este inicio de año, en especial con las tensiones de la factura eléctrica, como ya se ha recordado a otros efectos en este estudio, para ser coherentes podría haberse subido ese porcentaje mínimo de incremento de inflación. Sin embargo, se ha rechazado esa opción y a mi juicio está revelando una opción de política jurídico-social mucho más grave. En efecto, el Gobierno parece con esta congelación dar un cierto pábulo al sector empresarial más ultra-liberal y regresivo, que propone incluso una reducción del SMI como fórmula útil para el incentivo a la creación de empleo (¿?). El Gobierno no habría aceptado tan odiosa y poco rigurosa formulación, pero se queda en un terreno intermedio, de nadie, por si acaso. Téngase en cuenta que el SMI sigue siendo un tema controvertido en Alemania, nuestro referente más importante. Frente a la dimensión social enfatizada por el Partido Socialdemócrata, el sector de los empresarios más influyente en el Partido Conservador gobernante –CDU– considera, en cambio, que estamos ante la peor decisión alemana, pues se traducirá en una pérdida automática de empleos. La medida deprimirá, se dice, mejor se asusta, el mercado laboral, e incluso se llega a decir por el presidente de la Federación de Industria, la más poderosa del país teutón, que el SMI «pone en peligro el atractivo de Alemania para las industrias» (sic)²⁸.

Es muy curioso, por no decir paradójico, primero que estando el sueldo medio alemán en casi 3.500 euros un SMI de este tipo pueda poner en peligro nada, más allá de reducir una micra las muchas desigualdades que existen en Alemania²⁹. Pero, segundo, prestigiosos analistas alemanes sostienen que estos sueldos bajos son a menudo solo una parte de las ganancias totales del hogar, complementadas con un generoso sistema de ayudas públicas, que beneficia a las personas con ese tipo de salarios, por lo que, en realidad, un cambio de este tipo, que sí puede elevar los salarios más bajos, por tanto trabajos poco cualificados, podría suponer la pérdida del apoyo de la Administración, con lo que terminaría siendo una medida de reducción del gasto social para tales colectivos. Finalmente, es todavía más llamativo que se alarme en el siglo XXI sobre esta institución cuando países como Japón, puestos como referente de una gran economía liberal, con un nivel de desempleo más bajo que la poderosa Alemania, anuncian que **incentivarán la subida de sueldos para la creación de empleo**³⁰.

²⁸ Vid. <http://www.publico.es/internacional/486094/por-que-se-fija-un-salario-minimo-en-alemania>

²⁹ En España, atendiendo a estadísticas de grupos de investigación y opinión favorables a la reforma laboral, como la Fundación FEDEA, dejan claro cómo los ajustes salariales afectan a las rentas más bajas, lo que acrecienta la desigualdad y afecta a la estabilidad social.

³⁰ Si se analiza con detalle lo que pasa en los países de nuestro entorno más cercano, integrados en el mismo modelo de gobernanza económica de la UE, vemos como la salida de la recesión y la lucha contra el paro es compatible con

Queda claro, pues, que otro modelo de competitividad para salir de la crisis es no solo posible sino recomendable. Pero nuestra política sigue «R que R», haciéndose eco, como se decía, de una creciente concepción ultra-liberal de sectores amplios de nuestra sociedad. Como se decía, algunas voces empresariales llevan meses pidiendo que este sueldo básico no solo se congele, sino que incluso se reduzca. Por ejemplo, el Círculo de Empresarios consideró en septiembre de 2013 que debía estudiarse la rebaja, «excepcionalmente», del SMI para ciertas contrataciones de jóvenes en paro, ya que ello actuaría como un «estímulo directo» para las empresas. También el gobernador del Banco de España ha formulado una propuesta de que, en ciertos casos, los empresarios puedan contratar por debajo de los 645 euros. Una posibilidad que, por cierto, ya está plenamente implantada en España, a través del trabajo a tiempo parcial, que ahora se fomenta, como se verá en el análisis final de este estudio, con lo que se cerraría en buena medida el círculo de esta petición, más escuchada por el Gobierno, y por las leyes vigentes, de lo que podría parecer la simple congelación del SMI³¹.

Donde no duda nada en aplicar de forma continuada la técnica de la congelación, y por tanto no hay ninguna novedad en la larga historia institucionalmente depresiva, es en la cuantía fijada para el indicador-referencia sustituto del SMI a efectos de determinar la cuantía de, o el acceso a, un creciente número de prestaciones sociales, el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM). Este *–disp. adic. 80.ª–* se mantiene en 17,75 euros diarios, 532,51 mensuales y 6.390,13 anuales, siendo la cuantía máxima de 7.455,14 euros anuales cuando el cómputo incluye dos pagas extraordinarias. Con esta congelación por la LPGE/2014, el IPREM ya lleva cuatro años sin moverse y parece que la serie va para largo.

Junto a la *técnica de la congelación de la cuantía de los derechos socio-laborales*, el legislador presupuestario gusta de otras técnicas que tienen efectos nocivos análogos sobre el estándar de bienestar en España, pese a poner a este como referente fundamental de todas sus políticas de «sostenibilidad». Así, un uso frecuente, casi masivo, tiene la *técnica de la suspensión normativa*, por tanto, de la acción que exige aquella para su actualización. Una técnica especialmente utilizada por el *Real Decreto-Ley 20/2012* y sostenida por la sucesiva legislación de los Presupuestos. En la mayor parte de los casos, como antes se decía para la congelación, no hay novedad, manteniéndose en el tiempo hasta intentar convertirlo en uso depresivo del estándar de calidad de vida.

Es el caso de la disposición adicional 28.^a, según la cual, durante 2014 se suspende la aplicación del artículo 7.2, del artículo 8.2 a), del artículo 10, del artículo 32.3, párrafo primero, y de la disposición transitoria 1.^a de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Sigue sin haber dinero, pues,

mejoras de los salarios. Según los últimos datos comparados de Europa, España fue el país de la UE donde los salarios registraron una mayor contracción en el último trimestre de 2012, con una caída del 4,3%, respecto a un año antes, frente a un aumento del 1,4% en el conjunto de los 27, según Eurostat. De los 25 países para los que hay datos (faltan Grecia y Portugal), España y Eslovenia (–1,7%) fueron los únicos donde los sueldos por hora trabajada se redujeron en comparación con los últimos tres meses de 2011.

³¹ Vid. el debate en http://economia.elpais.com/economia/2013/12/26/empleo/1388074467_613132.html

para los centenares de miles de dependientes que aguardan esta medida, garante no solo de una elemental dignidad de vida sino del incentivo de miles de empleos. Como tampoco parece haber recursos públicos *para la integración social de inmigrantes*, pues según la *disposición adicional 82.ª*, se suspende la aplicación del artículo 2 ter 4 de la [Ley Orgánica 4/2000](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social³², con lo que el fin de la integración vuelve a quedarse un año más sin presupuesto. Y tampoco lo hay para los desempleados de Canarias, lo que sí va a representar una novedad, pues hasta ahora sí había existido. Pero según la *disposición adicional 67.ª de la LPGE/2014*, durante el año 2014 queda en suspenso la aplicación de la *disposición adicional 5.ª de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, de Empleo, esto es, la aportación estatal al Plan de Empleo Integral de Canarias.

El mismo efecto neutralizador y, en consecuencia, la perpetuación de un deprimido nivel de bienestar social, se consigue con otra técnica muy extendida en las dos últimas LPGE, la *técnica del aplazamiento de las mejoras de protección social* legalmente comprometidas. Si bien ese aplazamiento suele tener una fecha concreta, su continuidad en el tiempo permitiría pensar que se va pareciendo más a una técnica de diferimiento *ad calendas graecas* o *sine die*. En esta dirección de aplazar *sine die*, esto es, sin un referente temporal concreto, cabe citar la *disposición adicional 27.ª de la LPGE/2014*, que deja en el aire el incremento hasta el 60 de la base reguladora de la pensión de viudedad a favor de pensionistas con 65 o más años que no perciban otra pensión pública. Este aumento está previsto por la *disposición adicional 30.ª de la Ley 27/2011*, que lo situó a partir del 1 de agosto de 2012. O la *disposición adicional 84.ª de la LPGE/2014*, que aplaza también *sine die* la aplicación de lo establecido en la *disposición adicional 28.ª de la referida Ley 27/2011: cómputo, a efectos de Seguridad Social, del periodo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria*.

No *sine die*, sino por un año, de momento, la *disposición adicional 85.ª de la LPGE/2014* aplaza la aplicación de la *disposición adicional 58.ª de la LGSS*, también introducida por el artículo 7 de la *Ley 27/2011*, en cuya virtud se amplía la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los regímenes de la Seguridad Social respecto de los trabajadores que causen alta a partir del 1 de enero de 2013. Hasta entonces seguirá vigente el régimen jurídico existente al 31 de diciembre de 2012. Una nueva contestación, pues, a la reforma social pactada, y crítica pero más transaccional, realizada por la *Ley 27/2011*.

Y por supuesto, y con esto rematamos ya este repaso depresivo, sigue sin haber dinero para promover la corresponsabilidad de los padres en el fin-valor de la conciliación de la vida laboral y familiar, pese a que este derecho fundamental-función social dice perseguirse con el nuevo [Real Decreto-Ley 16/2013](#) a través de la facilitación de la flexibilidad interna de gestión del tiempo de

³² «4. De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción biniales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo».

trabajo, como se analizará en su momento. Ahora cumple recordar, como ya hemos hecho en una multiplicidad de ocasiones con sus homólogas, *la disposición final 22.ª de la LPGE/2014*, que confirma que también sigue sin haber dinero para facilitar la corresponsabilidad mediante una duración adecuada del permiso por paternidad. Por enésima vez se aplaza un año más, hasta el 1 de enero de 2015, la entrada en vigor de la [Ley 9/2009 de 6 de octubre](#), que ampliaba el derecho del trabajador a la suspensión del contrato «durante cuatro semanas ininterrumpidas», ampliables para ciertos supuestos. El retraso acumulado es ya de cuatro años.

3. «CAL Y ARENA»: EL INCREMENTO DE LAS BASES MÍNIMAS Y MÁXIMAS DE COTIZACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INCREMENTAR LOS INGRESOS, Y REDUCIRLOS

La necesidad de un cierto incremento de los ingresos del sistema ha pesado en la decisión de establecer un incremento en cinco puntos del tope máximo de las bases de cotización. Con esta medida, que afectará a más de un millón de asalariados y a sus empresas, pretende recaudar 600 millones de euros. Las críticas de los empresarios a tal subida no han hecho, pues, mella en el Gobierno. El [Real Decreto-Ley 16/2013](#) contiene, contribuyendo a ampliar el caos, tanto que se ha visto obligado a incluir una disposición final –la 7.ª– para promover un nuevo intento de reordenación normativa coherente–, otras reformas orientadas en la misma senda o dirección de intentar exprimir al sistema para que aporte algunos ingresos más –para eso modifica el art. 109 LGSS–. Pero incluye otras en la senda contraria, esto es, de reducción de cuotas sociales, eso sí, a fin de formalizar medidas de incentivo a la creación de empleo y de autoempleo –por ejemplo disp. adic. 2.ª; y, también, reduciendo el tipo de cotización por desempleo, no las bases, la disp. adic. 1.ª RDL 16/2013.

En primer lugar, y en la dirección de procurar allegar más recursos al sistema, se eleva el tope máximo de cotización –art. 128. Uno 2–, que se fija en 3.597,00 euros mensuales o 119,90 euros diarios. Con esta medida, la base de cotización máxima anual se situaría en 43.164 euros anuales frente a los 41.108 euros en 2013. De esta cifra, el trabajador abona el 4,70% por contingencias comunes y la empresa el 23,60%. Es decir, el alza supondrá para las empresas un aumento de los costes laborales en el entorno de los **500 euros por trabajador** y año mientras que para el empleado esta mayor aportación será de casi 100 euros. Sin embargo, este nuevo incremento de las cotizaciones elevaría aún más la actual brecha de la prestación para estos trabajadores, ante el mantenimiento del tope de pensión máxima, con lo que se perdería en proporcionalidad y contributividad del sistema, que es, precisamente, lo que se dice querer ganar, como se vio, con el factor de sostenibilidad. Con esta medida, tales cotizantes aportan al sistema más de lo que reciben cuando se jubilan ya que una parte importante de sus cuotas quedan sin reemplazo, aunque sirven para financiar la pensión de otros integrantes del sistema, fomentando, pues, la solidaridad típica del sistema de reparto. La diferencia crecerá en 2014 también por el índice de revalorización fijado –0,25%.

En segundo lugar, también a fin de incrementar la recaudación actual, busca que los autónomos acerquen sus cuotas al salario real que perciben, para lo que eleva un 2% la base mínima de

cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), hasta los 875,70 euros mensuales, después de haberla subido casi un 1% en 2013. Más del 80% de los autónomos cotizan actualmente por la base mínima, con lo que la mejora de protección para el futuro contrasta con el incremento del coste para el presente, pero ahora preocupa mucho más al legislador el «*carpe diem*», aumentando algo los ingresos. La continuidad de la opción en este régimen, incoherente con un régimen público, dificulta este efecto recaudador.

Recuérdese que en el RETA la base máxima de cotización para 2014 será también de 3.597 euros mensuales. La base de cotización de los autónomos que a 1 de enero de 2014 tengan menos de 47 años podrá ser elegida por ellos dentro de la horquilla anterior (875,70 euros a 3.597). También podrán elegir su base, dentro de esa escala, las personas que se den de alta en el RETA y quienes a esa fecha tengan 47 años y su última base de cotización (diciembre de 2013) se hubiera situado en una cuantía igual o superior a 1.888,80 euros. Los autónomos que a 1 de enero del próximo año tengan 47 años, con una base de cotización inferior a 1.888,8 euros mensuales, no podrán elegir una base superior a los 1.926,60 euros mensuales, salvo que ejerciten tal opción antes del 30 de junio de 2014, con efectos a partir del 1 de julio de ese año.

Por su parte, la base de cotización de los autónomos que el próximo 1 de enero tengan 48 o más años cumplidos estará comprendida entre 944,40 y 1.926,60 euros mensuales, salvo algún caso excepcional. Los autónomos que antes de los 50 años hubieran cotizado a cualquier régimen de la Seguridad Social por espacio de cinco años o más tendrán que cotizar por una base comprendida entre los 875,70 y 1.926,60 euros al mes si su última base de cotización hubiera sido igual o inferior a 1.888,8 euros. Si superaran esa cantidad, tendrán que cotizar por entre 875,70 euros mensuales y el importe de aquella, incrementado en un 5%, pudiendo optar, en caso de no alcanzarse, por una base de hasta 1.926,6 euros mensuales.

Por lo tanto, parece contrarrestarse en cierto modo la orientación reductora de las cotizaciones sociales para todos los autónomos, no solo los jóvenes de menos de 30 años, para el establecimiento como auto-empleado o emprendedor, según el enfoque de la Ley 14/2013. Sin embargo, y en ese juego «*do ut des*», e intentando por mi parte recomponer adecuadamente el puzle creado por el legislador con esta legislación de aluvión, hay que traer a colación aquí la disposición adicional 2.ª del [Real Decreto-Ley 16/2013](#), relativo a la «*cuantía de la base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos*». En ella se prevé la aplicación de la *base mínima de cotización prevista en el grupo 1 del Régimen General de Seguridad Social* para aquellos trabajadores incluidos en el RETA que:

«en algún momento de cada ejercicio económico y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez».

Se fomenta con ello un cierto incremento de la dimensión ocupacional de la empresa española, caracterizada por sus reducidas dimensiones.

La citada base mínima de cotización social también será de aplicación a los trabajadores autónomos a los que sea de aplicación la disposición adicional 27.^a de la **LGSS**, referida a: «*quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella*».

E igualmente los contemplados en el *artículo 21.3 de la Ley de Sociedades Laborales*: «los socios trabajadores cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por cien, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares». La *excepción* a este beneficio es la de los autónomos:

«que causen alta inicial en el mismo, durante los doce primeros meses de su actividad, a contar desde la fecha de efectos del alta».

En tercer lugar, también hay que hacer referencia, como se anticipaba, al intento, más bien al amago o simulacro, de incrementar la recaudación del sistema mediante una revisión restrictiva de los conceptos excluidos de cotización. Y para ello reforma de nuevo el artículo 109 **LGSS**, pero lo hace no mediante la **LGPE/2014**, como hubiera sido coherente, sino a través del referido Real Decreto-Ley 16/2013. En esta línea, dentro del eje que podría denominarse como «reformas de clarificación» conceptual, si bien persiguen una finalidad recaudatoria más que evidente, la disposición final 3.^a del real decreto-ley modifica los conceptos computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, que ya fue reformado por el Real Decreto-Ley 20/2012, con un manifiesto sentido de incremento recaudatorio. Como se verá al analizar con detalle otros aspectos reformados por el Real Decreto-Ley 16/2013, algunos de los cambios no tienen apenas operatividad práctica alguna, pues, de un modo u otro, ya estaban bien presentes en la regulación precedente, que ahora se precisa.

Así sucedería con la regla que prevé que la remuneración total que integra la base de cotización puede ser en metálico o en especie, lo que no es sino una nueva obviedad que no merece la pena el esfuerzo legislativo, pues ya estaba contenida esa previsión en la regla genérica: «la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación». Y lo mismo debería concluirse con el encabezamiento de la nueva redacción del apartado 2 del artículo 109. Al incluir el adverbio «*únicamente*» –por cierto, expresión también elegida en la reforma del art. 124 **LRJS** por el RDL 11/2013, también a efectos restrictivos, pero del control judicial–, se quiere enfatizar un concepto restrictivo de las percepciones económicas que no son computables en la base de cotización, ampliando de este modo el fin recaudatorio: a menos conceptos se excluyan, mayor cotización. La ingenuidad legislativa es palmaria, a mi entender. Estoy convencido de que no basta una palabra para evitar toda ampliación de la lista de conceptos excluidos de la cotización, por cuanto no por ello queda excluida, aunque se limita, la interpretación por analogía, atendiendo a la razón de ser de las partidas económicas.

En todo caso, la voluntad del legislador es muy clara, lo que no siempre será atendido por el juez, que debe atender más a la voluntad legal en su comprensión dentro del entero orden jurídico afectado. Precisamente, una cuestión interpretativa surge a este respecto [si se compara](#) la redacción de los nuevos epígrafes a) y b) del apartado 2 con el apartado a) del artículo vigente con anterioridad. Se trata de determinar si siguen exentos de cotización «los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual». La nueva redacción del nuevo texto, [léida a la luz de la voluntad restrictiva](#) promovida por el legislador, lleva a los primeros analistas, en sede informal –blogs–, de la norma, a incluirlos como conceptos a computar a partir de ahora para la base de cotización.

Mi opinión no es tan clara, por cuanto que una cosa es lo que la ley quiera, como se dice, y otra lo que resulta coherente atendiendo a la naturaleza jurídica de esa asignación, que es claramente no retributiva, esto es, no constituye remuneración, sino compensación de gastos y, en consecuencia, no hay en la actual normativa nada que exija modificar esta comprensión racional-normativa de los conceptos cotizables.

El artículo 109.2 letra d) incorpora una novedad legal significativa, que obedece a un claro incentivo para que las empresas promuevan actividades formativas del trabajador asumidas por aquellas, favoreciendo como una inversión productiva en «capital humano» las partidas dedicadas a la formación, una clave no solo para la mejora de la productividad sino también para la gestión preventiva del riesgo de desempleo. A tal fin, ahora incluye esta como conceptos no computables en la base de cotización, junto a las prestaciones de la Seguridad Social y las mejoras voluntarias de las prestaciones por IT:

«las asignaciones destinadas... para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo».

