

LA VERSIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA LABORAL 2012: MAYOR FLEXIBILIDAD, MEJORAS TÉCNICAS Y «VERSOS SUELTOS»

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

LA reforma laboral de 2012 ha llegado al final de su trámite con la aprobación por el Parlamento español de la Ley 3/2012, de 6 de julio. El texto final presenta muchas enmiendas –85–, orientadas a mejorar técnicamente las medidas de reforma e, incluso, a introducir algunas correcciones de «rostro humano» –lo que llama el autor «versos sueltos»–. Sin embargo, el extenso número de cambios no debe llevar a engaño porque no solo el núcleo duro de la reforma no ha cambiado, sino que se ha intensificado. La palabra que sigue dominando el relato del nuevo modelo de regulación jurídico-laboral es «flexibilidad», pues el Parlamento ha introducido mayor flexibilidad para el empresario en la distribución de la jornada irregular y ha reducido el plazo de la llamada «ultraactividad» –prolongación de su eficacia más allá de la pérdida de vigencia prevista– a solo un año. En consecuencia, el discurso parlamentario avala y refuerza la configuración de los poderes colectivos de los trabajadores como disfuncionales para la economía mientras que los poderes privados del empleador serían más eficientes. Los datos estadísticos aparecidos hasta el momento en torno a los efectos de la reforma, que evidencian más despidos y más desempleo pese a los menores salarios, en un contexto de menor crecimiento, no parecen avalar tal convicción.

En paralelo, otro actor del proceso de producción jurídica, los jueces y tribunales, comienzan a construir su propio relato de la reforma laboral, que contrasta en parte con el que ha diseñado y propagado el Gobierno, primero, y ahora el Parlamento. Tanto las inercias del pasado, como la convicción de su papel de garantes de los principios y valores constitucionales de protección del trabajador, parecen estar en condiciones de seguir actuando como fuerzas de resistencia al cambio de modelo impuesto por el Parlamento. En consecuencia, el resultado final de la reforma dependerá también de las doctrinas y jurisprudencia triunfantes, forjadas desde el estudio y la aplicación de las nuevas «leyes», sin que necesariamente por ello tenga que cambiar el «Derecho».

En este estudio se hace un pormenorizado análisis de todas y cada una de las novedades de la Ley 3/2012 en relación con el Real Decreto-Ley 3/2012, presentándolas ordenadas según la finalidad dominante de política del derecho perseguida: más flexibilidad aún, mejoras de tipo técnico para recuperar parte de la seguridad jurídica perdida, mejoras humanitarias y nuevos compromisos de modernización de las políticas activas de empleo. Además, se da cuenta con detalle de las decisiones judiciales dictadas hasta el momento en relación con algunos de los temas más candentes de la reforma –aplicación temporal de las normas de salarios de tramitación; cómputo de la indemnización por despido imprevisto; supuestos de nulidad de los despidos colectivos...–. Al final, se realiza una valoración de conjunto en torno a la validez y eficacia de esta reforma, evidenciando que lejos de cerrarse el proceso reformador, tan solo se habría escrito un nuevo capítulo, pues ya están en construcción otros nuevos.

Palabras clave: flexiguridad, políticas de mercado de trabajo, reforma laboral, costes del despido y flexibilidad interna.

PARLAMENTARY VERSION OF 2012 SPANISH LABOR REFORM: MORE FLEXIBILITY AND «SINGLE VERSES»

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Abstract:

THE 2012 labor reform has reached the end of their procedure with the approval by the Spanish Parliament of the Law 3/2012 of 6 July. The final text has many amendments –85– aimed at improving technically reform measures and even to introduce some corrections by «human face» –what the author called «single verses»–. However, the large number of changes should not be misleading, because not only the hard core of the reform has not changed, but has intensified. The word that continues to dominate the story of the new legal and labor regulatory model is «flexibility», then Parliament has introduced greater flexibility for the employer in the distribution of the irregular hours and reduced the term of the «ultra-activity» –to extend their effectiveness beyond loose validity– to only one year. Consequently, the parliamentary speech supports and reinforces the configuration of the collective workers powers as dysfunctional for the economy while the private employer power would be more efficient. The data appeared so far about the effects of the reform, which show more layoffs and unemployment despite lower wages in a context of lower growth, it not seems to support this conviction.