A mi juicio, esta novedad, que sigue la técnica de dar «una de cal y otra de arena», pues no amplía la base recaudatoria sino que la reduce, merece una valoración positiva sin condicionante o prejuicio previo, a diferencia de las cautelas evidenciadas por algunos comentaristas al respecto por el riesgo de que se utilice de forma fraudulenta o desviada, cubriendo fines ajenos a los formativos. Al margen de recordar que el fraude no se debe presumir, hay un fin loable de incentivar la inversión formativa de las empresas, hasta ahora centrada en la inversión pública. No es ocioso al hilo de esta observación traer a colación, con respecto a la «Financiación de la formación profesional para el empleo» (disp. adic. 81.ª LPGE/2014), la mención expresa, ya incorporada en los PGE 2013, al valor de impulsar y extender entre empresas y trabajadores:

«una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento».

Por su importancia le dedicaremos un epígrafe específico en el que se dará cuenta de lo sustancial de la regulación ofrecida por la LPGE/2014 y sus vicisitudes o avatares, objeto de fuertes polémicas, políticas y sociales, así como empresariales. Ahora cumplimos con dejar aquí constancia de esta media de fomento de la formación profesional para el empleo, clave tanto para la mejora de la productividad como de la empleabilidad –gestión preventiva de las situaciones de desempleo, aumento de la tasa de recolocación...

En lo que concierne a la cotización social, pero no de las bases, sino de los tipos, y no para incrementar la recaudación, sino para reducirla, hay que traer a este ámbito dos medidas que se orientan a reducir el coste de la Seguridad Social para los empresarios a cambio de la creación de empleo. De un lado, destaca, la *disposición adicional 1.ª del Real Decreto-Ley 16/2013, relativa a la reducción del tipo de cotización por desempleo en los contratos de duración determinada a tiempo parcial*. Esta norma significó en su día –22 de diciembre de 2014–, la modificación del tipo de cotización previsto en la LPGE/2014 –el apartado 2 del número Diez del art. 120 en la versión aprobada de manera definitiva por el Congreso de los Diputados el día 19 de diciembre, el mismo apartado y número pero del art. 128 de la Ley 22/2013–, antes de que fuese ley aplicable, con lo que el vicio de técnica legislativa llega aquí a su paroxismo. En diversas ocasiones hemos evidenciado cómo el lema legal de las actuales políticas de fomento de empleo vuelve a ser la de «todo vale por el empleo», pues una tasa del desempleo que se hace resistente ya desde hace años en más del 25 % bien merece todo sacrificio jurídico, sea sustantivo, sea formal, sea técnico. Por eso, nada importará modificar una ley que ni siquiera había entrado en vigor por falta de la debida publicación en el BOE, pues el fin es loable, *nada menos que reducir en un punto la cotización a cargo de los empleadores y en contratos temporales*, respecto de los que tradicionalmente se ha entendido que había que penalizarlos socialmente con cuotas mayores.

El fomento de la parcialidad de los contratos bien lo merece todo, como veremos con más detalle al analizar las novedades importantes en su regulación aportada por el Real Decreto-Ley 16/2013, no ya solo hacer del contrato temporal una opción de inserción ocupacional bonificada, cuando se dice perseguir la estabilidad, sino también modificar la LPGE/2014 antes de ser ley. El desprecio gubernamental no lo es solo por las exigencias de calidad técnica, pues hubiera sido más correcto incorporar la modificación en trámite de presentación de enmiendas en el Senado, como así se hizo con la «Enmienda FOGASA» –que deroga el art. 33.8 ET–. También lo es por la coherencia del ordenamiento, que dice perseguir una cosa –fomentar la estabilidad del contrato, aun a tiempo parcial–, y hace también lo contrario –fomenta el empleo temporal, también a tiempo parcial–. Así, incentiva los contratos de duración determinada a tiempo parcial reduciendo en un punto el tipo de cotización empresarial para la contingencia por desempleo en 2014, que pasará del previsto 9,30 % (LPGE 2014) al 8,30, «del que el 6,70% será a cargo del empresario y el 1,60% a cargo del trabajador»³³.

³³ El artículo 128. Diez, apartado 2, letra A, establece que a partir de 1 de enero de 2014, los tipos de cotización para la contingencia de desempleo serán:

De otro, y esta vez sí fruto de la tramitación parlamentaria en el Senado, la LPGE/2014 incorpora la *disposición adicional 79.ª*, relativa a las «*Medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores del turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería*». No se trata realmente de una nueva medida de incentivo de la empleabilidad de personas, en este caso en sectores claves de nuestra economía, sino de la prórroga por un año, hasta el 31 de diciembre de 2014, de la medida prevista en la *disposición adicional 12.ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio*.

Como es conocido y ya fue objeto de [estudio](#) en esta Revista al comentar tal ley, con esa disposición se autorizaba a aplicar, hasta el 31 de diciembre de 2013, medidas de bonificación hasta el 50% en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social si la empresa, descartadas las del sector público, mantenía a aquellos trabajadores fijos discontinuos, por lo tanto dotados de estabilidad, en alta durante los meses de marzo y noviembre³⁴. La regulación prevé el deber de evaluar el impacto de esta medida a efectos de determinar su continuidad. Dado que la enmienda procede del Grupo Popular en el Senado, lo coherente sería entender que el Gobierno ha usado a su grupo parlamentario en el Senado para comunicar el resultado de esa evaluación, que parece ser favorable, y plasmarlo en la ley. El resultado se debió conocer tarde por el Gobierno, pues si no lo hubiera introducido en el proyecto de ley.

Eso es lo coherente, pero ya se sabe que si algo brilla por su ausencia en la legislación actual es la coherencia, como acaba de verse con sobradas pruebas en buena parte de los comentarios de este apartado relativo a la cotización, tanto respecto de los intentos de incremento de su recaudación cuanto de reducción en aras del noble objetivo del empleo. Como se ha referido también, tan monumental es el laberinto de los incentivos a la creación de empleo en forma de bonificaciones y reducciones de Seguridad Social que el Real Decreto-Ley 16/2013 incluye un mandato al Gobierno –disp. final 8.ª– para que proceda, eso sí, sin fijarle fecha, a la reordenación en aras de esa seguridad jurídica tan proclamada como ignorada.

a) Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, de relevo, interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores discapacitados: el 7,05%, del que el 5,50% será a cargo del empresario y el 1,55% a cargo del trabajador.

b) Contratación de duración determinada:

1.º Contratación de duración determinada a tiempo completo: el 8,30%, del que el 6,70% será a cargo del empresario y el 1,60% a cargo del trabajador.

2.º **Contratación de duración determinada a tiempo parcial: el 9,30%, del que el 7,70% será a cargo del empresario y el 1,60% a cargo del trabajador.**

³⁴ «Las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería que generen actividad productiva en los meses de marzo y de noviembre de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los *trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo*, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación profesional de dichos trabajadores».

4. UN CLÁSICO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO: A VUELTAS CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL ENTRE LA REDUCCIÓN DE COSTES Y EL CONTROL DEL ABSENTISMO EN ESPERA DEL CAMBIO RADICAL PROMETIDO

Donde el legislador presupuestario sí suele atender las reivindicaciones empresariales, coincidentes en buena medida con el objetivo gubernamental de reducción del gasto social en prestaciones, es en la regulación de las situaciones de IT. Todo un «clásico» de las Leyes de Presupuestos. Estas, y la de 2014 no es ninguna excepción –*vid.* su disp. final 4.^a–, incorporan diversas **modificaciones**, por lo general puntuales, parciales, de las prestaciones de Seguridad Social, pero los cambios legales más relevantes se suelen referir a la prestación de IT. Estas modificaciones suelen tener un mismo rumbo, si bien a menudo se revelan erráticos los medios para lograrlo: por lo general buscan mejorar de una forma definitiva el control del correcto disfrute de la prestación, pues existe una suerte de extendida presunción de sospecha de uso indebido, abusivo, con lo que ello conllevaría de un gasto insolidario del sistema público y de incremento del absentismo laboral, perjudicando por ambas vías a la productividad de las empresas afectadas y del país en general.

Al margen del juicio que se tenga sobre el grado de adecuación de la realidad a ese clima de sospecha, lo cierto es que tanto cambio continuado evidencia por sí una incapacidad manifiesta para acertar con el régimen más adecuado, como prueba el que con frecuencia los cambios de un año son enmendados el siguiente y así sucesivamente. Por eso, junto a las no menos frecuentes reglas parciales relativas a la intensificación del control sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo, en espera del cambio global tantas veces anunciado y apuntado³⁵, establece nuevos cambios³⁶. De un lado, da nueva redacción al artículo 131 bis de la LGSS, relativo a la extinción del subsidio por IT, a fin de reducir el margen para la concurrencia de bajas médicas por recaída del trabajador, y, de otro, modifica el artículo 132 de aquel texto legal para reforzar el control de los beneficiarios, incluyendo la facultad de suspensión cautelar de la prestación, como ya sucede respecto de la de desempleo, por incomparecencia para el examen o reconocimiento médico, en tanto se comprueba la justificación o no de la ausencia.

³⁵ La disposición final 4.^a de la LPGE modifica, «con vigencia indefinida», el apartado 4 del artículo 71 de la LGSS (facultades de dirección y tutela del MEYSS sobre las MATEPS), y el apartado 2 de su artículo 77, en el que se introduce un nuevo párrafo. En él se explica por enésima vez algo obvio, que la colaboración obligatoria consiste «en el pago por la empresa a sus trabajadores, a cargo de la Entidad Gestora o Colaboradora, de las prestaciones económicas, compensándose su importe en la liquidación de las cotizaciones sociales que aquella debe ingresar». La empresa deberá comunicar a la Entidad Gestora, a través de los medios electrónicos establecidos, «los datos obligación de la misma requeridos en el parte médico de baja, en los términos que se establezcan reglamentariamente». En fin, el MEYSS «podrá suspender o dejar sin efecto la colaboración obligatoria cuando la empresa incumpla las obligaciones establecidas».

³⁶ Fuera de este estudio queda el de la prestación de incapacidad permanente, pues se modifica el artículo 136.1 de la LGSS, así como del artículo 222, relativo a la coordinación de la prestación por desempleo con la de IT, modificando el título –incorpora paternidad y jubilación, que se suma a las de maternidad e incapacidad temporal anteriores–, cuyos comentarios se harán en el próximo número por un mayor especialista en la materia.

En efecto, con la nueva redacción del artículo 131 bis de la LGSS, se da mayor concreción al siempre conflictivo tema de la concurrencia de dos o más bajas médicas por recaída del trabajador en su enfermedad o accidente durante un mismo proceso de IT, previendo que el plazo máximo del subsidio, que expresamente se precisa –antes se remitía al genérico «plazo máximo legal»– en 545 días naturales desde la baja médica, incluya los periodos de recaída en un mismo proceso, totalizando pues la duración en días naturales que cada baja médica haya tenido. Se considera que existe recaída en un mismo proceso «cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior».

En este mismo ámbito, se regula con mayor precisión la posibilidad de reanudar el proceso de IT hasta el cumplimiento de aquel periodo máximo de 545 días naturales, mediante resolución del INSS, cuando se haya iniciado un expediente de incapacidad permanente (IP) antes de haber transcurrido los 545 días citados y el trabajador no pueda ser calificado por no disponer del periodo de cotización necesario para causar una pensión por IP y por no haber transcurrido aún un periodo de 180 días naturales desde la resolución de la IP. Se recuerda que solo el INSS será competente para emitir, dentro de este último plazo –180 días–, una nueva baja médica por la misma o similar patología, reanudándose en tales casos la IT hasta completar el periodo máximo de 545 días naturales.

En la misma dirección de precisar las situaciones para reducir el margen interpretativo, tanto para facultativos como para jueces, en el apartado dos, relativo al supuesto extintivo del subsidio por IT por transcurso de los 545 días naturales máximo, pero con continuidad de la necesidad de tratamiento médico en tanto se resuelve su expediente de IP, se establece que la prórroga se computa también en días naturales, fijándose el máximo en 730 días naturales –es esta concreción, superflua porque se venía entendiendo así–. Eso sí, en ese límite incluye toda la suma de periodos por IT y los de prolongación de sus efectos. Extinguido el derecho a la prestación de IT por el transcurso del plazo de 545 días naturales de duración, con o sin declaración de IP, vuelve a precisar el precepto con un nuevo apartado 3 incorporado por la LPGE, solo podrá generarse derecho a la prestación económica de IT por la misma o similar patología, si media un periodo superior a los 180 días naturales, a contar desde la resolución de IP.

Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio. A estos efectos, para acreditar el periodo de cotización necesario para acceder al subsidio de IT por contingencia común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de IP.

De nuevo resaltando las competencias exclusivas del INSS, para hacer y deshacer en la situación del beneficiario, se posibilita que acuerde el inicio de un nuevo proceso de IT, «por una sola vez», cuando, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de IP del trabajador, «considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral». Para ello, el INSS «acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal» –nuevo apdo. 3, último párrafo–. En cambio, y como siempre, el alta médica con propuesta de IP, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los 365 días de duración, extinguirá la situación de IT, como precisa ahora también, pero reiterando en realidad situacio-

nes sabidas y aplicables con anterioridad, el nuevo apartado 4. Como nada nuevo añade, salvo más texto al precepto, la precisión de que si, al agotamiento del plazo de 365, el INSS acordase la iniciación de un expediente de IT, la situación de IT se extinguirá en la fecha de cumplimiento del indicado plazo. Por supuesto, y de nuevo marcando la omnipresencia y la omnipotencia del INSS en este ámbito, cuando, en el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 128.1 a), aquel acordase la prórroga expresa de la situación de IT, y durante la misma iniciase un expediente de IP, la situación de IT se extinguirá en la fecha de la resolución por la que se acuerde dicha iniciación. En suma, a mi juicio, no se necesitaba tanto texto para clarificar la regulación, que ahora resulta todavía más laberíntica que de costumbre.

Por otra parte, se refuerzan los mecanismos de control de las prestaciones durante la situación de IT. A las causas de denegación, suspensión o extinción del subsidio ya reguladas en la actualidad (actuación fraudulenta, trabajar estando de baja, o rechazar o abandonar el tratamiento indicado) la LPGE añade una nueva de enorme trascendencia, porque, como se viene criticando desde estas páginas a este tipo de prebendas administrativas, supone el legalizar el pensamiento de la sospecha sobre el beneficiario-ciudadano de uso fraudulento. En este sentido, se reconoce la facultad de declarar la suspensión cautelar del derecho cuando el beneficiario de la prestación no comparezca a las convocatorias realizadas por el personal médico del INSS y de las MATEPS para realizar el correspondiente examen y reconocimiento médico. La suspensión es una medida cautelar que no tiene más sentido que privar al sujeto del disfrute del derecho al subsidio en tanto «se comprueba» si la ausencia o incomparecencia «fue o no justificada», pues la constatación del carácter injustificado llevaría a la extinción sin más. La regulación de esta situación, que la ley solo reconoce o habilita, se remite en blanco, lo que no puede dejar de ser criticable desde el valor de la seguridad jurídica y la protección del derecho del beneficiario, siendo las prestaciones materia de reserva legal, a la fuente reglamentaria, esto es, una vez más, al «Derecho de subsuelo o de sótanos ministerial», tan poco respetuoso con el principio de legalidad, material y formal.

Pese al nuevo afán de control, no es este el cambio definitivo ni mucho menos que se espera del Gobierno. Este ha prometido en breve mucho más. Cuando su propuesta, fijada en el Anteproyecto de Ley de Mutuas aprobado en el Consejo de Ministros del 21 de diciembre de 2013, se convierta, si lo hace, en ley, las mutuas podrán dar por terminada la baja médica por contingencias comunes también de un trabajador si el facultativo público no responde a su propuesta de alta en cinco días. Un plazo tan perentorio que hará difícil que exista tal decisión en un buen número de situaciones, dejando la decisión inicial, y sin perjuicio del recurso del beneficiario claro está, en la mutua, dando por fin carta de naturaleza jurídica al «alta médica presunta» también en el ámbito de las contingencias comunes. Este cambio, que ya se intentó introducir por real decreto en julio de 2013, pero que fue frenado por el ministerio ante las dificultades de superar el principio de reserva legal en materia, suscita muchas dudas y más críticas, pues redundará claramente en perjuicio del sujeto-paciente, ya que primará la finalidad reductora del coste de la prestación.

Por supuesto, desde el omnipotente y recurrente objetivo de la rebaja del gasto social, razón de ser que unifica la práctica totalidad de las «novedades» comentadas, hay otras voces favorables, por entender que con este modelo no solo se ahorrarán cientos de millones a las maltrechas

arcas –incluida la «hucha» o reservas– de la Seguridad Social³⁷, sino que también se pondrá coto al «absentismo injustificado». Se asume, así, plenamente que el absentismo laboral tiene un efecto negativo sobre la economía nacional debido a la pérdida del potencial de producción como consecuencia de la reducción del personal disponible y al incremento de los costes médicos y de la Seguridad Social. Por consiguiente, se refuerza la política orientada a mantener bajo el índice de absentismo y en limitar los costes de la Seguridad Social y el coste de la atención sanitaria. Si con el cambio de la legislación relativa a las jubilaciones anticipadas se asume que una sociedad no podría hacer frente a los elevados costes que llevan consigo, ahora se enfatiza que tampoco puede hacer frente a los que supondrían el uso abusivo de la situación de IT, cerrando el círculo de la presión legal a la presencia continuada de las personas en los lugares de trabajo durante toda la vida útil. Según los datos que exhibe el Ministerio de Empleo para vociferar la reforma anunciada ante los medios de comunicación, en España se perderían al año por este motivo una media de 11,4 días por trabajador, frente a los 8,4 días en Finlandia, los 7 que se perderían en Dinamarca, los 6,8 días de Canadá o los 4,9 días de Estados Unidos. Lo que no cuenta el Ministerio de Empleo es, de un lado, que estamos en la media europea y, de otro, que la reforma laboral ha incrementado el «*presentismo laboral*», de modo que personas enfermas o accidentadas acuden al trabajo por miedo al despido objetivo.

Aunque todavía no hay datos fiables al efecto, sí es medible el incremento en estos dos últimos años del número de trabajadores que van enfermos a su puesto de trabajo para evitar los efectos de la reforma laboral de 2012 en esta materia. Por tanto, realmente, también por esta vía, ahora con la instrumentalización de la Seguridad Social, se estaría dando una nueva vuelta de tuerca en la reforma laboral. En tanto no se plasme en ley no podemos ir más allá en el análisis. Solo recordar, remitiendo para un análisis algo más detenido técnicamente a la sección de *comentarios jurisprudenciales* de este número de la Revista, que también aquí se ha abierto un frente de rebeldía judicial a la reforma originaria laboral, pues la *SJS número 33 de Barcelona, con fecha de 17 de septiembre de 2013, recurso 679/2013*, cuestiona, con un nuevo ejemplo de la difusión, en el contexto de las leyes injustas anticrisis, del «juez Robin Hood», tanto la constitucionalidad como el ajuste a Derecho Social Comunitario de la nueva redacción del artículo 52 d) del ET.

Aunque no plantea formalmente ni una cuestión prejudicial ni de inconstitucionalidad, toma una decisión que vacía de sentido práctico en un buen número de situaciones el precepto aplicando la STJUE de 11 de abril de 2013, asunto Ring, y su nueva doctrina relativa a la nulidad por lesión del derecho a la no discriminación de los despidos basados en «enfermedades asimilables» a la incapacidad. Ciertamente que es posible que tal posición sea *tumbada* por el TSJ de Cataluña, que en su Sentencia de 9 de abril de 2013 validó plenamente la constitucionalidad de la reforma laboral en este punto. Ahora bien, ni la doctrina judicial del TSJC es la del TCO ni mucho menos, lo que no ofrece bastante más confianza ante el quebrado sistema de justicia constitucional español por extremada dilación en la respuesta que lo hace inoperante, se ajusta a la posición que se defien-

³⁷ De ser creíble la propuesta de AMAT, la atribución a ellas de toda la responsabilidad de control, más allá de lo que propone el Gobierno, ahorraría a la Seguridad Social y a las empresas la friolera de 6.600 millones de euros.

de ahora por el TJUE. Seguro que habrá otros capítulos judiciales y legales en esta permanente lucha entre el Derecho Justo y el Eficiente, con una oposición radical que ni la razón científica ni la práctica confirman, por lo que, una vez más, las decisiones de política jurídica terminan respondiendo más a intereses e ideologías muy concretas que a argumentos de racionalidad y conciliación transaccional de valores, que exige reducir el absentismo laboral pero a través de políticas de prevención de riesgos.

5. «A MÁS VUELTAS» CON LAS CLÁUSULAS DE RESIDENCIA COMO PRESUPUESTO PARA EL MANTENIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

No era, pero va camino de ser, un «clásico» en la Ley de Presupuestos la inclusión de cláusulas de residencia limitadora del acceso y de la conservación, de las prestaciones de Seguridad Social. Pero si la LPGE/2013 la incorporaba para el «complemento a mínimos», la LPGE/2014, siguiendo la estela de otras reformas al respecto, incorpora una cláusula general.

Así, su disposición final 7.^a incorpora una nueva disposición adicional, la que hace el número 65, a la **LGSS** con el claro título de «*Pérdida de residencia a efectos de prestaciones de la Seguridad Social incluidos los complementos a mínimos*». En ella se regulan las condiciones para el mantenimiento de prestaciones económicas de la Seguridad Social cuando, de conformidad no solo con el Derecho español sino también el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de la Seguridad Social, se exija «la residencia en territorio español» y se produzcan, en cambio, salidas al extranjero de una determinada duración. En este sentido, y siguiendo unas pautas comunes a diversas modificaciones legislativas recientes, atentas de igual modo a bruscos giros jurisprudenciales acaecidos también en fechas actuales, en especial en la prestación por desempleo –STS, Sala 4.^a, de 18 y 30 de octubre de 2012–, y de los que ya se dio cuenta crítica en su día en esta **Revista**, la condición para la continuidad de las prestaciones es que las salidas para estancias en el extranjero:

- O bien no superen los 90 días en un año natural, se entiende que sin alegar causa al efecto,
- O bien, si dicha ausencia tiene causa, que «*este motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas*», sin atender en tales casos al periodo de duración.

Este régimen es común para todas las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social condicionadas a tal cláusula. Pero contempla una excepción, relativa a los subsidios por desempleo, y el derecho al abandono del territorio nacional. En estos casos, se remite a su normativa específica, recientemente modificada, por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto. Cuando se trate de prestaciones sanitarias para cuyo disfrute se exija la residencia en territorio español,

«se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que estas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural».

6. UN CONDICIONANTE IDEOLÓGICO-MORAL AL DISFRUTE DE UN DERECHO SOCIAL: LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO A LOS (ETARRAS) LIBERADOS EN PRISIÓN

La disposición final 4.^a, apartado ocho de la LPGE/2014, incorpora en la [LGSS](#) una nueva *disposición adicional 66.^a* relativa a la protección por desempleo de los liberados en prisión. El origen de esta novedad, de signo claramente restrictivo y que rezuma un exceso de inspiración estrictamente política, está en una proposición no de ley presentada –PNL– por UPyD, pactada en su redacción final con el PP.

Se trata de una PNL sobre el acceso de los presos militantes de ETA a dicha protección una vez que hayan salido de prisión. Una situación hoy de extremada actualidad a raíz de la eliminación, muy discutida y discutible jurídicamente, pero todavía más discutida política y socialmente, de la llamada «doctrina Parot» por el TEDH. En esa PNL el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a adoptar las medidas que sean necesarias para evitar lo que se considera un beneficio indebido de la asistencia ofrecida por el Estado, en particular el denominado «subsidio de excarcelación», por parte de terroristas que no han mostrado arrepentimiento ni colaborado con la Justicia. Se plantea como una decisión de estricta justicia social, pues sería legítimo requerir de un preso que ha salido de la cárcel y quiera beneficiarse de una medida de solidaridad social, como serían sin duda alguna los subsidios de desempleo, dada su dimensión no contributiva, acreditar que se ha reinsertado en la sociedad, reconociendo el daño causado por él y por la organización terrorista de la que era miembro, pidiendo perdón a las víctimas y colaborando con la Justicia.

El nuevo precepto se refiere a quienes hubieran cometido delitos *ex* artículo 36 del [Código Penal](#):

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo.
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- c) Delitos del artículo 183.
- d) Delitos del capítulo V del título VIII del libro II del Código Penal, cuando la víctima sea menor de 13 años.

En tales casos, para poder obtener el subsidio por desempleo regulado en el artículo 215, apartados 1.1 d) de la [LGSS](#) –«Haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses– y 1.2) de la [LGSS](#), deberán cumplir los requisitos generales previstos en dicho texto *más otros adicionales* que deberán acreditarse *«mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria»*. En el caso de los delitos de terrorismo deberá acreditarse:

- El arrepentimiento por el delito cometido, con una petición expresa de perdón.
- Informe que acredite su desvinculación de la organización terrorista.

Estos requisitos se recogen con detalle en el artículo 72.6, al que remite la norma social, de [Ley General Penitenciaria](#). Según este precepto, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros, que, además, muestren signos inequívocos o manifiestos de haber abandonado los fines y los medios terroristas. Esto es, que expresen «dolor de constricción» y arrepentimiento.

Claro está, para dar concreción a esta exigencia, claramente ético-social, tal abandono se identifica básicamente en la colaboración activa con las autoridades «bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado...». Esta colaboración activa podrá acreditarse mediante (a) una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y (b) una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como (c) por los informes técnicos que acrediten que el preso afectado está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades públicas.

En el caso de los restantes delitos –apdo. 2 de la disposición adicional referida–, deberá quedar debidamente acreditado que han satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito:

«considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, y que han formulado una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito».

No faltan autorizadas voces que ponen de manifiesto los posibles vicios o anomalías jurídicas, incluida la eventual inconstitucionalidad, por representar un tratamiento diferente en función del tipo de delitos a personas que ya estarían en paz con la sociedad al haber cumplido sus penas. Si bien el TCO ha tenido diversas oportunidades de pronunciarse sobre la constitucionalidad de diferenciar tratamientos a los sujetos que han cometido cierto tipo de delitos con especial carga de reproche social, por evidenciar situaciones objetivas y razonables, no parece que pueda decirse lo mismo cuando se trata de tratamientos jurídico-sociales que presuponen el cumplimiento de la condena prevista en la legislación penal. En todo caso, también desde una perspectiva estrictamente jurídico-laboral tales requisitos resultan de valor muy dudoso, contaminando una cuestión de protección social con planteamientos políticos. La manifestación debidamente acreditada de petición de perdón a las víctimas debería ser una cuestión relegada bien al plano social o, si se quiere,

al jurídico-penal, pero no al socio-laboral. Surgen muchas dudas, pues, en torno a cómo el orden social de la jurisdicción va a abordar este requisito de restricción del acceso a la protección social por desempleo en el supuesto de que se deniegue un subsidio y sea impugnada ante el juez social por el solicitante. Situación que, dadas las actuales consignas gubernamentales y el gran influjo de ciertas asociaciones de víctimas, puede suceder con significativa frecuencia.

La disposición transitoria 6.^a de la LPGE/2014 prevé el momento en que ha de regir esta regulación novedosa. A tal fin dispone que:

«...afectará a los solicitantes del subsidio al que se refiere el apartado 3 del artículo 205 de la LGSS que en ese momento [entrada en vigor de la LPGE/2014] no hayan perfeccionado los requisitos establecidos en el número 1 del apartado 1 de su artículo 215».

Lo que evidencia que se le quiere dar un cierto efecto retroactivo, si bien mínimo, pues no afecta a quienes ya hubieran consolidado los requisitos a la entrada en vigor de la Ley.

7. EN BUSCA DE LA SOLVENCIA FINANCIERA DEL FOGASA: ¿ADIÓS A LA «SUBVENCIÓN DIRECTA» POR DESPIDO ECONÓMICO O ADIÓS A LA «GARANTÍA DE EFECTIVIDAD» DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN PARA EL TRABAJADOR?

Sin ninguna duda, la mayor sorpresa que nos reserva la LPGE/2014 de signo reductor de protección social, si bien con un sentido más ambivalente al no afectar directamente a los trabajadores sino a las pymes y las subvenciones o ayudas previstas para que puedan afrontar reestructuraciones de plantilla cuando lo precisen para sobrevivir en la jungla de la competencia global actual, aparece difuminada en la parte más extravagante de la Ley 22/2013: la disposición final 5.^a, que con la precisión e inmediatez de un cirujano, sin necesidad de más preámbulo ni «consentimiento informado» del paciente, borra de un plumazo el apartado 8 del artículo 33 del ET. En eso consiste nada más, y nada menos, la nueva «*Modificación del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores*» que se propone, con un título casi más largo que el contenido del precepto. Con «nocturnidad y alevosía», pues responde a una enmienda del Senado que ha contado con información previa a nadie, y vocación estructural, con efectos de 1 de enero de 2014 pero «vigencia indefinida», las empresas de menos de 25 trabajadores, y sus empleados despedidos, dejarán de disfrutar del pago directo por el FOGASA de los 8 días relativos a la indemnización prevista para el despido procedente por causas empresariales –arts. 51 y 52 c) ET³⁸.

³⁸ Lo que pasa a mejor vida tras la cirugía es esto: «*En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y*

La razón de ser de esta derogación enlaza directamente con nuestro tema: *la garantía de solvencia financiera de este organismo público pasa también por reducir su acción, no por ampliar sus ingresos –transferencias: vía cotización o vía impuestos–*. Este precepto es un claro reflejo de la presión que siente el Gobierno por su incapacidad de ajustar en tiempo el déficit público, como le pide la Comisión Europea –y la Troika–, pues originariamente no estaba en el proyecto de ley. Resulta, en cambio, como se ha dicho, de la Enmienda núm. 2997 del Grupo Popular en el Senado y responde, a fiarse de la justificación que se da con su introducción, al objetivo de recuperar para el FOGASA «*su naturaleza de entidad de aseguramiento, limitando su intervención como institución de garantía en aquellos supuestos de insolvencia o concurso empresarial, desincentivando el despido y fomentando el mantenimiento del empleo*».

Resulta curioso, si no paradójico sin más, leer que una nueva mini-reforma laboral, de más impacto social y económico del que deriva del ambiguo título dado al precepto de recorte, responde a una preocupación por naturalizar una institución laboral cuando la tendencia es la contraria, a desnaturalizarlas al servicio de la pretendida creación de empleo, resultando más bien una reducción de tutela. Por encima de esta justificación oficial, queda claro que estamos ante una medida de rebaja del déficit público, ahora del FOGASA, a fin de impedir que crezca, como hasta ahora, el agujero de este organismo público, obligado, en una época de crisis muy profunda de empleo, a satisfacer crecientes demandas para hacer frente a créditos laborales, ya de tipo salarial ya indemnizatorios. Un incremento notable e incesante de la demanda de pagos que, no se olvide, no es en modo alguno ajena a la propia reforma laboral, que ha propiciado el crecimiento de los despidos por causas económicas. En realidad, bajo esta apariencia de devolución al FOGASA de su pretendida esencia o función aseguradora frente a situaciones de insolvencia en que pueda encontrarse una empresa, se oculta un nuevo intento desesperado por reducir el gasto público, cuyo descontrol, pese a la moratoria concedida por la Comisión Europea, parece ya una evidencia. Aunque se quiere presentar como una decisión de justicia, evitando, como demagógicamente sostienen, que los españoles en su conjunto paguen la factura de la reestructuración que solo a la empresa beneficiaría, este nuevo tijeretazo de la acción social española no perjudica tanto la posibilidad de reestructuración de las pymes, cuanto, sobre todo, la probabilidad de cobro de los despedidos por ellas, con lo que serán los trabajadores, una vez más, los que realmente paguen la factura de este nuevo recorte social³⁹.

Pero ya llueve sobre mojado y, en realidad, parece más bien la crónica de una muerte anunciada. La senda de los recortes en la protección de este organismo es una constante en estos dos últimos años. Como se sabe, el FOGASA sufrió dos cambios normativos relevantes que afectaron notablemente su función de garantía del derecho al cobro efectivo de los créditos laborales de los trabajadores en situaciones de insolvencia de los empresarios –art. 33.1 ET–, reduciéndolo

52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley... Concursal, el FOGASA abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio...».

³⁹ Se persigue oficialmente que las empresas solventes paguen la indemnización completa a los trabajadores, y no como pasa ahora, que parte lo paga la empresa y parte el conjunto de los españoles a través del FOGASA.

la de un modo muy significativo, tanto en el plano normativo como fáctico. En el plano normativo, el recorte de su función protectora vino, en primer lugar, por la Ley 3/2012, de 6 de julio y, en segundo lugar, por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. La explicación para proceder es la misma que se da para las pensiones: «preservar su viabilidad financiera, en la línea de las funciones para las que fue concebido». En suma, un factor de sostenibilidad.

Los salarios de tramitación han desaparecido, prácticamente, con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma laboral, por lo que serán simbólicos los casos en que el FOGASA haga frente a salarios de tramitación. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad ha modificado esos límites y señala ahora que el FOGASA no puede abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 120 días. Es decir, *se recorta en un tercio el importe máximo a abonar y se recorta también el número de días de salario a pagar, que pasan de 150 a 120.*

De esa nueva regulación habría que destacar, en primer lugar, que la cobertura del FOGASA se limita a contratos de carácter indefinido, es decir, ya no afecta a los contratos temporales, como parecía desprenderse de la redacción anterior al Real Decreto-Ley 3/2012. En segundo lugar, que la nueva redacción del artículo 33.8 del ET amplió la cobertura a todas las causas de despido objetivo. La regulación anterior al Real Decreto-Ley 3/2012 se refería expresamente solo a las causas económicas del artículo 52 c) del ET. El tercer cambio importante es que de la cobertura del FOGASA quedan expresamente excluidas las extinciones de contrato declaradas improcedentes. Es decir, solo se cubren los despidos colectivos y objetivos procedentes. Pero era el cuarto cambio el más importante para apreciar realmente quiénes son los verdaderos perjudicados por este recorte de la protección del FOGASA: la Ley 3/2012 vuelve a la redacción existente antes del Real Decreto-Ley 3/2012 porque señala que el FOGASA abonará al trabajador esos 8 días, cuando el Real Decreto-Ley 3/2012 establecía que el FOGASA resarciría al empresario.

Es decir, con ello se volvía a la posibilidad, muy utilizada en su momento, de que la empresa abone al trabajador 12 días por año de la indemnización que le corresponde y sea el propio trabajador el que solicite al FOGASA el abono de los 8 días por año restantes, cargando sobre él el peso del resarcimiento. Una carga que fue confirmada por la jurisprudencia del TS, cuyas Sentencias de [8 de abril \(RCUD 2291/2012\)](#) y [16 de julio de 2013 \(RCUD 2592/2012\)](#), admiten sin ambages, afirmando la jurisprudencia de la década de los años 90, que la nueva redacción legal dada al precepto por la Ley 3/2012 confirmarían que la regulación refiere:

«... A los trabajadores como titulares del derecho a la prestación del Fondo y como interesados en el procedimiento, sin mencionar de forma expresa a los empresarios, lo que no impide a estos solicitar el importe a cargo del Fondo cuando hayan anticipado, al trabajador, el pago de la parte del Fondo...».

Ahora se eliminará esta contingencia, porque, «muerto el perro se acabó la rabia»⁴⁰. De este modo, se recortarán más de 300 millones de euros con el fin del pago directo del FOGASA. Pero más allá de eso, reflejo manifiesto de reformas «oscurantistas y sorprendidas», pese a la proclama de un nuevo tiempo de transparencia, se ilustra que hemos entrado ya en la «nueva reforma laboral extensa» –e intensa– que habría comprometido el ministro de Economía con el Ecofin y el Eurogrupo, pese a negarlo la ministra de Empleo. El referido argumento de la eliminación de subvenciones a despidos en microempresas es, además de demagógica por lo aquí comentado, solo una pantalla, una cortina de humo social, que traduce el primado del fin de recortar gastos y la creación de condiciones para abonar nuevas reformas, tanto en el plano social, pues hay que introducir más tijera social –hasta un valor al menos de 2.500 euros– y más promoción de la rentabilidad empresarial vía reducción de derechos.

Esta medida introducirá «inseguridad y conflictividad» en los expedientes de regulación de empleo (ERE) y en los despidos individuales. El FOGASA arrastra un demora de hasta dos años en el pago de salarios de tramitación. Esta situación no requiere reducir sus prestaciones o cobertura protectora⁴¹, sino aumentar los ingresos que percibe a través de una subida de las cotizaciones o aportaciones directas del Estado, por cuanto tiene una dimensión social, no ya solo individual y por tanto no tiene por qué ir necesariamente vía cotizaciones.

Hay que recordar que su acción social se viene reduciendo a raíz de esas reformas-recorte, siendo su gasto menor en más de un 10%, siendo mayor aún la reducción del pago de indemnizaciones por esa responsabilidad directa, que se situaría en más de un 15%⁴². Por eso, se insiste en que se trata de una medida que va a tener un efecto más negativo sobre trabajadores que ya sufren no solo retrasos considerables, sino reducción, en el pago de las indemnizaciones por parte del FOGASA. Una cuestión que se presenta a duda es cuál será la eficacia temporal de esta me-

⁴⁰ La crítica de CEPYME es comprensible, pero ya hemos visto que relativa, porque perjudica más a los trabajadores. En un comunicado, considera que se suprime «otro de los mecanismos de solidaridad pactados entre los agentes económicos y sociales». Asimismo, señala que esta iniciativa genera «un perjuicio –sobre todo en términos de competitividad– muy superior al ahorro que pudiera representar, justamente en unos momentos en los que las pymes deben desempeñar un papel esencial en el proceso de recuperación de la economía». El FOGASA ha financiado durante los dos últimos años por este concepto a casi 200.000 trabajadores de 110.000 pymes, con una aportación de unos 300 millones de euros anuales.

⁴¹ El FOGASA acumula más de 162.000 expedientes sin resolver como consecuencia de los recortes presupuestarios.

⁴² El gasto del FOGASA en prestaciones se situó en los ocho primeros meses del año 2013 en algo menos de 1.000 millones de euros, lo que supone un 12% menos que en igual periodo de 2012, según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. El FOGASA dedicó en estos meses 273 millones de euros al pago de salarios, un 21,1% menos que en igual periodo de 2012, mientras que 646,4 millones de euros se destinaron al abono de indemnizaciones, un 7,5% menos. Asimismo, *destinó más de 193,6 millones de euros, un 16% menos, a pagar las indemnizaciones que son de su responsabilidad directa y para las que no se requiere la declaración de insolvencia o concurso de la empresa*. De acuerdo con los datos del Ministerio de Empleo, un total de 152.947 trabajadores recibieron prestaciones por parte del FOGASA hasta agosto, un 14,4% menos que en el mismo periodo de 2012, cuando los beneficiarios ascendieron a 178.810 personas.

didada, pues, a diferencia de otras, la LGPE no prevé nada en torno a su eventual valor retroactivo para los expedientes ya abiertos. Aunque hemos de entender que, dado su carácter restrictivo de derechos, solo afecte a los despidos hechos efectivos a partir de la entrada en vigor de la reforma. Aunque es cierto que lo único que va a conseguir esta medida es que las empresas de menos de 25 trabajadores les deban no solo los salarios, sino también las indemnizaciones por despido a sus trabajadores, no cabe confundir la clara injusticia social de esta decisión, pues es manifiesto que no hay una situación igual entre las empresas atendiendo a su tamaño y solvencia, con la eventual inconstitucionalidad de la misma, como parece entender el principal partido de la Oposición, que propone que se «... restablezca cuanto antes esta injusta decisión, que no solo es inconstitucional sino que, sobre todo y por encima de todo, es injusta con la gente más débil de este país»⁴³.