In parallel, another actor in the production process of law, the Courts are beginning to build his own account of the labor reform, which contrasts in part with which has designed and propagated by the Government, first, and now by Parliament. Both the inertia of the past, as the conviction of their role as guarantors of the constitutional principles and values of worker protection, seem to be able to continue to act as forces of resistance to change model imposed by Parliament. Consequently, the final result of the reform will also depend on the doctrines and jurisprudence triumphant, forged from the study and application of new «Laws» without necessarily having to change the «Rights».

This study makes a detailed analysis of each and every one of the innovations of the Law 3/2012 in relation to Royal Decree Law 3/2012, presenting them sorted by dominant purpose of policy pursued right: even more flexibility, technical improvements to recover some lost legal security, humanitarian improvements and new commitments to modernize the employment policies. In addition, he realizes with details the court decisions up to now in relation to some of the hottest topics of the reform –temporal application of the rules of processing salaries; computation of compensation for unfair dismissal, on the assumption of nullity in layoffs collective redundancies...–. In the end, it makes an overall assessment about the validity and effectiveness of this reform, showing that far from closing the reform process, would have just written a new chapter, already under construction as new ones.

Keywords: flexicurity, employment market policies, labor reform, dismissal costs and internal flexibility.

Sumario

- I. Introito: los persistentes desequilibrios pendulares y la opción parlamentaria «entre la espada y la pared».
- II. Mapa general de las novedades legislativas de la reforma: «sin pena ni gloria».
 1. Una reflexión de procedimiento: el perpetuo homenaje a la confusión entre «lo urgente» y «lo importante». ¿Reviviendo a Mussolini?
 2. Una perspectiva funcional para «separar el grano de la paja»: los cinco ejes básicos de la reforma laboral en su versión parlamentaria.
- III. Novedades legales en materia de flexibilidad de acceso al empleo: intermediación laboral y contratación.
 1. La reordenación de la actividad de las empresas de trabajo temporal como agencias privadas de colocación: el retorno a la autorización.
 2. Las novedades legislativas en materia de contratación: entre la mejora de la flexibilidad y la atención a las exigencias de seguridad jurídica.
- IV. Novedades en formación profesional para el empleo: la mayor vinculación a las necesidades de la empresa.
 1. El fomento de la formación profesional como vía para favorecer la «empleabilidad», en especial de los más «jóvenes».
 2. La ampliación del ámbito aplicativo de los contratos para la formación y el aprendizaje como vía «desesperada» de inserción ocupacional juvenil.
 3. Las nuevas facilidades para el cumplimiento empresarial del permiso formativo del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores.
 4. El gusto por las reformas de «ida y vuelta»: la apertura del subsistema de formación profesional para el empleo a la economía social.
- V. Nuevos pasos hacia una mayor «flexibilidad interna» de gestión unilateral.
 1. La flexibilidad interna unilateral como alternativa a la destrucción de empleo: aportaciones legales al «nuevo microrelato» socio-laboral.
 2. Ampliación de la distribución irregular de jornada unilateral y los «efectos colaterales»: racionalidad horaria y conciliación de la vida familiar.
 3. El derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad y la movilidad geográfica: ¿nueva cortina de humo o espíritu humanitario?
 4. El procedimiento de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: ¿sin novedad real?
 5. Los procedimientos de regulación de empleo suspensivos y de reducción de jornada: un intento, de nuevo fallido, de clarificación.