8. «OTRA DE ARENA»: A CAMBIO UNA BONIFICACIÓN A LA MICROEMPRESA DE 420 EUROS POR LA INVERSIÓN PRODUCTIVA EN FORMACIÓN PARA EL EMPLEO

Pero no todo van a ser recortes de subvenciones para las pequeñas empresas, ha debido pensar el legislador de la tijera al FOGASA. Así que parece tocar de nuevo «otra medida de arena».

Como ya se ha analizado aquí, no es la primera vez que el legislador va haciendo juego de equilibrios en el alambre e intenta compensar con medidas de concesión otras, mucho más intensas, de recorte. Y si las que pueden considerarse «pequeñas empresas» –menos de 25– tienen, como hemos visto, motivos de queja –si bien ya se ha explicado que más sus empleados que los empleadores–, las que son propiamente microempresas tienen algún motivo para la satisfacción con la LPGE/2014. Así, ya se hizo mención al analizar el nuevo régimen legal de exclusiones del cómputo de la cotización, a la disposición adicional 81.^a de la LGPE/2014, relativa a la *Financiación de la formación profesional para el empleo*. Como indica el apartado uno de la misma, y «sin perjuicio de otras fuentes de financiación», se entiende que no ya solo públicos sino privados, los fondos provenientes de la cuota de formación profesional, fijada por el artículo 128. Diez.2. C) en el tipo del 0,70 de la base de cotización⁴⁴, se destinarán a financiar el subsistema

⁴³ El portavoz socialista de Economía en el Congreso, Valeriano Gómez, ha instado al ministro del ramo, Luis de Guindos, a que interceda ante el Gobierno para que se dé marcha atrás en las modificaciones del FOGASA, introducidas a través de una enmienda al proyecto de Presupuestos de 2014 presentada en el Senado. Puestos a especular, hay quien ha evidenciado que no se trata sino de una vía para crear condiciones que lleven a reducir, con carácter general, las indemnizaciones por despidos económicos: si las pequeñas empresas empiezan nuevamente a quejarse de que los despidos son caros se está abonando el terreno para una futura reducción de la indemnización en tales despidos y acercarla a la de las extinciones de los contratos de duración determinada. ¿Se trata de una suerte de «Derecho-Ciencia Ficción» (ROJO TORRECILLA) o de una hipótesis probable? El tiempo, a no tardar mucho, nos lo dirá. Mucho me temo que hay más razones para creer lo segundo que lo primero.

⁴⁴ Para la cotización por Formación Profesional, el 0,70%, siendo el 0,60% a cargo de la empresa y el 0,10% a cargo del trabajador. El tipo aplicable para la cotización por Formación Profesional en el Sistema Especial para Trabaja-

de formación profesional para el empleo –hoy regulado por el [Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo](#), incluyendo los programas públicos de empleo y formación establecidos en su artículo 28, pero que parece pronto será cambiado sustancialmente–, a fin de «impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento».

Pues bien, conforme a su apartado dos, «el 50%, como mínimo», de aquellos fondos se destinarán a la financiación de una serie de iniciativas (Formación de demanda, que abarca las acciones formativas de las empresas y los permisos individuales de formación; Formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados; Acciones de apoyo y acompañamiento a la formación; Formación en las AA. PP.⁴⁵; Gastos de funcionamiento e inversión de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo). Será el Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE– el que libre a la Fundación Tripartita los fondos para la financiación de sus gastos de funcionamiento e inversión.

El apartado dos de esta disposición prevé que, el 50% restante de los fondos se destinen «inicialmente a financiar las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, así como los programas públicos de empleo formación». Ahora bien, se recordará que en la LPGE/2013 se suprimió la posibilidad, prevista en la del año anterior, de dedicar, de ese restante 50% del presupuesto, «hasta un máximo del 20% de estos fondos», a la «realización de acciones de fomento del empleo... incluidas en el Plan Anual de Política de Empleo» –Acuerdo del Consejo de Ministros publicado en el BOE de 10 de septiembre de 2013– para personas inscritas como demandantes de empleo. Pues bien, ahora la LPGE/2014 quiere recuperar esta acción, inicialmente contemplada como excepcional y siempre previo informe del Servicio Público de Empleo competente, por cuanto esta materia, al ser de ejecución, está transferida, como se sabe⁴⁶. En particular se dice:

dores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social será el 0,18%, del que el 0,15% será a cargo de la empresa, y el 0,03% a cargo del trabajador.

⁴⁵ Según este apartado, en su segundo párrafo, a la financiación de la formación en las AA. PP. se destinará un 6,165% de la cuantía indicada en el párrafo primero. Esta cuantía, previamente minorada en el porcentaje correspondiente al índice de imputación utilizado para el cálculo del cupo de acuerdo con la Ley 12/2002, de 23 de mayo, se incluirá como dotación diferenciada en el presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal para su aportación dineraria al Instituto Nacional de Administración Pública, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en tres libramientos en los meses de febrero, abril y junio. En el presupuesto del Instituto Nacional de Administración Pública figurarán territorializados los fondos correspondientes a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la financiación de la formación continua de sus empleados públicos. El abono de dichos fondos se realizará desde el Instituto Nacional de Administración Pública mediante transferencia nominativa a cada comunidad y ciudad autónoma, con excepción de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁴⁶ De ahí que el apartado tres de esta disposición prevea: «Las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en materia de políticas activas de empleo recibirán del Servicio Público de Empleo Estatal las transferencias de fondos para la financiación de las subvenciones en el ámbito de la formación profesional para el empleo gestionadas por dichas Comunidades, en la cuantía que resulte de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable».

«No obstante, previo informe del Servicio Público de Empleo competente, se podrá destinar, con carácter excepcional en el ejercicio 2014, hasta un máximo del 20% de estos fondos para la realización de acciones de fomento del empleo siempre que estén incluidas en el Plan Anual de Política de Empleo y que en las mismas participen personas desempleadas inscritas como demandantes de empleo».

Asimismo, el apartado cuarto de esta disposición establece que las empresas que cotizan por la contingencia de formación profesional dispondrán de un «crédito para la formación de sus trabajadores» que resultará de aplicar a la cuantía ingresada por la empresa en concepto de formación profesional durante el año 2013 el porcentaje de bonificación que, en función del tamaño de las empresas, establece, menor cuanto mayor es el tamaño de la empresa⁴⁷. A saber:

- a) Empresas de 6 a 9 trabajadores: 100%.
- b) De 10 a 49 trabajadores: 75%.
- c) De 50 a 249 trabajadores: 60%.
- d) De 250 o más trabajadores: 50%.

De este modo, se consolida el cambio de modelo anterior, pues las empresas ya no tendrán que presentar solicitudes de financiación anual para sus planes de formación, ya que a primeros de cada año dispondrán de un crédito para la formación en función de la cantidad ingresada en concepto de cuota de formación profesional durante el pasado ejercicio. Con este crédito se ejecutarán los planes de formación y su coste se deducirá de las cotizaciones mensuales a la Seguridad Social. El crédito es variable, pues se obtiene multiplicando la cuota de formación profesional del año natural anterior por un *porcentaje de bonificación establecido*, según una escala inversamente proporcional al tamaño de la empresa, de modo que a más tamaño menor porcentaje y, por tanto, menor crédito relativo, claro está. Para las empresas de 1 a 5 trabajadores, no se dispone de ningún porcentaje, pero sí de un crédito de formación fijo de 420 euros por cada empresa, con una duración igualmente variable atendiendo a su dimensión. A este respecto, la previsión legislativa ha experimentado notables vicisitudes en su tramitación y ha sido objeto de severas críticas por el sector de las organizaciones especializadas en actividades formativas para las microempresas. En la tramitación del Congreso, la enmienda núm. 3444 del Grupo Popular modificaba la regulación vigente, que, en el tramo de empresas de dimensión menor, se refería a las empresas de 6 a 9 trabajadores, suprimiendo la referencia a que *«Las empresas de 1 a 5 trabajadores dispondrán de un crédito de bonificación por empresa de 420 euros, en lugar de un porcentaje»*.

⁴⁷ Recuérdese que es una bonificación, no propiamente una subvención. El concepto de **bonificación** es una reducción en la cuota, creada para fomentar la formación de los trabajadores o favorecer el empleo o su estabilidad de determinados colectivos. Pero nada tiene que ver con el concepto de **subvenciones**, ya que estas son pagos realizados sin contrapartida alguna.

Pues bien, la versión publicada en el BOE incorpora este apartado, por lo que la empresa de menor dimensión, la microempresa, no perderá esa subvención o ayuda financiera para sufragar la inversión en formación, que se entiende constituye un factor de productividad y de empleabilidad. Por consiguiente, tras diversos avatares parlamentarios, y evidenciadas las críticas a quien había que hacerlo, no ha habido finalmente modificación normativa. Pero esta ausencia de cambio no pacifica el clima social o el ambiente del, quebrado, Diálogo Social, ya que lo que para la patronal es una muy buena noticia, sin paliativos, agradeciendo que en el Senado se aceptara una enmienda de CiU a iniciativa de la CEPYME, garantizando ese crédito de 420 euros anuales, para los sindicatos el solo proceso azaroso de esta medida revelaría un afán más de clientelismo político que de favorecimiento de inversiones productivas. Y ello porque *«Lo que en principio podría ser una buena noticia, que el Ejecutivo rectifica su política de recortes con el propósito de favorecer la formación del segmento empresarial más sensible a la crisis y más relevante para la recuperación económica, no lo es tanto si atendemos a la mala calidad de los cursos que hacen este tipo de empresas, cursos que a menudo solo sirven para el enriquecimiento de las entidades privadas que los organizan»*. Sin entrar en la verdad de esta crítica, parece que tampoco los que organizan los sindicatos están libres *«de todo pecado»*.

III. LAS REFORMAS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO DES-LOCALIZADAS: DOS PUNTOS CRÍTICOS DE LA LEY DE DEUDA COMERCIAL

1. UNA MEJORA-CORTINA DE HUMO SOCIAL DES-LOCALIZADA EN EL PERSONAL FUNCIONARIO PÚBLICO: LA DEVOLUCIÓN DE UN «MOSCOSO PERDIDO»

Hemos tenido la ocasión de evidenciar cómo la parte más relevante de la LPGE/2014 respecto del personal de empleo público, tanto funcional como laboral, sigue la senda de la congelación –a la que hay que sumar la de los recortes en diversas leyes autonómicas, si bien no en todas–. Asimismo, también se ha puesto de manifiesto cómo la práctica totalidad de las leyes que se promulgan en este tiempo se ligan a la garantía de solvencia financiera, como es el caso no solo de la LPGE/2014 o la Ley 23/2013, del Factor de Sostenibilidad y el nuevo IRA para las pensiones, sino de leyes referidas, como es la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la Deuda comercial en el Sector Público. Y finalmente, también se ha evidenciado, y aún lo seguiremos haciendo en el análisis del Real Decreto-Ley 16/2013, cómo uno de los grandes vicios de la legislación desordenada de este tiempo es el relativo a la «des-localización» de los cambios legislativos, de modo que cualquier tramitación legislativa sirve para aprobar cualquier cosa, pese a la doctrina constitucional contraria a ello. Pues bien, la paciente lectura de la citada Ley Orgánica 9/2013, nos deparará dos sorpresas, de signo diverso, siguiendo ese juego general de «cal y arena», de *«do ut des»*, o de intercambio de muchos recortes por alguna que otra concesión o mejora para evitar la crítica de unilateralismo y desequilibrio regulador en beneficio de los que más tienen y en detrimento de los más vulnerables.

De un lado, en la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, que ya vimos obedece de forma clara al principio de garantía efectiva de la solvencia financiera de los entes públicos, si bien no promoviendo recortes, como otras, la mayoría, sino controlando-reduciendo el mal de la morosidad pública –el círculo vicioso de la morosidad pública: una mayor morosidad genera mayor deuda comercial; mayor deuda comercial lleva a una menor sostenibilidad financiera, y por tanto, incrementa la propia inestabilidad presupuestaria–, guarda un regalo para los «muy sacrificados» –palabras del ministro de Hacienda– funcionarios. Pero ¿qué tiene que ver con el control de la deuda comercial la «deuda del empleador público» con sus empleados respecto de los «días de asuntos propios o particulares» –los célebres «moscosos»–, que en su día tuvo a bien privarles el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad?

En principio poco, o nada, salvo la contribución de todo derecho laboral al incremento del déficit público según la lógica meramente presupuestaria y contable de este derecho. Sin embargo, la Ley Orgánica de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público recoge en una disposición adicional –la 4.^a– introducida mediante enmienda, una modificación del artículo 48, letra k) del EBEP, de aplicación general a todas las AA. PP. Dicha disposición establece, con efectos inmediatos, cuatro días para asuntos particulares al año en lugar de los tres que recogía la regulación precedente.

Pues bien, la secretaria de estado de AA. PP. ha elaborado una [Resolución, publicada en el BOE de nochebuena](#), cómo no, el 24 de diciembre, en la que se fija que el día adicional de permiso por asuntos particulares correspondiente al año 2013 podrá disfrutarse hasta el día 15 de febrero de 2014 en la Administración Pública Estatal. Dicho plazo se fija excepcionalmente, a fin de facilitar el disfrute con la adecuada y suficiente planificación pues al entrar en vigor a finales de 2013 no fue posible hacerlo antes, tratándose de una medida orientada a evitar los eventuales efectos negativos derivados de esta falta de previsión, tanto para los empleados como para la organización. Las positivas perspectivas de la economía española habrían permitido que se plantee la ampliación de este permiso, tal y como anunció el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, un mes antes de Navidad, el día 25 de noviembre, al ofrecer el día adicional por asuntos particulares, como compensación de buena voluntad política –a modo de regalo de Papá Noel podría entenderse– a los empleados públicos por su decisiva contribución, con su sacrificio económico y profesional, al esfuerzo de consolidación fiscal de las AA. PP., sin que se resintiera su buena disposición para cumplir con su servicio de interés general, pues la reducción de derechos habría ido acompañada de un incremento de eficiencia al continuar prestando los servicios públicos con un alto nivel de calidad.

Por tanto, esta ley tendría un sentido de reforma de mejora y a modo de «premio de buena conducta», por lo que si en la Navidad pasada, de 2012, tocó el llanto, ahora, en la de 2013, que todo parece ir mejor, toca «la risa». El apartado segundo de esta disposición adicional 4.^a precisa que la limitación del apartado tres del artículo 8 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, respecto a los convenios, pactos y acuerdos para el personal funcionario y laboral de las AA. PP.

y sus organismos y entidades, vinculados o dependientes de las mismas, debe entenderse referenciada a la nueva redacción dada al artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP.

2. UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DE LA PRIVATIZACIÓN DE LAS FUNCIONES DE ORDEN PÚBLICO: LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES DE SEGURIDAD A FUNCIONARIOS CIVILES

Pero, cómo no, la ley no iba a limitarse a medidas solo de «regalo» o mejora. También guarda otra sorpresa a ciertos funcionarios, esta menos agradable, porque los hace «policías». En efecto, de interés profesional resulta también la disposición final 1.^a de la Ley Orgánica 9/2013, sobre Modificación de la [Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo](#), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se da nueva redacción al primer párrafo del artículo 53.3 de esta ley orgánica, que queda redactado en los siguientes términos: «En los municipios de gran población y en las Ciudades con Estatuto de Autonomía **podrá asignarse**, por el Pleno de la Corporación o por sus respectivas Asambleas, al ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b) del apartado 1, **a parte de los funcionarios pertenecientes a las mismas, que tendrán la consideración de agentes de la autoridad**, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local, sin integrarse en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y **de manera que ello no comporte un incremento en el número de efectivos ni en los costes de personal**».

Pese a lo des-localizado de este precepto su pertinencia al análisis aquí realizado es muy elevada. Como puede verse, se refleja el modelo perseguido para atender servicios públicos esenciales, en este caso auténticas funciones de Estado como la de seguridad ciudadana: ampliar el número de personal dedicado a tal fin pero «a coste 0», esto es, sin aumentar la plantilla –aquí se utiliza ese abominable neo-lenguaje funcionalista, que reduce las personas a «efectivos», como los militares– ni los costes de personal.

Por tanto, en buena medida sigue la senda abierta por la nueva proyectada Ley de Seguridad Privada en torno a aumentar el número de «vigilantes del orden público», sin incrementar los «costes de personal». Si en esa polémica ley se atribuyen sus funciones a «vigilantes privados», en esta se pretende hacerlo a «funcionarios civiles».

Respecto al primer plano, ajeno a este estudio, pero no indiferente, de aprobarse esa ley, miles de vigilantes de seguridad que prestan servicio actualmente podrán realizar «detenciones» de delinquentes en el lugar donde desempeñen su trabajo. Así se contempla en el Proyecto de Ley de Seguridad Privada que ya ha sido aprobado en el Congreso –BOCG de 19 de diciembre de 2013–; y está pendiente de votarse en el Senado. Esta nueva legislación ha causado polémica y rechazo entre los sindicatos de la Policía Nacional y la Guardia Civil. La dimensión económico-mercantil no es ajena tampoco a esta propuesta, lo que, de nuevo, enlaza directamente con los temas aquí tratados nuclearmente, como se ha realizado respecto del recorte del sistema público de pensiones en aras del mercado privado.

En efecto, el Gobierno, haciéndose eco de cierta reivindicación de la patronal mayoritaria de la seguridad privada, se defiende de las críticas evidenciando que es un modo de consolidar este sector de actividad, sometido a fuertes tensiones y a inestabilidad ocupacional, cuando da un elevado nivel de empleo. Los resultados globales en España reflejan un descenso del 6,87% en la facturación total, al tiempo que está entre los sectores con mayor número de descuelgues, lo que ha llevado a un nuevo convenio colectivo sectorial claramente productivista –V Convenio Colectivo.

De ahí que, la proyectada Ley de Seguridad Privada supone precarizar la seguridad pública a favor del negocio privado, incluso con una mayor desprotección a los vigilantes pese al tratamiento de «agentes de autoridad» cuando actúan de forma coordinada con las fuerzas y cuerpos de seguridad. La nueva normativa es un ejemplo más, como se critica desde múltiples sectores sociales y políticos, de la estrategia de acoso a los derechos sociales y de deterioro democrático que desde el Ministerio del Interior se está promoviendo de manera preocupante, también para las instituciones europeas, con la futura Ley de Seguridad Ciudadana. La Ley orgánica de control de la deuda comercial asume una nueva vertiente en la atribución de funciones de seguridad ciudadana a sujetos que no tienen la consideración propia de «fuerzas de seguridad», pero se les convierte, por imperativo legal, en «agentes de autoridad», como también sucede con otros funcionarios o personal estatutario⁴⁸.