- VI. Flexibilidad interna negociada: el favor hacia la unidad de empresa y el desfavor por la ultraactividad.
1. La consolidación de la desorganización estructural: el reforzamiento de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa.
 2. Las «mejoras meramente técnicas» en el régimen de las cláusulas de descuelgue convencional.
 3. Una puntilla más a la regla de la ultraactividad: la reducción a un año.
 4. «Sin prisa aquí»: la demora del plazo para la publicación del convenio.
- VII. Las novedades en el régimen de los despidos: nuevos espacios para la tensión *ley versus* doctrina judicial.
1. El régimen jurídico del despido colectivo: entre las mejoras técnicas y las resistencias judiciales a la pérdida de su control efectivo.
 2. La incidencia de la tramitación parlamentaria en el régimen de despidos por causas objetivas: enmiendas «técnicas» y «humanitarias».
 3. El impacto del trámite parlamentario en las medidas de reducción de los costes económicos del despido: ¿se ha levantado el acta de defunción del «despido exprés»?.
 4. La afectación de la reforma legislativa a la protección de los créditos indemnizatorios por despido: «más reformas de ida y vuelta».
- VIII. Las nuevas reformas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: especial referencia al intento de instrumentación del proceso social al servicio del interés empresarial.
1. Reajustes de coherencia en materia de competencias.
 2. Acumulación de procesos iniciados a instancia de la autoridad laboral.
 3. Nuevo procedimiento de impugnación colectiva del despido: la legitimación activa del empleador a efectos declarativos.
 4. Procedimiento contencioso-laboral (art. 151.11 LRJS).
 5. Microajustes en otras modalidades procesales laborales: procedimiento de conflicto colectivo (art. 153.1 LRJS) y procedimiento de oficio.
 6. Medios de impugnación y ejecución de sentencias.
- IX. «Promesas de un futuro mucho más solidario»: mejoras actuales y programadas de política de empleo.
1. Persistiendo en «políticas activas de empleo» ineficientes y obsoletas: viejos programas, nuevas bonificaciones sociales.
 2. El programa de equiparación en materia de empleo de las víctimas de violencia terrorista con las víctimas de violencia de género.
 3. La política de protección de la continuidad del empleo de los trabajadores de mayor edad.
 4. Una nueva reforma des-localizada y de recorte: la integración de lagunas de cotización en las pensiones de jubilación.
- X. Reflexión final: tras la ley, la reforma laboral continúa, pero cambia de escenarios, a la espera de otra iniciativa legal.

*«La razón de la sinrazón que a mi razón se hace, de tal manera mi razón enflaquece, que con razón me quejo de la vuestra fermosura"...
Con estas y semejantes razones perdía el pobre caballero el juicio, y desvelábase por entenderlas, y desentrañarles el sentido, que no se lo sacara, ni las entendiera el mismo Aristóteles, si resucitara para solo ello».*

CERVANTES. *El Quijote*. Capítulo primero

I. INTROITO: LOS PERSISTENTES DESEQUILIBRIOS PENDULARES Y LA OPCIÓN PARLAMENTARIA «ENTRE LA ESPADA Y LA PARED»

La distancia entre la representación que las instituciones –españolas, europeas y mundiales– mantienen de las soluciones a la crisis, que en España tiene básicamente dos indicadores muy por encima de los demás, el desempleo y la pobreza laboral, en un contexto de decrecimiento económico, y los auténticos problemas de las personas, en nuestro caso de las que viven y aspiran a ser activas en nuestro país –por tanto no ya solo los españoles–, crece de una manera extraordinariamente alarmante. Por más que sus discursos, en exceso ideologizados, se empeñen en diluirlos, los datos son extremadamente tozudos. Como ha constatado recientemente la Comisión Europea, desde 2010, fecha en que se inicia la última secuencia de reformas laborales orientada a promover un auténtico cambio de «modelo de relaciones laborales», en el marco de un todavía más ansiado «nuevo modelo productivo», hasta hoy, el desempleo en España ha crecido más de cuatro puntos porcentuales, pasando de un ya muy preocupante 20 por 100 –en el año inmediatamente anterior a la crisis, 2008, se situaba en el 9,5% de la población activa–, al 24,4 por 100 actual. Además, más de un año después de la plena aplicación de la reforma laboral más liberalizadora de toda nuestra –corta– historia democrática, el desempleo se situará por encima del 25 por 100. Para los jóvenes en más del 52 por 100.

En paralelo, la pobreza ha aumentado, habiéndose incrementado de forma notable el número de personas con riesgo de derivar hacia esta situación, hasta situarse en 2010 por encima del millón, alcanzando la pobreza infantil una cifra alarmante, pues está por encima del 26 por 100. Un lugar común respecto de esta materia ha venido centrándose en el entendimiento del empleo como la mejor forma de hacer frente a tal problema. Pero también este tópico, como tantos otros, se ha desmoronado, porque la tasa de «pobreza de personas con empleo», esto es, la «pobreza ocupacional» o tasa de «trabajadores (nuevos) pobres» va en aumento, siendo este porcentaje entre los trabajadores temporales muy superior al que se da entre los permanentes. Estas cifras han ido en un constante aumento desde 2006, pasando del 10 por 100 hasta el 12,7 por 100 en 2010, la tercera cifra más alta de la Unión Europea (UE), y el 14 por 100 para los trabajadores jóvenes.¹