IV. LA NUEVA REFORMA LABORAL EN ESPERA DE OTRA YA ANUNCIADA: EL «TIEMPO DEL EMPLEO» PARCIAL Y OTRAS FORMAS DE FLEXIBILIDAD

1. LA RAZÓN DE SER PRINCIPAL DEL REAL DECRETO-LEY 16/2013: EL FOMENTO DE LA FLEXIBILIDAD DE GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE EMPLEO

La fiebre reformadora, a la desesperada para reducir una cifra insostenible, financiera y socialmente, de paro sigue dando lugar, como se dijo al inicio, a continuas modificaciones en las leyes que conforman más directamente el mercado de trabajo. Dejando a un lado el referido «Anteproyecto de Ley por la que se modifica la LGSS en relación con el régimen jurídico de las MATEPS», el pasado 20 de diciembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó, urgido por la Comisión Europea, tanto un «Plan Nacional de Implantación de la garantía juvenil en España», cuanto, por supuesto también a demanda de la Comisión y demás instituciones internacionales

⁴⁸ Así sucedería con profesores, médicos, trabajadores sociales, ante el reconocimiento del incremento de la violencia y la incapacidad del Estado por controlarla, volviendo a medidas represivas y no a las preventivas, como debería ser en este tiempo. *Vid. Ley 9/2013, de 28 de noviembre, de Aragón*, para sanitarios y trabajadores sociales.

de la «gobernanza económica» –se incluye la OCDE–, un nuevo paquete de medidas para «favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores». Y a este nuevo grupo de medidas le dio forma de [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre](#).

Es habitual, según ya expresamos al inicio, que este tipo de normas de gobierno con valor de ley incluya heterogéneas medidas⁴⁹, siendo el valor fundamental al que responde la nueva reforma del mercado de trabajo, si bien parcial, *facilitar una mucha mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo*, tanto en el momento de entrada al mercado cuanto internamente, constituida la relación de empleo, sea indefinida, ya sea temporal, y a tiempo completo o parcial. En el primer caso, mediante la facilitación del acceso al mercado con contratos a tiempo parcial –CTP, en adelante– más atractivos –[modificación art. 12 ET y 4 Ley 3/2012](#)–. En el segundo, promoviendo cambios de jornada, sea ampliando a demanda empresarial las «horas complementarias» en el empleo parcial, sea favoreciendo la «distribución irregular de jornada», sobre todo generalizando la práctica convencional de las «bolsas de horas» –[art. 34.2 ET](#).

Ciertamente, como ya se ha visto respecto de la LPGE/2014, e incluso la Ley Orgánica 9/2013, no faltan medidas que expresan cierta inquietud social de mejora de derechos, como la ampliación de 8 a 12 años de la edad de los hijos menores que dan lugar a la posibilidad de reducir la jornada por guarda legal, a su vez genéricamente justificada por el deseo de potenciar la conciliación de la vida laboral y familiar. Pero, como también se dijo críticamente, se trata más bien de meros «señuelos sociales», de «cortinas de humo social» para aparentar una reforma laboral orientada por el valor del equilibrio continuo entre la flexibilidad –para la empresa– y la seguridad –para los trabajadores–, cuando la realidad es que se potencia la disponibilidad de la «mano de obra» a cambio de favorecer la inserción ocupacional, aunque sea con un empleo, por tanto con un salario, parcial. Una nueva «vuelta de tuerca más» en aras de la inserción ocupacional que presupone el propio fracaso de la reforma originaria, aunque, siguiendo las pautas del preámbulo cuento o fábula tantas veces evidenciadas en este y otros estudios, se fundamenta la reforma en la necesidad de continuar una senda exitosa, la de 2012, con lo que se ofrece una «visión idílica» inexistente, que por todos lados rezuma un optimismo socio-económico sin justificación real.

Más aún. Pese a las referidas cortinas de humo social, una comprensión mucho más apegada a la práctica de las medidas que se introducen evidenciarán que el riesgo es justo el contrario, el de perjudicar la conciliación de la vida laboral y familiar, bien con la perpetuación del «déficit socio-jurídico de corresponsabilidad familiar», bien con la obstaculización del ejercicio de derechos de tal tipo al reducirse el plazo de preaviso.

Por tanto, ni el dato normativo ni mucho menos la realidad práctica justificaría el gran optimismo con que se presenta oficialmente esta nueva reforma, pues difícilmente se van a aumentar

⁴⁹ Ejemplo: revisa conceptos incluidos en las bases de cotización *ex* artículo 109 de la LGSS (disp. final 3.ª); homogeneización bases mínimas de cotización de autónomos con más de 10 trabajadores y autónomos societarios (disp. adic. 2.ª), comentadas por ser materia de Seguridad Social. Pero por encima de esa parcial «des-localización» reguladora, fuente de caos –disp. final 7.ª.

los contratos de sustitución para compensar la reducción de jornada⁵⁰, cuando lo que se facilita es más bien la distribución irregular de jornada para llevar a cabo tal compensación, manteniendo el mismo número de empleados. Por lo tanto, conviene situar adecuadamente el análisis de esta norma evitando «cantos de sirena». El objetivo básico es fomentar la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo en aras de la mayor productividad, con la convicción de que eso animará a contratar.

Junto a esta principal novedad, la *mayor flexibilización del régimen del contrato a tiempo parcial*, tanto en su regulación general como propiciando una *nueva sub-modalidad contractual indefinida* que favorezca una ampliación de la misma, como será disponer de un *contrato con periodo de prueba de un año y a tiempo parcial* –contrato de apoyo a emprendedores–, hay otras novedades de cierta trascendencia en el Real Decreto-Ley 16/2013 que analizaremos aquí con cierto detalle. A saber:

- a) *La habilitación a las ETT para que realicen ahora también contratos en prácticas* con el personal puesto a disposición de las empresas usuarias, continuando la línea de reforzar su presencia en el mercado de trabajo español –art. 7.2 Ley 3/2012.
- b) *Ampliación del cómputo del tiempo de trabajo, que puede pasar a dejar de ser anual para computarse en periodos más amplios* según cuáles sean las diferencias reales entre la jornada de trabajo efectivamente realizada y la que esté legal o convencionalmente fijada. Se incide por esta vía en el fin más global de favorecer la distribución irregular de jornada, de ahí que se modifique el artículo 34.2 del ET.
- c) *La reducción del periodo de prueba* en contratos de duración determinada no superiores a seis meses –modificación del art. 14 ET.
- d) *La ampliación de 8 a 12 años* de la edad del menor al cuidado de un trabajador y que da derecho a este para pedir la reducción de jornada –art. 37.5 ET.
- e) *Inclusión de ciertas reglas de clarificación conceptual* –sector de actividad para el contrato de apoyo a emprendedores; grupo de empresas; conceptos cotizables.

2. BREVE CONCESIÓN A LAS «NOSTALGIAS» POR LA PÉRDIDA DE CALIDAD TÉCNICA DE LA LEY: ALGUNOS VICIOS DE UNA NUEVA «LEY PORTAAVIONES»

El Real Decreto-Ley 16/2013, pese a su aparente sencillez y reducida dimensión, no escapa a la crítica, quizás ya pura nostalgia doctrinal o mera «melancolía del esfuerzo baldío», que

⁵⁰ Vid. el artículo de opinión de REQUENA, A.: «El Gobierno exprime la reforma laboral limando más derechos a los trabajadores». En http://www.eldiario.es/economia/Gobierno-aprueba-vuelta-reforma-laboral_0_209279838.html. De interés también el artículo en <http://www.publico.es/490694/banez-reduce-a-cuatro-los-contratos-y-apuesta-por-la-precariedad-para-crear-empleo>

ya se ha hecho a la LGPE/2014, o a otras aquí analizadas, y otras anteriores y a las que seguro vendrán pronto.

Me refiero al cúmulo de vicios de técnica legislativa que las adornan –más bien desfiguran como producto legislativo coherente–, pues en este caso no solo se modifican –y/o derogan– preceptos (artículos, disposiciones adicionales y transitorias) de siete leyes y dos reales decretos, sino que, como ya estudiamos, se incide en una materia típica de la LPGE para 2014, los tipos de cotización para los contratos de duración determinada a tiempo parcial, cuando, ya aprobada, aún no ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado.

Las normas en vigor cuyos preceptos han sido modificados o derogados son:

1. Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET:
 - a) Artículo 12, apartados 4 y 5.
 - b) Artículo 14, apartados 1 y 3.
 - c) Artículo 34, apartado 2.
 - d) Artículo 37, apartado 5, primer párrafo.
2. [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral:
 - a) Artículo 4, apartados 2, 4, 5 y 9.
 - b) Artículo 7, apartado 2.
 - c) Disposición transitoria 8.^a, apartado 2.
3. [Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal:
 - a) Artículo 6, apartado 2.
 - b) Artículo 7, apartado 1.
 - c) Artículo 10, apartado 2.
4. [Ley 11/2013, de 26 de julio](#), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: artículo 9, apartado 2.
5. [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social: disposición adicional 16.^a, apartado 1.
6. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –LGSS–: a) artículo 109 y b) disposición adicional 7.^a, apartado 3.

7. [Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Y:

1. [Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.
2. [Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre](#), por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual: disposición transitoria 2.^a, apartado 2, párrafo segundo.

Respecto al Derecho Transitorio, cuestión jurídica siempre central para la tutela efectiva de la seguridad jurídica y hoy de especial actualidad en el ámbito de la reforma laboral, de nuevo por la reacción correctora de los tribunales de justicia, se precisa ahora que la regulación aplicable a los contratos vigentes es, en lo relativo a horas complementarias pactadas y periodo de prueba del contrato, la de aplicación de la normativa vigente en el momento de su celebración –disp. trans. única–. Si bien inmediatamente se acepta, lo que ya pone de manifiesto cuál es la voluntad real del legislador, que las partes modifiquen su contenido para adaptarlo a la nueva regulación del artículo 12.4 y 5 del ET. Por lo tanto, se hace disponible este régimen de transitoriedad en la principal novedad de la reforma, junto a la legitimación de una sub-modalidad de contrato a apoyo a emprendedores a tiempo parcial, y seguro que será de difundida aplicación, imponiéndose en gran medida como una cláusula o pacto sobrevenido. El intercambio, pues, *no es de flexibilidad por seguridad, sino flexibilidad por inserción ocupacional a toda costa*.

El «neo-lenguaje» tan ideologizado como funcionalista, típico de estas leyes de signo productivista sigue campando por sus fueros, y se plasma en expresiones como que la reforma laboral «ha contribuido a frenar el ritmo de destrucción de empleo», cuando la justificación de la reforma y el sacrificio de derechos laborales que impone parte de que ayuda a crearlo, no a frenar su caída, ahorrado «miles de despidos» (tesis también defendida por el Informe de la OCDE), y a «la moderación salarial». Un concepto este tras el que hay una realidad de miles de empresas con muy relevantes reducciones salariales, al margen de la polémica en torno a si se han reducido o no los salarios en España, siendo reconocida la rebaja por la estadística europea oficial.

Un neo-lenguaje que llega al máximo cuando se califican de «ajustes menores en la normativa laboral», pues no solo contradice su propia razón de ser como instrumento para «potenciar la contratación estable y la empleabilidad de los trabajadores», que debería ser un objetivo central, sino que la propia EM califica las novedades en materia del contrato de empleo a tiempo parcial como «importantes cambios en materia de tiempo de trabajo». Entonces ¿es importante para ayudar a crear empleo o es menor y, en consecuencia, de poco gancho para que los empleadores se interesen por ellas?

Y para rematar el cúmulo de dislates, se hace énfasis en la norma legal sobre la trascendencia de las reformas no normativas. Unas porque tienen un carácter solo de gestión administrativa –la

tan traída y llevada simplificación de modalidades, pasando de las eventuales 42 a las prometidas 4, anunciándose igualmente un «asistente virtual», en la línea de favorecer la gestión informática y unitaria, según la lógica de la Ley de Emprendedores y la Ley de unidad de mercado, pero que de momento no existe—. Y otras porque son de futuro: el mandato concedido, de nuevo –ya se intentó con el polémico RDL 20/2012– al Gobierno, para reordenar todos los incentivos sociales al empleo, y situarlos en una única norma. Como veremos, esta referencia no es baladí para intentar entender la reforma, porque, respecto a la simplificación, se introducen algunos cambios textuales en el artículo 12 del ET que responden a esa idea, cuando no se reducen modalidades (pues la ley no solo prevé las mismas sino que las incrementa con sub-modalidades), sino «modelos de contratos», lo que es muy diferente. Además, si la reordenación de incentivos es tan importante para la seguridad jurídica de las pymes ¿por qué se vuelve a aplazar, por el Gobierno, perjudicando posibilidades de más contratos? Al tiempo que silencia el reducido éxito de algunos de los incentivos de la reforma de 2012, como prueba que se hagan más contratos sin incentivos.

Pero el *vicio o anomalía de las contradicciones*, en este caso de política jurídica, que lleva a una inestabilidad reguladora que perjudica la credibilidad de las reformas, halla una singular expresión en la recuperación de una regla prohibitiva, la de realizar horas extraordinarias en un contrato a tiempo parcial, lo que carecía de sentido, cierto, cuando fue el Gobierno actual quien la eliminó –dada la supresión de tales horas, es obligado modificar la LGSS para derogar de manera expresa el apartado 3 de la disp. adic. 7.^a–. ¿Es pura historia legislativa?

Tal contradicción no es pura historia, porque ahora se introduciría una nueva figura, las «horas suplementarias», de cumplimiento estrictamente voluntario y de adición a las «horas complementarias», de cumplimiento conforme a lo convenido, que persiguen obtener un resultado análogo a las horas extraordinarias. Eso sí, ahora este tiempo adicional será más barato, por retribuirse como la jornada ordinaria. Además, dentro de la lógica interna de aumento de la flexibilidad como atractivo para crear empleo, ¿qué fiabilidad tiene para el empresario unas horas que son de cumplimiento libre para el trabajador, cuando lo que él busca es poder imponer estas variaciones, a fin de tener certeza real de su efectividad y su utilidad a fines productivos?

Como criticable es el vicio de justificar como urgente necesidad, siguiendo a pie juntillas formalmente lo previsto por la doctrina constitucional, aspectos que no hay posibilidad racional de integrar en tales situaciones, dedicando páginas enteras del BOE a una pura tautología, concluyendo siempre la urgencia presupuesta. Por ejemplo, ¿la comentada modificación de algunos conceptos cotizables a efectos de Seguridad Social (art. 109 LGGS) es una materia de extraordinaria y urgente necesidad para lograr o asegurar la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social, como pretende persuadirnos la EM de la ley? O ¿es posible hacernos creer que era urgente, tras décadas de mantenerlo como estaba y no haber aumentado la corresponsabilidad en este tiempo, para potenciar la conciliación de la vida familiar y laboral, el paso de 8 a 12 años del menor a cargo para solicitar la reducción de jornada? ¿La aclaración de ciertos conceptos, como el de «sector de actividad» para el contrato de apoyo a los emprendedores, o «el de grupo de empresas» a efectos de aportación al Tesoro, que se limita a remitir al artículo 42 del Código de Comercio, son necesidades urgentes? El voluntarismo del Gobierno-legislador es tan extre-

mo que raya en el sarcasmo, pues en el preámbulo se deja constancia de que el crecimiento del empleo lo será a medio plazo y con una tasa ínfima. Además, ¿cómo justificar urgente necesidad de introducir nuevos incentivos de carácter económico cuando la estadística oficial nos revela la preferencia empresarial por los contratos no bonificados, ante las muchas limitaciones subjetivas y los elevados controles que propiciarían⁵¹?

3. LA NOVEDAD PRINCIPAL: LA PROMOCIÓN DE LA FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DEL FOMENTO DEL CONTRATO DE EMPLEO A TIEMPO PARCIAL

3.1. El enfoque general de la nueva regulación del empleo a tiempo parcial: ¿un ejemplo de «flexi-seguridad» a la española?

Según una lección de experiencia, la que aportan los países con más incidencia del trabajo a tiempo parcial –por lo general indefinido–, antes que flexibilizar el régimen del empleo parcial hay que asegurar una equitativa protección social. Pues bien, una vez que cierta mejora de esta se ha logrado recientemente, cierto que a regañadientes y por imposición de la jurisprudencia comunitaria –luego se sumó al carro la constitucional: «a buenas horas mangas verdes»⁵², tratando de legitimar esta forma de empleo entre los trabajadores, cuya mayoría la rechaza, toca el turno de flexibilizar su régimen para hacerlo atractivo a los empleadores. Se busca, desde una perspectiva de gestión empresarial flexible, imperativo elevado ahora a principio general por la actual mayoría del TS –*vid. STS, Sala 4.ª, de 20 de septiembre de 2013*–, que el contrato parcial incorpore mayores márgenes de disponibilidad empresarial del tiempo laboral.

De este modo, el presupuesto político-jurídico de la nueva regulación es la existencia de una rigidez, pretendida –la realidad estadística dice que existe un uso más significativo del empleo parcial y con posibilidad de jornadas muy diversas, residuales o más extensas– o real, del régimen precedente. Cierto, no se acepta la propuesta de la organización patronal –CEOE– de hacer obligatorio para el trabajador el cambio de un empleo indefinido a otro parcial, pues se quiere mantener, según el «juego cal y arena» o de formales equilibrios tan típico de estas leyes, como hemos evidenciado en varios momentos de este estudio, o conforme a esa fórmula mágica de la

⁵¹ Este voluntarismo no suele pasar «la prueba de los hechos». La explicación de que la posibilidad de realizar un contrato indefinido a tiempo parcial como medida de apoyo a emprendedores, y la aplicación de incentivos a la contratación también en este supuesto, hace necesaria que la modificación opere con carácter inmediato «para que las pymes puedan acogerse a dichos incentivos y aumentar estas contrataciones lo antes posible».

⁵² En el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, en este momento en trámite como proyecto de ley, lo que augura algunas novedades, seguro, de inmediato, sea en el ámbito social sea en el laboral, metido también de rondón para dar otra vuelta de tuerca más a la reforma laboral. Son ya tantas las vueltas de tuerca que la amenaza de trasroscarse es manifiesta.

«flexi-seguridad», la apariencia de «un adecuado equilibrio entre flexibilidad y control». El objetivo sería un régimen más simplificado «*para una composición de las plantillas laborales adaptada a las circunstancias económicas y productivas*» y «*conforme a la Directiva comunitaria*».

No debe infravalorarse esta referencia del preámbulo a la [Directiva 97/81/CE](#), del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, pues conocido es que, hasta ahora, en las sucesivas reformas laborales desde 2012 se había prescindido de esta referencia y esa ha sido, precisamente, una de las bazas principales de los tribunales para contestarlas. Aquí el Gobierno-legislador parece haber aprendido la lección, al menos formalmente, y se «pone la venda antes de la herida», tratando de desactivar una eventual réplica judicial, de ahí que repare en dar fundamento comunitario –e internacional– a esta reforma. Como se verá, una cosa es la pretensión y otra muy diferente el logro efectivo al respecto, pues algunos aspectos ofrecen serias dudas de adecuación comunitaria.

En todo caso, en este contexto de funambulismo regulador, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 16/2013 está dedicado, como ya se anticipó, al «fomento» del empleo a tiempo parcial, así como de la «flexibilidad en el tiempo de trabajo». Estamos en tal caso, pues, en la recurrente instrumentación de dos instituciones laborales al servicio de la política activa de fomento de empleo, en este caso a tiempo parcial:

- a) La contratación.
- b) La ordenación del tiempo de trabajo.

3.2. La redistribución del poder regulador del empleo parcial: debilitamiento de la autonomía colectiva sectorial y reforzamiento de la autonomía privada

Nos ocupamos ahora de los cambios en el artículo 12 del ET. Concretamente, se modifican sus apartados 4 y 5. En este epígrafe nos centramos en los del apartado 4, dejando para el siguiente los del apartado 5 (horas complementarias). En el apartado 4, algunos de los cambios textuales, esto es, del redactado del precepto, apenas tienen relevancia práctica, ya sea por omisión, como es la desaparición de la referencia a la necesidad de formalización del contrato en modelo oficial, ya sea por inclusión, como la llamada expresa a la distribución de la jornada ordinaria parcial a lo dispuesto por convenio colectivo. De un lado, el primer inciso de la letra a) del artículo 12.4 del ET rezaba del siguiente tenor literal: «El contrato, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito, *en el modelo que se establezca*». Esta última referencia es la que ha desaparecido del texto y ¿con él el modelo oficial propio de contrato a tiempo parcial?

Recuérdese que la propia EM llama la atención sobre la simplificación intentada en la gestión administrativa, reduciendo de 42 a 4 los «modelos de contratos», sin que se haga referencia al contrato a tiempo parcial. Ahora bien, a mi juicio, esta opción no tiene sentido alguno. Diluir las especialidades del trabajo a tiempo parcial en el modelo bien del trabajo temporal bien del

contrato de trabajo indefinido es más apariencia o artificio que realidad. A mi entender, se trata realmente de una más de las muchas deficiencias técnicas derivadas de la improvisación de todas las reformas de este tipo. Queda claro que no quedará eliminado este modelo oficial, menos ahora que pretende utilizarse más, sino que deberá adaptarse a la simplificación prometida.

De otro lado, el inciso final de esta misma letra a) del artículo 12.4 del ET prevé que en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, «*así como su distribución, según lo previsto en convenio colectivo*». La previsión es igualmente sorprendente y causa perplejidad, pues un entendimiento literal del texto llevaría a la imposibilidad de contratar por esta modalidad si no hay previsión expresa convencional, lo que resultaría un sinsentido más, dado que la finalidad de la reforma es aumentar su utilización en el mercado de trabajo español y por los empresarios empleadores. En consecuencia, más allá de una loable llamada a la colaboración de la negociación colectiva, que puede entenderse como un mensaje de confianza en su utilidad productiva y ocupacional, al margen de que el reclamo lo sea a cualquier unidad convencional, habrá que interpretar la regla de remisión o reenvío legal a la regulación convencional como régimen preferente, pero no exclusivo, de modo que en defecto de regulación pactada habrá que acudir al pacto entre empresario y trabajador, con respeto en cualquier caso a los límites de la jornada diaria y semanal y a las demás reglas fijadas en la normativa reguladora.

La jornada diaria en el empleo a tiempo parcial podrá realizarse de una forma continuada o bien partida. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la propia de los trabajadores a tiempo completo y esta se realice de forma partida, solo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio. Pues bien, en la anterior redacción sí había también remisión convencional pero a ciertas unidades negociadoras, en particular, a la sectorial estatal, de forma preferente, y de no existir esta o no decir nada al respecto, a la de sector inferior.

Ahora, la nueva redacción, coherente con el favor por el modelo de negociación descentralizada y de favor hacia la empresa, elimina la referencia a la unidad. En consecuencia, deja abierta la regulación a cualquier unidad negociadora y el convenio colectivo que puedan alcanzar en ella.

Pese a la aparente reconciliación con la negociación colectiva a la que apuntaba el nuevo inciso final incluido en la letra a) del artículo 12.4 del ET, realmente la reforma sigue el camino de devaluación de la autonomía colectiva emprendido por la reforma originaria, pues no solo abre la regulación a la intervención pactada de las partes para regular algunas cuestiones con prioridad a lo que dispone el texto legal, sino que elimina toda referencia contenida a los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Ahora, todas las menciones son al «convenio colectivo» sin mayor especificación⁵³, perdiendo preferencia jurídica la vía sectorial, más teniendo en cuenta la prioridad aplicativa del convenio de empresa prevista en el artículo 84 del ET.

⁵³ Otros ejemplos de esta devaluación de la preferencia reguladora del convenio sectorial se encuentra en el hecho de que la posible movilidad en el trabajo a tiempo parcial (paso de un contrato a tiempo parcial a tiempo completo, o al

En la letra c) del artículo 12.4 del ET, según la redacción anterior a la reforma 2013, los trabajadores a tiempo parcial podían realizar horas extraordinarias, en número que fuese proporcional a la jornada prevista. La reforma elimina esta posibilidad, como se dijo también, y vuelve al modelo prohibitivo anterior a la modificación de 2012, con lo que estamos ante una suerte de «auto-contrarreforma», pues el Gobierno se enmienda a sí mismo. En consecuencia, «los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3 del ET» –horas por fuerza mayor⁵⁴. Eso sí, claro está, podrán hacer horas complementarias, que ahora se aumentan notablemente, si bien, respetando la regla de coherencia lógica ya prevista anteriormente, la suma total de horas, «incluidas las previamente pactadas y las voluntarias», no podrán exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial, según se prevé en la delimitación del apartado 1 del artículo 12 del ET –jornada inferior a la de un trabajador comparable del sector.

La desnaturalización del contrato a tiempo parcial que supuso el reconocimiento de la posibilidad de horas extraordinarias se neutraliza ahora, si bien ese riesgo no desaparece en absoluto ante la notable ampliación que se produce de la posibilidad de las «horas complementarias», cuyo régimen se flexibiliza mucho. Para ello, como veremos, no solo se *aumenta el porcentaje máximo permitido* respecto de la jornada ordinaria –pasa del 15 al 30%– sino también se prevé un novedoso *pacto novatorio aditivo* en la nueva letra g) del artículo 12 del ET. La pretendida rigidez que pudiera derivarse de esta supresión de horas extraordinarias se compensa con creces, como se dijo, con la mayor libertad de pactos en las complementarias.

Se mantiene la regulación, no obstante la presión empresarial para que así no continuara, relativa al carácter estrictamente voluntario de la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, sin posibilidad de que pueda ser impuesto de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) artículo 41 del ET. Para reforzar este principio jurídico inspirador de la regulación de esta modalidad se reconocía expresamente, como técnica de protección, la garantía de indemnidad: el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52, c) del ET, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –también en el art. 47 ET.

Pero que no sea exigible no quiere decir que resulte recomendable esta forma de movilidad contractual, como factor de «empleabilidad» de los trabajadores. Por eso, a fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario tiene un deber de informar a

revés, y aumento de las horas trabajadoras en un contrato de esta naturaleza) podrá llevarse a cabo de conformidad con lo previsto en cualquier convenio colectivo (y no necesariamente sectorial) que sea de aplicación, y también en el marco convencional regulador del desarrollo de la carrera profesional del trabajador; igualmente, la posibilidad de pasar de un contrato a tiempo completo a otro a tiempo parcial por razones familiares o formativas.

⁵⁴ «3. No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias».

los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquellos puedan «formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial». Para ello, se remitía, y se remite, a los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo, a cualquiera, frente a la remisión precedente, como se dijo, a los de sector estatal o, en su defecto, de ámbito inferior.

Pues bien, en la normativa anterior, a fin de asegurar la reversibilidad de esta decisión de conversión en trabajador parcial, que el empleador estaba obligado a aceptar, «en la medida de lo posible», se preveía una preferencia de retorno para ellos al trabajo a tiempo completo, si había vacante a tal fin claro⁵⁵. Digo se preveía porque esta preferencia ha desaparecido del texto legal. Por lo tanto se erosiona legalmente esta garantía de reversibilidad de la decisión pactada en torno a convertirse en trabajador a tiempo parcial, con lo que se introduce una regla de rigidez en este caso a favor del empleador y en contra de los intereses de los trabajadores, que no gozarán ya de esa preferencia de retorno al trabajo a tiempo completo.

Por consiguiente, tal garantía de movilidad, de ida y vuelta, quedará ahora a merced de la regulación del convenio colectivo que sea de aplicación, que ya no será el sectorial, sino cualquiera, o en su defecto, es evidente que lo será el pacto o acuerdo de empresa que se suscribiera por las partes, con lo que la autonomía individual gana también aquí espacios. Un protagonismo mayor de la autonomía privada, por tanto del pacto contractual, difícil cuando se trata de situaciones con tan desigual o asimétrico poder negociador, si se tiene en cuenta que también ha desaparecido la letra g) del artículo 12.4 del ET, según la cual, los convenios colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, podían establecer «*requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas*».

No obstante, una vez más, esta eliminación de la llamada legal tanto al fin –la conciliación de los intereses laborales– como a la fuente –la negociación sectorial–, no significa que no pueda incluirse por pacto, colectivo o individual. Pero sí nos dice mucho de la real –escasa o nula– preocupación que tiene el Gobierno-legislador por el derecho-principio de conciliación de la vida laboral y familiar, por encima de las recurrentes apariencias confesadas en el «preámbulo cuento», tantas veces aquí ya denunciado.

⁵⁵ Se preveía de manera expresa así que: «*Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que... soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia tendrán los trabajadores que, habiendo sido contratados inicialmente a tiempo parcial, hubieran prestado servicios como tales en la empresa durante tres o más años, para la cobertura de aquellas vacantes a tiempo completo correspondientes a su mismo grupo profesional o categoría equivalente que existan en la empresa.*»

3.3. De las «horas complementarias» a las «horas suplementarias»: ¿hacia el reconocimiento legal del judicialmente contestado «empleo a llamada»?

Junto al apartado 4, se introducen notables modificaciones en el apartado 5 del artículo, relativo a la regulación de la singular figura de las «horas complementarias». De nuevo, la primera novedad es omisiva, como en el apartado anterior, y responde a un eje general de esta nueva reforma, el debilitamiento de la negociación colectiva sectorial, por cuanto no se hace ahora remisión o reenvío alguno al régimen eventualmente existente en los convenios sectoriales, estatales o de ámbito inferior, a diferencia de lo que sí sucedía en la anterior redacción, en la que aparecía la regulación convencional como régimen subsidiario de la ley. Es evidente que con ello se quiere, de nuevo, dejar más espacio a la autonomía individual, sin perjuicio de las remisiones concretas que hará, de modo específico y con algunos límites de mínimos indisponibles para el convenio colectivo, en las siguientes reglas que integran esta regulación.

La segunda novedad también es de eliminación y coincide igualmente con otra citada ya respecto del apartado 4 y es la incomprensible ausencia de remisión legal al modelo oficial elaborado al efecto. Ahora solo se establece por ley el carácter escrito de este pacto, originario o sobrevenido, específico de jornada complementaria, pero se omite la remisión al modelo oficial. Como en el caso anterior, parece claro que sí lo habrá y que esa ausencia no quiere decir que ahora baste cualquier forma escrita para validar o dar eficacia a ese pacto, pues sería un contrasentido respecto de la lógica general de la reforma. La formalización en modelo oficial ofrece mayores garantías jurídicas de transparencia y esta es un presupuesto de la seguridad jurídica, clave perseguida, si nos creemos algo de lo que dice la EM, con la nueva reforma.

La tercera novedad del párrafo 5 es mucho más señera y trascendente. Y ello es así porque, a mi juicio, deja completamente al desnudo la verdadera voluntad legal con esta reforma: flexibilizar su uso, con pérdida de derechos de estabilidad laboral, como vía para promover que los empresarios hagan más contrataciones. Una vez más se evidencia la primacía del objetivo de la inserción a toda costa, dando igual que sea a tiempo determinado –temporal– o a tiempo indefinido –estable–, basta con que tenga un mínimo de horas semanales –10 horas a la semana y en cómputo anual.

En efecto, en la anterior redacción solo era posible el pacto de jornada complementaria en los contratos de duración indefinida, por lo tanto, la flexibilidad horaria se compensaba con mayor estabilidad laboral. De este modo, a cambio de tener ese margen mayor de disposición de tiempo de trabajo el empleador aseguraba la contratación indefinida, pues sin esta no había aquella. Sin duda esa regla sí era expresión de la ambivalente «flexi-seguridad»: el trabajador perdía seguridad laboral por la mayor flexibilidad horaria, pero ganaba en estabilidad del vínculo laboral. Pues bien, la actual regla, también inspirada en ese valor del equilibrio entre flexibilidad y seguridad laborales, quebraría sobremanera tal transacción, pues ahora basta con que el empleo a tiempo parcial lo sea «con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual».

Por tanto, de un lado, tal pacto complementario puede serlo también en contratos de empleo temporal. De otro, bastará con la formalización de un contrato que permita determinar con preci-

sión que (excluido el periodo vacacional de 30 días) el trabajador a tiempo parcial debe realizar un mínimo de 480 horas anuales, con la distribución que acuerden las partes y que solo tendrá los límites en materia de jornada y descansos del descanso diario, las pausas en jornadas continuadas, el trabajo nocturno, y el descanso semanal. Es decir, todo lo demás es negociable libremente por las partes, con lo que tan solo la fijación de ese número mínimo de horas pactadas –piénsese que es tan solo el 25 % de la jornada ordinaria normal– es lo que permitirá el acceso a la formalización de pactos de horas complementarias en todos los contratos, al margen de su duración. Finalmente, debe recordarse, como vimos al estudiar la LPGE/2014, que los contratos temporales de empleo parcial tienen una reducción de un punto en la cotización por desempleo –disp. adic. 1.ª RDL 16/2013–. Por tanto, a mi entender, el pacto **transaccional que antes normalizaba el ET ahora se pierde, en detrimento del trabajador y a favor del empresario, eso sí, con la abstracta –y verde– esperanza de una mayor empleabilidad a tiempo parcial.**

El cuarto grupo de novedades que presenta esta regulación legal es igualmente trascendente e incide en esa mayor flexibilidad de gestión interna de esta forma de empleo buscada de propósito por la reforma. Se trata, por un lado, de la duplicación del porcentaje de jornada complementaria permitida, que pasa del 15 al 30 % de exceso sobre las horas ordinarias.

De otro lado, este porcentaje máximo adicional de jornada no es disponible para la autonomía colectiva que, en consecuencia, tan solo podrá disponer al alza del mismo, con lo que el empleador se asegura un espacio de libertad de gestión blindado frente al convenio colectivo, nuevamente a todo convenio y no solo a los sectoriales, que solo podrá aprobar otros porcentajes máximos, fijados entre ese mínimo del 30 y un máximo del 60 % de la jornada ordinaria *ab initio*. Este límite máximo absoluto coincide con el anterior. Estamos, pues, ante *una nueva manifestación de un orden público laboral invertido*: el convenio solo puede mejorar la regulación mínima a favor de su mayor flexibilidad no en detrimento de ella.

Pero no acaba aquí este grupo de novedades asentado claramente en el eje del incremento de la flexibilidad, eso sí, pactada contractualmente, no colectivamente. Ahora sí solamente en los contratos de duración indefinida a tiempo parcial, siempre que su jornada inicial sea superior a 10 horas semanales en cómputo anual, la ley ofrece una segunda oportunidad de formalización adicional de horas complementarias en el empleo parcial. Este sub-tipo de horas adicionales, pese al aparente carácter de límite absoluto otorgado en la letra g) del apartado 5 del artículo 12 del ET, se suman a las mencionadas con anterioridad ya que la dicción del segundo párrafo es inequívoca: «estas horas complementarias no se computarán a efectos de los porcentajes de horas... pactadas que se establecen en la letra c)». Se trata, a mi entender, más bien de «*horas suplementarias*», con un régimen parcialmente diferente al relativo a las horas complementarias, si bien conciliable, acumulable.

En otros términos, la facultad de disponer de un límite máximo legal que se niega a los convenios colectivos, sí se otorga al pacto de autonomía individual, de modo que, sin remisión alguna a eventuales requisitos que pudieran establecerse en convenio colectivo, se permite al empresario proponer al trabajador la realización de horas adicionales «en cualquier momento», con un máximo del 15 % sobre las horas ordinarias, y posible ampliación al 30 % vía convenio. El resultado

será, de mediar este *pacto de horas suplementarias*, de pura adición al de horas complementarias, y la concurrencia de la flexibilidad convencional –puede solo incrementar el porcentaje, no reducirlo–, el reconocimiento de la facultad empresarial de acuerdos individuales que, en un contrato indefinido, podrían llegar a ser del 90% de las horas ordinarias, esto es, *el empleo inicialmente parcial se convertiría en empleo cuasi a tiempo completo*.

En consecuencia, y confirmando la contradicción reguladora que revelamos al inicio, la elevada flexibilidad introducida para la realización de horas complementarias –y suplementarias–, compensa con creces la supresión de las horas extras [y además abonadas con idéntica remuneración que las horas ordinarias, letra j), invariada]. Sin embargo, la valoración que hay que hacer en este caso, si se atiende solo a esta regla, no a otras que comentaremos de inmediato, es positiva, al menos en términos de razonabilidad. Primero, porque esta posibilidad se otorga tan solo en los contratos de duración indefinida; aquí el legislador sí logra una compensación o equilibrio entre la mayor flexibilidad que recibe el empresario y la mayor estabilidad que presupone. Segundo, se otorga al trabajador la facultad de desistir libremente de ese pacto de horas suplementarias, pues, a diferencia del pacto de horas complementarias, que solo puede dejar de cumplirse si no se respetan por el empleador las reglas pactadas –letra f), *in fine*–, individual o colectivamente acordadas, las «*horas suplementarias*», que no tienen que formalizarse por escrito, son estrictamente voluntarias para el trabajador, con garantía de indemnidad absoluta para la negativa a aceptarlas –letra g), *in fine*.

El problema aquí surgirá para el empleador, pues la norma consagra una gran incertidumbre sobre la suerte del pacto, expreso o tácito –la norma, a diferencia del acuerdo o pacto de las horas complementarias, no exige pacto escrito, tan solo oferta de las mismas por el empleador y aceptación por el trabajador–, que puede quedar en letra muerta si el trabajador no quiere realizarlas, sin exigir preaviso alguno. Tampoco queda claro en la ley si este tipo de horas han de registrarse día a día, pues la letra h) refiere únicamente a la jornada ordinaria y a la complementaria, pero no hace mención expresa de las «*horas suplementarias*», que la ley llama ambiguamente «*complementarias de aceptación voluntaria*» –todas las horas complementarias son de aceptación voluntaria porque requiere pacto expreso, con lo que el legislador es, de nuevo, poco afortunado ya en su denominación–. La autonomía privada y la colectiva, sin jerarquía entre ellas en este punto, tienen un abonado campo para la precisión de este régimen, que en la ley queda demasiado en el aire, también en detrimento del empleador que, por tanto, no se va a sentir preocupado por el mismo si no tiene la seguridad jurídica sobre su régimen y su cumplimiento. En consecuencia, hay razones para dudar de su efectividad como reclamo para incrementar el empleo parcial.

Cierto, la finalidad de la conciliación de la vida laboral y familiar, reconocida en el preámbulo-cuento sufrirá en tales casos, por cuanto se incrementa notablemente la jornada, con lo que la virtualidad presupuesta al empleo parcial de compatibilizar con más facilidad trabajo y responsabilidades familiares –o incluso formativas, u otro tipo de intereses personales– se desvanece o disminuye en gran medida. Ahora bien, no más que para el resto de los trabajadores a tiempo completo. El verdadero problema a tal fin, para hacer creíble mínimamente el objetivo de la conciliación, es que la ley ha reducido extraordinariamente el plazo de preaviso de estas horas complementarias, ¿y también de las suplementarias?, pasando de 7 días a solo 3 días –letra d) art. 12.5 ET.

Más aún. De nuevo, el legislador concibe la autonomía colectiva como una vía para aumentar la flexibilidad laboral, y por tanto la productividad empresarial, pues sí va a permitir al convenio colectivo –por enésima vez cualquiera, no solo sectorial– una libertad de disposición del plazo mínimo –casi pírrico– de preaviso, pero únicamente para reducirlo: «... con un preaviso de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior». Se confirma una vez más la consolidación de este nuevo *tipo de reglas de Derecho necesario relativo, mejorables a favor solo del empleador*. Este tipo de normas fijan un mínimo indisponible para el convenio *in mejus* para el trabajador, pues solo es superable por el convenio para la protección del interés a la flexibilidad de la gestión interna del empleador, *in pejus*, pues, para los derechos y los intereses, incluso constitucionalmente protegidos, del trabajador –ejemplo de nuevo orden público laboral productivista u orden público laboral socialmente invertido.

En suma, para el pacto de horas complementarias, no así para el de horas suplementarias, que es de absoluta disponibilidad para el trabajador, la ley conforma un estatuto laboral de puesta a disposición del trabajador, no identificable pero sí muy próximo, al «*contrato a llamada en interés empresarial*», ansiado por el empleador pero, en ciertas condiciones, abusivo para el TS. Ciertamente, la disponibilidad aquí no es unilateral, presupone pacto, pero la desigualdad real de posiciones reduce la utilidad de esa garantía. De ahí mi duda sobre su adecuación a la legalidad supra-estatal⁵⁶.

Finalmente, hay que reseñar que ninguna modificación legal se ha producido en la regulación vigente en torno al control y garantía de transparencia de la jornada del trabajador a tiempo parcial, tanto ordinaria como complementaria. La letra h) del artículo 12.5 del ET, recogiendo un régimen análogo al previsto por el artículo 35.5 del mismo texto legal para la jornada extraordinaria, garantiza el conocimiento por el trabajador, y en interés para la autoridad administrativa laboral encargada de velar por el cumplimiento de la normativa laboral también, de las horas trabajadas en un contrato a tiempo parcial. A tal fin se establece el deber empresarial de registrarse día a día y con totalización mensual, regulándose el derecho del trabajador contratado a disponer de una copia de ese registro, junto con el recibo del salario, con expresa mención a que el registro deje constancia de todas las horas, «tanto las ordinarias como las complementarias» ¿y de las suplementarias?

En todo caso, es obligación empresarial, en términos análogos a la prevista para los documentos de cotización a la Seguridad Social, de conservar durante un periodo mínimo de cuatro años «los resúmenes mensuales de los registros de jornada». Se trata de obligaciones administrativas cuyo incumplimiento (una vez así confirmado por la actuación de la ITSS) presumirá la celebración a jornada completa del contrato de empleo inicialmente a tiempo parcial. Una presunción *iuris tantum* porque admite «prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios» –letra h), *in fine*–. La excepción al deber de registrar la jornada de los contratos a tiempo parcial afecta al personal al servicio del hogar familiar. Para ello se procede a la modificación necesaria

⁵⁶ Aunque hay algunos ejemplos de legitimidad condicionada en el Derecho comparado: en la legislación alemana (*Arbeit auf Abruf*). Vid. ARUFE VARELA, A.: «La regulación de los contratos a tiempo parcial... en Alemania...», en *AFDUDC*, 11, 2007, págs. 71-80. También existe en el Derecho chileno: artículo 40 bis C CdT.

del artículo 9, del [Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar –disp. final 5.ª RDL 16/2013–. A tal fin, se incorpora un nuevo apartado 3 bis que lo dispone de tal modo, de una manera expresa.

Tampoco se introduce novedad sustantiva alguna en el régimen legal previsto para la renuncia por el trabajador del pacto de horas complementarias. No obstante, sí presenta un par de cambios de redacción, de desigual relieve. Intrascendente es el cambio de letra que lo regula. Antes era la letra g) y ahora es la letra e). Algo de mayor relevancia tiene la eliminación, en el segundo supuesto –necesidades formativas– que habilitaría al trabajador para renunciar al pacto de horas complementarias, de la regla de remisión a la regulación reglamentaria del modo de ejercer la renuncia.

4. EL NUEVO INCENTIVO AL CONTRATO FORMALMENTE INDEFINIDO PERO FUNCIONALMENTE TEMPORAL DE APOYO A EMPRENDEDORES: LA SUB-MODALIDAD A TIEMPO PARCIAL

El Gobierno-legislador no se ha limitado a promover la flexibilidad, tanto en el momento del acceso al empleo como en el de la gestión interna ya contratado, del tiempo de trabajo a través de una importante reforma del régimen general del empleo parcial. También, si bien ahora solo en la flexibilidad de acceso, la de entrada, ha dado carta de naturaleza a una nueva sub-modalidad –se eliminan los modelos de contrato pero se multiplican las sub-modalidades, lo que revela una contradicción adicional–, de contrato formalmente indefinido. En efecto, el artículo 2 del Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora nuevas modificaciones en la normativa sobre una de las modalidades del contrato de trabajo por tiempo indefinido como medida de apoyo a los emprendedores, la recogida en el artículo 4 de la [Ley 3/2012](#) procediendo a cambios nada menos que en cuatro de sus apartados: 2, 4, 5 y 9. En todo caso, la principal novedad se localiza en la posibilidad de formalizar tal contrato en una sub-modalidad a tiempo parcial, y no solo a tiempo completo tal como estaba previsto anteriormente.

De nuevo asistimos a un viraje de la transacción normativa entre la flexibilidad y la seguridad. Antes, la localizaba el legislador en el intercambio de un periodo de prueba larguísimo, un año, a cambio de asegurar que la jornada sería, en todo caso, a tiempo completo. Pues bien, ahora el legislador, desequilibrando la regulación más, le ofrece al empleador una segunda línea de flexibilidad para hacer más atractivo este contrato, lo que en cierto modo significa un reconocimiento de sus limitaciones en la versión originaria, de ahí que ahora quiera dar un paso más, utilizando la cláusula de parcialidad, concurrente o acumulada a la de libre desistimiento en el periodo de prueba de un año. Este nuevo incentivo contractual para el fomento de la contratación por esta vía no perjudicará el derecho de los empleadores a acceder a los incentivos fiscales y las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, solo que en ambos supuestos «se disfrutará de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato» –art. 4.4 y 4.5 Ley 3/2012⁵⁷.

⁵⁷ La regulación de incentivos obliga a modificar la normativa supletoria de aplicación, para incorporar la referencia al artículo 2.7 de la [Ley 43/2006](#), que regula las bonificaciones en las cuotas empresariales cuando el contrato, indefinido o temporal, se formaliza a tiempo parcial –apdo. 9.

Como se advirtió al inicio de este análisis, es llamativo que el legislador siga apostando por esta modalidad de contratación formalmente indefinida bonificada, en un momento en el que la estadística no solo revela un uso mayor del no bonificado, sino que la doctrina judicial ha contestado la legitimidad supra-legal de este contrato. La *mediática SJS, n. 412/2013, de 19 de noviembre, dictada por la magistrada-juez del Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona*, ha declarado ilegal el periodo de prueba de un año, por contradecir radicalmente una norma de rango superior, más concretamente el artículo 4.4 de la Carta Social Europea y el principio de proporcionalidad que exige, en la lectura o interpretación constante realizada por la «jurisprudencia» del Comité Europeo de Derechos Humanos que asume la función de interpretarlo. Sin perjuicio de la remisión que desde este momento hacemos al comentario realizado a la misma en la sección «Diálogos con la Jurisprudencia» de este mismo número, su referencia bastará para poner de manifiesto la trascendencia de la regulación supra-legal para dar coherencia a un ordenamiento jurídico, que no es disponible tan alegremente por la ley «nacional».

5. OTRA MANIFESTACIÓN DE FUNAMBULISMO REGULADOR: LA REDUCCIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA DE LOS CONTRATOS TEMPORALES DE MENOR DURACIÓN

Pero en este difícil juego de equilibrios en el alambre, las «de cal, siempre llevan arena», y viceversa. Solo así se comprende la segunda modificación del ET por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 16/2013, que corresponde a la regulación de esta institución, hoy tan en el ojo del huracán, el periodo de prueba, esto es, del artículo 14 del ET. El cambio legal, de evidente menor relevancia, normativa y práctica, que el realizado en el empleo a tiempo parcial, tiene un sentido contrario al efectuado, indirectamente, en este mismo precepto por la reforma laboral originaria, como acabamos de ver. Si en ella, para el contrato de apoyo a emprendedores, se fijó un periodo de prueba de un año, además indisponible para la autonomía colectiva, al menos la sectorial, ahora se rebaja para los contratos temporales de menor duración –menos de 6 meses.

En efecto, el plazo máximo de tal periodo para los contratos temporales *ex* artículo 15 del ET de duración no superior a seis meses se fija, como regla general, en solo un mes. En principio, la novedad merecería valoración positiva, por su signo tuitivo, e incluso de estricta racionalidad jurídica y social, pues con esta notoria limitación del periodo de prueba se evitaría que en algunos contratos de corta duración tal periodo casi coincidiera con el de la duración del contrato, en especial para el personal técnico titulado, con lo que se desnaturalizaría este periodo de prueba, convirtiéndolo en una vía para mutar el carácter causal de la extinción –bien por la llegada del término, bien por la alegación de una causa extintiva ante *tempus*–, en libre –desistimiento–. Ahora bien, un análisis detenido de la reforma hace que haya poco motivo para el optimismo.

Asimismo, dado que la compatibilidad del 25% de la prestación por desempleo que tenga reconocida el trabajador contratado, junto con el salario que perciba, solo se prevé para la prestación laboral a tiempo completo, la reforma remite, en el caso de contratos a tiempo parcial, a las disposiciones generales previstas en la LGSS y normas de desarrollo para su compatibilidad con las prestaciones o subsidios por desempleo –nuevo último párrafo del art. 4.4 Ley 3/2012.

Primero, porque el legislador considera por completo disponible para la autonomía colectiva tal periodo reducido, de modo que bien se puede ampliar o bien reducir, sin límite en este caso de disponibilidad, salvo, claro está, la prohibición de abuso de derecho. El segundo nuevo párrafo del artículo 14.1 del ET configura como una norma de derecho dispositivo este régimen legal de prueba temporalmente limitada, pues tal periodo «no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo». Por tanto, se contempla la posibilidad de que los periodos sigan siendo más elevados. Segundo, porque tal limitación del periodo de prueba ya era, por su carácter disponible, posible en la regulación. En cualquier caso, y enlazando de un modo directo con la última observación del epígrafe anterior, bienvenido sea el cambio por suponer una orientación político-jurídica opuesta a la que significó el cuestionado artículo 4 de la Ley 3/2012, pues ahora se respeta la proporcionalidad exigida por la legalidad supra-estatal, tanto el Convenio 158 OIT cuanto la Carta Social Europea.

También nos merece una valoración favorable, aunque de nuevo con matices, el cambio del artículo 14.3 del ET. La actual redacción legal incluye entre los supuestos que dan lugar a la eventual interrupción del periodo de prueba, junto a los contemplados en la redacción anterior –IT, maternidad y adopción o acogimiento familiar– otros tres⁵⁸. A saber: (a) las situaciones de riesgo durante el embarazo, (b) riesgo durante la lactancia y (c) de paternidad. Esto es, situaciones atinentes a la conciliación.

Entonces, si aquí hay una garantía positiva, ¿por qué somos cicateros en el juicio positivo, que debiera merecer tal consideración del Gobierno a estas situaciones de ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar? Porque no se ha aprovechado el cambio normativo para modificar el presupuesto legal para que pueda operar tal posibilidad de interrupción del cómputo del periodo de prueba: no se configura como un derecho subjetivo pleno del trabajador, sino que es tan solo una facultad, o expectativa de derecho, porque dicha interrupción requerirá «siempre...acuerdo entre ambas partes» o, aunque no lo diga expresamente la ley, que así se haya previsto la misma en la negociación colectiva. Pero «siempre» es mucho. Este condicionamiento del ejercicio del derecho a un pacto de autonomía individual –o colectiva–, tan típico –por ejemplo art. 34.8 ET–, no solo se muestra (1) muy poco respetuoso con su rango supra-legal, no solo en el plano constitucional sino también comunitario, asumiendo en la regulación legal española la naturaleza de principio jurídico-derecho social fundamental, sino que resulta incoherente, pues (2) contrasta con lo que se prevé para las mismas situaciones en relación con la duración de los contratos con tiempo determinado –ejemplo: arts. 11.1, letra b) y 2, letra b) ET.

De nuevo, pues, se evidencia la instrumentación del periodo de prueba al servicio del debilitamiento de instituciones que, por su carácter fundamental, deberían tener una protección mayor, dado que no necesitan mediación legal y cuando esta se produce lo es para devaluar su garantía. Un buen –*rectius*, mal– ejemplo de esta larga instrumentación la encontramos en la jurisprudencia

⁵⁸ Recuérdese que la disposición adicional 78.ª de la LPGE/2014 prevé, como en años anteriores, la reducción del 50% en la cotización empresarial por contingencias comunes en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional.

cia, del TS y del TCO, que asume la inexistencia de una protección equivalente de los derechos fundamentales durante el periodo de prueba a la que existe, incluido el sistema de nulidad objetiva para tutelar a las mujeres embarazadas, en el despido *ex* artículo 55.5 b) del ET⁵⁹. Quizás el TJUE, o, aún más probable, el TEDH, tenga oportunidad de enmendar esta, para mí, discutible posición, en aras del principio de igualdad en la ley, pues tan constitucional sería el reconocer como no hacerlo la protección especial, pero si se hace para una institución, el despido, lo que carece de razón jurídica, es hacer un distingo respecto de otra que, paradójicamente, presenta mayor riesgo de lesión –el periodo de prueba.

6. LA NUEVA AMPLIACIÓN DE LA CUOTA DE MERCADO DE EMPLEO TEMPORAL PARA LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN AL CONTRATO EN PRÁCTICAS

Sin abandonar el ámbito del fomento del acceso de los desempleados al mercado de trabajo por el fomento de su contratación, y ahora de nuevo en la senda general de hacer nuevas concesiones a la flexibilidad, incluso mediante la potenciación de formas de gestión indirecta del empleo temporal, es ahora oportuno comentar el artículo 3 del Real Decreto-Ley 16/2013, que procede a una nueva reforma de la norma reguladora de las ETT. Otra vez, y son ya varias en poco más de un año, se modifican los artículos 6.2, 7.1 y 10.2 de la [Ley 14/1994, de 1 de junio](#). Siguiendo la «técnica del goteo» de concesión de ventajas de mercado de empleo temporal, que haga más tolerable socialmente la clara línea de política jurídica que apuesta decididamente por el protagonismo de las ETT en el mercado de empleo temporal, ampliando progresiva pero continuamente sus reservas de contratación temporal indirecta, ahora toca reconocer la posibilidad de formalizar, por las ETT, contratos de trabajo en prácticas «en los mismos términos y condiciones en que la empresa usuaria podría celebrar».

En suma, si el [Real Decreto-Ley 4/2013](#) –y luego la [Ley 11/2013](#)– hizo esta ampliación con los contratos para la formación y el aprendizaje, el Real Decreto-Ley 16/2013 da el paso con el contrato en prácticas, ampliando su cuota de mercado: primero fueron tan solo los contratos temporales previstos en el artículo 15 del ET, ahora lo son los dos que contempla el artículo 11 del ET, culminando así el círculo expansivo de su actividad. Con esta ampliación de la cuota de mercado de empleo temporal a favor de la ETT, además de un claro favor por estos agentes de empleo, expresión de la aceptación de una mayor flexibilidad en la gestión, incluso indirecta, de la mano de obra, queda claro también el objetivo de fomentar la inserción ocupacional de estos colectivos laborales más cualificados por encima de la garantía de una experiencia práctica adecuada. Así se observa si se atiende a la desidia legislativa que expresa el abstencionismo a la hora de regular esta cuestión. En efecto, en claro contraste con la detenida regulación que, a tal fin, se

⁵⁹ *Vid.* STS, Sala 4.ª, de 18 de abril de 2011, que desestimó, cierto que con voto particular extenso, el RCUID núm. 2893-2010. Doctrina confirmada recientemente, con discutibles argumentos, por la [STCO de 10 de octubre de 2013](#), también con voto particular muy sugerente.

introdujo cuando se reguló la posibilidad de formalizar contratos para la formación y el aprendizaje, al objeto de garantizar una actividad formativa a cargo de la ETT y un seguimiento en la empresa usuaria por un tutor, no hay ahora previsión legal de ningún tipo al respecto.

Una cuestión tan importante queda en la reciente reforma en la incertidumbre sobre cómo se articulará la adquisición de conocimientos prácticos por parte del trabajador, hasta el punto de que una interpretación literal de la regulación podría legitimar que la ETT se limite a formalizar el contrato en prácticas, asumiendo la empresa usuaria la tutoría. Pero un reparto de este tipo de las obligaciones de contratación y formativas ¿no se sitúa en un espacio gris rayano en el fraude de ley, de modo que ahora la ley propicia una contratación en prácticas sin garantía alguna de responsabilidad en torno a la experiencia profesional de la empresa contratante, quedando al entero arbitrio de la empresa usuaria, que tampoco tiene obligaciones específicas al respecto?

Cierto que suena muy severa una valoración de este tipo, evidenciando un cierto prejuicio ante la reforma legal, que contrastaría con una elemental lógica jurídica, pues no parece fácil concluir que haya fraude de ley cuando es la propia ley la que facilita la situación. Ahora bien, por encima de las inadecuadas lecturas literales de las normas, no parece desmedido el temor a que se actualice en la práctica un riesgo de transformación o troquelado en un contrato de pura inserción ocupacional otro que tiene causa mixta, la contratación –creación de empleo– y la experimentación –garantía de cualificación real o práctica, no solo teórica–. Estaríamos, pues, ante la enésima desnaturalización de la causa de los contratos temporales en aras de la empleabilidad, haciendo bueno una y otra vez aquel célebre dicho chino: «qué más da que el gato sea negro o blanco, lo que importa es que cace ratones».

Eso sí, y es lo único que parece importarle al legislador actual, desorientado por el enorme volumen de desempleo y su resistencia a reducirse, pese a las voluntariosas proclamaciones optimistas de partida, queda claro en la norma que la empresa usuaria dispondrá de un doble beneficio con la nueva regulación. De un lado, contará con una mano de obra cualificada teóricamente, sin tener que contratarla directamente y tener que asumir la carga de los procesos de selección. De otro, durante un máximo de dos años, si así se previera inicialmente o con prórrogas al contrato originario, la empresa usuaria tiene la opción de decidir si le interesa o no que permanezca el trabajador en ella al finalizar su contrato. De optar por la continuidad, tiene asegurado el beneficio de las bonificaciones por contratación indefinida a la que tienen derecho las empresas que formalizan directamente la contratación (art. 7.2 Ley 3/2012).

7. INTERCAMBIO DE «COHERENCIA» POR «ESPERANZA DE INSERCIÓN»: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA REGULAR LOS CONTRATOS FORMATIVOS LIGADOS A CERTIFICADOS DE PROFESIONALIDAD

La misma línea de política jurídica que la medida apenas comentada, basada en el primado de la búsqueda de la inserción a toda costa de quienes están desempleados en nuestro mercado, no solo ya de los jóvenes, tiene la novedad, que no es tal, de la disposición final 2.^a del Real Decreto-Ley 16/2013. Si la apuesta por la contratación indirecta a través de ETT en prácticas evidencia la

despreocupación formativa, en este caso de la experiencia profesional, ahora se evidencia la misma desidia respecto del imperativo de formación profesional reglada. Vengo insistiendo en la primacía extrema que tienen las políticas de inserción ocupacional, aun a costa de la coherencia de las instituciones laborales, que ven cómo quiebran y se desnaturalizan sus reglas al servicio de aquel objetivo socioeconómico. De modo que cualquier disposición que resulte, en potencia, susceptible de mejorar la tasa de empleo encuentra acomodo en esta legislación instrumental, nacida de inicio con un carácter provisional y transitorio pero que la continuidad de la crisis de empleo como de la incapacidad del legislador para introducir reformas estructurales, perpetúan. Se cambia, pues, racionalidad reguladora o coherencia, por una vaga esperanza de inserción ocupacional por esta vía.

En este contexto, la referida disposición final 2.^a del Real Decreto-Ley 16/2013 no tiene rubor alguno en ampliar un año más, de momento hasta el 31 de diciembre de 2014, el plazo para formalizar contratos para la formación y el aprendizaje no vinculados a certificados de profesionalidad o títulos de formación, procediéndose a la modificación de la disposición transitoria 8.^a de la Ley 3/2012, que hay que relacionar con la misma ampliación operada para determinar el contenido formativo de tales contratos regulada en el párrafo segundo del apartado 2 de la disposición transitoria 2.^a del Real Decreto 1529/2012 de 8 de noviembre –disp. final 6.^a RDL 16/2013–. Por lo tanto, según se reconoce en el preámbulo-cuento, la actividad formativa inherente a tales contratos *«podrá seguir estando constituida, transitoriamente, por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas»*. El gran problema en nuestro país es que una regulación transitoria, a menudo, equivale a una ausencia de corrección o modernización casi *ad calendas graecas*.

8. LA MAYOR FLEXIBILIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN «IRREGULAR» DE LA JORNADA LABORAL: ¿UN AUTÉNTICO EQUILIBRIO DE DERECHOS E INTERESES ENTRE EMPLEADOR Y TRABAJADOR?

8.1. El desbordamiento del referente anual para la distribución irregular de jornada: el impulso legal a la práctica convencional de las «bolsas horarias»

Ubicados ahora ya no en la flexibilidad de acceso sino estrictamente en la de gestión interna de la relación de trabajo, ya contratada, una novedad muy relevante en materia de gestión flexible interna del tiempo de trabajo es la modificación del artículo 34.2 del ET, que reconoce una nueva vía legal de impulso a la facultad empresarial de distribución irregular de jornada. Si con la reforma originaria el empresario veía cómo la ley le garantizaba un porcentaje mínimo de distribución irregular de jornada ordinaria tomando como referencia el criterio, en sí ya flexible, del año –el 10%, doblando el 5% previsto en el RDL 3/2012–, la nueva reforma laboral le va a permitir desbordar este criterio de cómputo anual, con lo que se gana en un *plus de flexibilidad distributiva del tiempo de trabajo*. Aunque la fórmula legal elegida para expresar este resultado aparece algo enigmática –el neo-lenguaje célebre–, una lectura de la misma conforme a la experiencia práctica al respecto consolidada en más de un sector de actividad evidencia el fin perseguido por la norma y el instrumento que hay detrás del redactado legal.

En efecto, el artículo 34.2 del ET incorpora ahora un tercer párrafo, según el cual:

«La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan».

Una comprensión más sencilla del texto legal expresa el reconocimiento de la posibilidad de acordar colectivamente, por convenio colectivo o acuerdo de empresa, la acumulación de horas de trabajo en un determinado periodo productivo, más allá de la previsión de la jornada ordinaria máxima, legal o convencional.

Claro tales diferencias deberán ser en su día compensadas a fin de no superar ese máximo en el tiempo de referencia límite previsto a tal fin, normalmente el año. De este modo, el empleador puede disponer de un mayor tiempo de trabajo productivo en ciertos periodos que le son útiles y/o necesarios para atender mejor sus necesidades productivas, superando el límite máximo, y sin perjuicio de los mínimos indisponibles, que luego tendrá que ir compensando en periodos con menor actividad, pudiendo ser el saldo bien positivo –defecto respecto de la jornada máxima– bien negativo –exceso–. Pues bien, si tradicionalmente esa referencia máxima estaba en un año, ahora puede desbordarse. En última instancia, lo que hace la ley es recoger como regla general, si bien condicionada por la regulación convencional, preferente en este ámbito, las experiencias exitosas de gestión flexible de la distribución de la jornada ya realizadas en ciertos sectores de actividad y que se conoce como «bolsas horarias» o «bolsas de horas».

Los interlocutores sociales o agentes negociadores, y también la doctrina científica, han tenido la oportunidad de analizar con detalle estas prácticas y han concluido sobre sus bondades, tal y como ahora subraya el Gobierno a la hora de presentar a los medios de comunicación el sentido de la reforma laboral que ahora se introduce. Pero también es un aspecto muy delicado de la regulación, ante el riesgo de que una inadecuada regulación rompa los equilibrios que hay que mantener, de ahí que se llame a la preferencia convencional, al menos de momento. La flexibilidad es aquí absolutamente necesaria, pero no puede prescindirse, como sí se ha hecho en otras novedades estudiadas, de la efectividad de derechos fundamentales, no solo el de la conciliación de la vida laboral y familiar, sino también el de la seguridad y la salud en el trabajo. Conseguir un equilibrio razonable entre la razón productiva de la flexibilidad y la razón social de la seguridad es el reto que trata de conseguirse con tales bolsas de horas, útil adicional de gestión flexible del tiempo de trabajo, que consiste en distribuir de forma irregular la jornada: «... mediante la existencia de una bolsa de horas flexibles que permite llevar un cómputo arrastrado que puede desbordar el periodo anual»⁶⁰.

⁶⁰ Vid. ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT, G.: «La gestión flexible del tiempo de trabajo en la industria del automóvil en España. Análisis de dos casos concretos: Citroën-Renault», 2008. Disponible este estudio, junto con prácticas, en http://www.observatorionegociacioncolectiva.org/comunes/recursos/99998/129577-texto_completo.pdf

Esta técnica de gestión flexible interna nació como una alternativa pactada a la regulación, suspensiva o extintiva, de empleo, y resulta más equilibrada que los «acuerdos colectivos competitividad/empleo», en los que se abre, como bien ilustra también el ejemplo del sector de automoción, la vía a la modificación-reducción de condiciones de empleo y de trabajo a cambio de garantizar la continuidad de los puestos de trabajo, incluso de la creación de nuevos empleos, aun a costa de crear dobles escalas de regulación laboral. En este caso se opta por una técnica de gestión flexible interna más benévola con los derechos e intereses de los trabajadores. La nueva redacción del artículo 34.2, último párrafo, abre la puerta a tales cómputos algo más amplios de la jornada de trabajo que el anual, como hemos visto.

En todo caso, hay que advertir que, como sucede en general con toda la regulación de esta materia tras la reforma laboral de 2012, el régimen legal de garantía de una flexibilidad de gestión mínima, aunque creciente, es supletorio respecto del pacto, en primer lugar de lo que se prevea a tal fin en el convenio colectivo y, en segundo lugar, en defecto de este, de lo pactado en un acuerdo de empresa. Aquí el legislador sigue apostando claramente por el protagonismo de la autonomía colectiva, sea sectorial sea empresarial, sin que se haya atrevido por el momento, como originariamente estaba previsto, a apostar por las referidas reglas de derecho necesario relativo mejorables solo a favor del interés del empleador a la gestión flexible del factor trabajo. En estos casos, el pacto podrá ir tanto en una dirección productivista, favorable a la mayor flexibilidad por encima del mínimo legal, cuanto en una orientación garantista, reduciendo las opciones mayores de flexibilidad abiertas por el legislador.

8.2. ¿Una cortina de humo social?: equiparación del régimen de reducción de jornada por guarda legal de los trabajadores al de los empleados públicos

Precisamente, esta preocupación porque la flexibilidad en la distribución de la jornada de trabajo no solo beneficie al empleador, sino también al trabajador, parece tener un punto de entrada específico en la ley a través del apartado cuatro del artículo 1 del Real Decreto-Ley 16/2013, que modifica el artículo 37.5 del ET. Este precepto, como se sabe, ya fue modificado, en un sentido opuesto, por la reforma originaria. ¿Qué se busca, pues?

Podría pensarse que estamos ante un intento de compensación de los efectos tan demoleedores en la conciliación de la reforma originaria, ampliando la posibilidad de acudir a la reducción de jornada. Ahora bien, adecuadamente entendida la novedad creo que se trata, de nuevo, más bien de otra «cortina de humo social» que cree en el imaginario colectivo la apariencia de reforma compensada o equilibrada, evidenciando que también hay cambios que no se hacen para recortar derechos individuales, como sí supuso la modificación del texto operada por la reforma originaria. Si en aquel momento primó claramente la función productivista, de modo que donde se tomaba como referencia legal para la reducción el parámetro genérico de la «jornada ordinaria» ahora se toma el criterio de la jornada «diaria», ahora, con esta nueva reforma, se atiende a la función distributiva, así como, en cierto modo, a la función equitativa de las normas, ampliando la edad máxima del sujeto protegido, el hijo menor, que pasa de 8 años a 12. Se produce la equiparación a la normativa en materia de permisos de los funcionarios públicos.

Tampoco aquí cabe regatearle al legislador una valoración positiva, pero, una vez más, bien comprendido el precepto, en sus términos legales y en su proyección más práctica, obliga a juicios mucho más ponderados. La razón es fácil de entender. La realidad estadística invariada en la última década evidencia que son las mujeres, en una cifra abrumadoramente mayor que los hombres, las que acuden a este tipo de vías de conciliación de la vida laboral y familiar y, en consecuencia, una ampliación de esa edad, sin que vaya envuelta en otras medidas de promoción de la corresponsabilidad, no hará sino perpetuar las desigualdades a tal fin entre hombres y mujeres. Por tanto, sin pretenderlo el legislador, en cierto modo se viene a reforzar las posibilidades para un trato discriminatorio, por vía indirecta, de las mujeres en tales situaciones. En estos casos, lo importante no es tanto la ampliación de la edad del sujeto protegido, con ser relevante, claro, cuanto las condiciones en que se ejerce el derecho de conciliación, y a tal fin la continuidad del parámetro de la jornada diaria abre una extremada brecha entre las normas de flexibilidad empresarial y las de flexibilidad favorable al derecho a la conciliación. Como vemos, mientras que para lo primero se abren los parámetros a tener en cuenta para el cómputo de la jornada, desbordando ya el anual, para lo segundo se mantienen parámetros restrictivos tradicionales, volviendo al diario, lo que constituye una contradicción normativa manifiesta, de dudosa legitimidad supra-legal.

La práctica laboral actual evidencia las enormes resistencias de las empresas a introducir cambios significativos en esta materia, promoviendo formas organizativas que de verdad busquen conciliar la función productiva de la empresa con su responsabilidad social en orden a permitir que sea compatible con los intereses familiares de las personas empleadas en ella. De ahí la frecuencia con que aparecen noticias en las que los tribunales otorgan una protección reforzada a las trabajadoras —en la mayor parte de los casos existe este sesgo de género— que ejercen su derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos menores, apelando a un triple argumento:

- El importante sacrificio económico que hace la trabajadora, por cuanto toda reducción de jornada conlleva una rebaja proporcional del salario.
- La protección del interés del menor de forma efectiva, que exige atender de un modo prioritario a la decisión de gestión del tiempo de cuidado a quien hace el cuidado.
- La ausencia recurrente de acreditación por parte de la empresa de razones organizativas reales y concretas que evidencien que la solicitud de cambio de la jornada a raíz de la reducción conlleva un sacrificio desproporcionado para la empresa, que suele limitarse a alegar ese perjuicio, sin más.

El *Juzgado de lo Social n.º 27 de Madrid, de diciembre de 2013*, acaba de dictar una sentencia ejemplar en sentido crítico, jurídica y socialmente, con la práctica pasiva o abstencionista empresarial, contraria al artículo 139 de la *LRJS*. En ella se condena a la empresa Supermercados Champion, una empresa perteneciente al grupo Carrefour, a reconocer el derecho a reducir su jornada laboral en el horario solicitado para el cuidado de su hijo, inicialmente denegado por la empresa al estar fuera de su jornada ordinaria. En concreto, la trabajadora, con un turno fijo de tarde y horario de 14:00 a 21:00 horas, informó a la empresa de su intención de ejercer su derecho a la reducción de jornada en un 12,5% hasta que su hijo cumpliera ocho años, con un horario

de 10:00 a 16:00 horas. Ante esta petición, la empresa acepta la reducción de jornada planteada, pero no la concreción horaria, al alegar razones organizativas, dado que por la tarde es cuando existen más ventas y afluencia de clientes⁶¹.

9. EL TERCER EJE DE REFORMAS: LAS REGLAS DE PRETENDIDA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL

9.1. Una clarificación inútil: qué debe entenderse por sector de actividad en la nueva sub-modalidad de contrato a tiempo parcial con vinculación formativa

Como ilustran buena parte de los contenidos del precedente Real Decreto-Ley 11/2013, el Gobierno gusta de hacer pasar por estrictas «reglas de clarificación» normativa en aras del valor de la seguridad jurídica, tan proclamado como fustigado por esta recurrente legislación de alusión y atropello, lo que no son sino reglas correctoras de prácticas que no adoptan la orientación querida por el legislador, bien en función de interpretaciones judiciales no adecuadas a sus fines bien por la desviación de la experiencia. El Real Decreto-Ley 16/2013 no ha querido prescindir tampoco de reglas de este tipo, de clarificación, real o pretendida, aunque sea de muy dudosa factura su inclusión en normas de urgente necesidad. Son tres. Una vez comentada la tercera, la relativa a las bases de cotización, con la des-localizada modificación del artículo 109 de la LGSS analizada en su lugar sistemático, al estudiar los cambios de la LPGE en la LGSS, aquí haremos un estudio de las dos primeras.

En este epígrafe se analiza la incluida en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 16/2013, que aporta una norma de concreción de qué deba entenderse por «sector de actividad», al objeto de poderse beneficiar una empresa de ayudas económicas en caso de contratación de trabajadores a tiempo parcial con finalidad formativa, previstas en el artículo 9.2 de la Ley 11/2013. El Gobierno, aprovechado que «el río Pisuerga pasa por Valladolid», no se priva de elevar a rango legal lo que la regulación precedente, reformada hace bien poco, por el legislador, en la tramitación de un precedente real decreto-ley del Gobierno, remitía a la norma reglamentaria. La extraordinaria simplicidad de la técnica de concreción realizada, que casi induce a sonrojo por su obviedad, de modo que para ese viaje no se necesitaba alforja alguna, y menos legal, lleva a interpretar el sentido profundo de esta regla. Un sentido auténtico que, a mi juicio, no es sino un nuevo intento de cerrar cualquier protagonismo por parte del juez en la comprensión de este concepto legal.

Este cierre, siempre relativo, como nos demuestra la contestación jurisdiccional de ciertos cambios legales, no sería posible si se hiciese por vía reglamentaria, pues pendería la Espada de

⁶¹ Recuérdese que, como acaba de confirmar la STS, Sala 4.ª, de 16 de septiembre de 2013, RCU 2326/2012, las sentencias dictadas en instancia en materia de cambios de turno, haya –art. 37.5 ET– o no –art. 34.8 ET– reducción de jornada, no son recurribles.

Damocles del control judicial de *ultra vires*. Sea como fuere, ahora queda claro que se entenderá por sector de actividad «el identificado como Clase mediante un código numérico de cuatro cifras en el Anexo del [Real Decreto 475/2007, de 13 de abril](#), por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009), de acuerdo con su artículo 3.d)». Una regla de normalización administrativa muta, por esta vía, en regla legal, acogiendo un lenguaje claramente «funcional-tecnicista» cuya concreción queda siempre en manos del Gobierno, titular de la potestad reglamentaria.

9.2. Delimitación del concepto de «grupo de empresas» al único efecto de las aportaciones al Tesoro por despidos: un nuevo favor a las multinacionales

También en el eje de las reformas de pretendida clarificación conceptual, en aras de una más efectiva seguridad jurídica, ha de situarse la previsión del artículo 5 del Real Decreto-Ley 16/2013. En él se afronta un tema de extrema complejidad técnica y de aun mayor trascendencia práctica, por tanto de política jurídica y realidad socioeconómica, como es la delimitación del concepto de «grupo de empresas» a efectos de precisar las consecuencias jurídicas de una norma que lo presupone como centro de imputación normativa. Ahora bien, como es habitual, lamentablemente, en este ámbito, tan solo se hace a los concretos efectos que interesan para precisar dicha norma, dejando una vez más para un futuro que nunca llega la regulación a efectos laborales de este actor económico y social de primer orden en los actuales sistemas económicos y, por tanto, en los mercados de trabajo. De su extraordinaria trascendencia da cuenta la enorme frecuencia con que aparecen determinando, en un sentido u otro, los fallos, y también, los razonamientos, de las decisiones judiciales en relación con los procedimientos de regulación de empleo *ex* artículo 51 del ET, tanto de la AN y los TSJ, cuanto más recientemente del propio TS, urgiendo ya un pronunciamiento del legislador que corrija algunas de las más nocivas derivas del acrisolado y traslaticio criterio jurisprudencial en la materia.

Un buen ejemplo de la creciente conflictividad de estas realidades organizativas complejas, hasta ahora infravaloradas, pero deliberadamente, por la jurisprudencia en el ámbito socio-laboral, es la STS, 4.^a, de 25 de septiembre de 2013, recurso casación en su modalidad ordinaria 3/2013. La sentencia, cuya mayoría consolida el concepto de grupo de empresa a efectos laborales, que presupone la validez de la muy obsoleta y ahora ya absurda distinción ético-biológica entre «grupos fisiológicos» –«buenos»– y «grupos patológicos» –«malos»–, cuenta con un voto particular muy interesante en el que se pone de relieve la necesidad de revisar el modo en que se ha venido operando por el TS para identificar, en caso de grupos, la calificación del «verdadero empresario de los trabajadores afectados por el despido colectivo». A tal fin, aun manteniendo la posición tradicional, reafirmada en parte y en otra revisada por la [STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013, recurso 78/2012](#), propone nuevos parámetros de entendimiento.

En este voto particular, firmado por cinco magistrados, que anuncia un cambio de orientación jurisprudencial a no tardar demasiado, se pone de manifiesto que:

*«Aunque en concretos supuestos no exista grupo empresarial a los efectos laborales y no concurran los elementos jurisprudencialmente establecidos, y sin necesidad incluso de tener que acudir a las fórmulas del fraude de ley o del abuso del derecho, entiendo que, en otros supuestos, **la realidad nos debe llevar a analizar y averiguar a favor de quiénes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar a favor de quién se presta el mismo**, pues puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí sola sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquellas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa» –FJ 3.º voto particular.*

Por supuesto, nada de esto tiene acogida en la fórmula legal a los efectos aquí relevantes, aunque resulta especialmente trascendente en esta materia. En cambio, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 16/2013 se limita a una regla de remisión y a otra restrictiva. La primera novedad legislativa consiste, pues, en remitir al concepto de grupo empresarial al recogido con carácter general al artículo 42.1 del [Código de Comercio](#). De este modo, también aquí el concepto jurídico-laboral relevante a estos efectos socio-económicos lo será por reenvío formal a una norma estrictamente mercantil.

El legislador se sitúa, aquí sí, en línea de coherencia con la evolución jurisprudencial que, corrigiendo parcialmente su posición tradicional, asume ahora que no puede haber diferencia entre el concepto mercantil de grupo y el laboral, sin perjuicio de que los efectos jurídicos concretos sí pueden variar, y de hecho varían continuamente atendiendo a unas normas y otras –[STS, Sala 4.ª, de 27 de mayo de 2013](#).

La segunda innovación es, en conexión con lo que se acaba de mencionar en torno a la libertad legislativa para fijar los efectos jurídicos del concepto de grupo, aunque sea el mismo mercantil y laboral, también ahora conocida, porque tiene un muy reciente precedente en la [Ley 14/2013](#), y es la de incorporar una regla que restringe el juego aplicativo del concepto de grupo a favor de las políticas de las empresas multinacionales. En efecto, el último inciso del nuevo párrafo final del apartado 1 de la disposición adicional 16.ª de la Ley 27/2011, que introduce el artículo 5 del Real Decreto-Ley 16/2013, para la determinación del resultado del ejercicio económico afirma que:

«solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos por España por las empresas que lo integren».

Con ello se hace un nuevo favor a los todopoderosos grupos multinacionales. ¿Acaso podrán, o querrán, alguna vez los tribunales corregir este estado de cosas tan de favor hacia la organización grupal y multinacional de las empresas? Veremos.