¹ Vid. el cuadro de indicadores macroeconómicos del Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, que acompaña a la *Recomendación del Consejo* relativa al Programa Nacional de Reformas 2012 de España y por la que se emite un Dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad 2012-2015. Bruselas, 30 de mayo de 2012. En http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012_spain_es.pdf

Asimismo, todos los estudios confirman, si bien con matices a veces acusados en las cifras aportadas por cada uno de ellos, que el crecimiento de los salarios pactados en la negociación colectiva se ha ralentizado notablemente, de modo que, al igual que en Alemania, que siempre se pone de ejemplo como «líder» del proceso de reformas, también en España se han quedado rezagados con respecto a la inflación y la productividad en el entorno del 5 por 100. Hasta el punto de que en España se está produciendo también, como en Alemania, un «*deslizamiento negativo salarial*», de modo que los incrementos de los salarios derivados de los convenios –salarios nominales– no se corresponden con los salarios efectivos –salarios reales–, que bien se estancan o incluso decrecen. En este sentido, incluso quienes siguen viendo en nuestro sistema convencional una excesiva rigidez para el ajuste entre salarios y productividad, por incluir una indización salarial a la inflación generalizada, no pueden dejar de reconocer que han sido los interlocutores sociales los que han establecido un acuerdo para suspender por dos años esa vía –II Acuerdo de Negociación Colectiva y Empleo, 2012–.²

En suma, y por no dilatar en demasía el análisis cuantitativo, siempre árido e ilusionista –esconde tras el «espejo de la cuantificación» los dramas sociales causados por el desempleo y la precariedad–, con la traída a colación de estos datos oficiales tan solo se quiere evidenciar una profunda contradicción: las mismas autoridades que valoran positivamente las reformas laborales de los sucesivos Gobiernos desde 2010, por considerar que se dirigen en la «buena dirección», siendo la de febrero de 2012 la más «ambiciosa» de todas para lograr los objetivos, confirman que su aplicación traerá más desempleo y mayor segmentación del mercado de trabajo español. El colmo de esta posición antinómica lo encontramos en la evidenciada recientemente por la Comisión Europea. Esta, al tiempo que ensalza el respeto de la reforma española a la «*dirección marcada* por las recomendaciones relativas al mercado de trabajo que el Consejo *dirigió* a España» en 2011, constata no solo que «*a corto plazo esto puede provocar un aumento del desempleo*», quebrando el objetivo buscado de incrementar el ajuste por la vía de la modificación de las condiciones de trabajo, incluyendo sobre todo los salarios –flexibilidad interna–, sino que «*siguen persistiendo dudas acerca de si algunos elementos de la reforma son compatibles con la Constitución española*».³ No sorprenderá, pues, que al tiempo que critica el riesgo de desnaturalización de la norma laboral por un periodo tan dilatado de prueba como el de un año previsto en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 3/2012 (RDL), abomine de su previsión de mantener dos años la «*ultraactividad*», cuando esta técnica servía al mismo fin que el límite del periodo de prueba: garantizar seguridad jurídica en las relaciones laborales.

Esta fuerte tensión entre valoraciones y condicionantes opuestos, aun dentro de las mismas instituciones, se incrementa cuando se contrastan los pareceres puestos de manifiesto por organizaciones internacionales diversas, incluso opuestas, como son el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El primero, en un documento elaborado como culminación de una visita de sus «hombres de negro», no tiene rubor ni empacho alguno en valorar «muy positivamente la reciente reforma laboral» –habría que preguntarse positiva para quién–, porque tiene el «potencial de mejorar sustancialmente el funcionamiento del mercado de trabajo», caracterizado por su «alta tasa de desempleo, su segmentación, su rigidez salarial y sus rígidas condiciones de trabajo», para decir de inmediato que «los salarios no son todavía suficientemente sensibles a la muy elevada tasa de desempleo». En consecuencia, no duda tampoco en solicitar *nuevas opciones de flexibilización de las rela-*

² Vid. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, *op. cit.*, pág. 20.

³ Vid. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, *op. cit.*, pág. 34.

ciones laborales, reduciendo aún más los costes del despido de los trabajadores indefinidos –en esto coincide con la Comisión, con la consiguiente nueva erosión del artículo 35 de la Constitución Española (CE) y del Convenio n.º 158 OIT–, a fin de equipararlos con los temporales –igualación a la baja–, eliminando por mandato legal tanto la práctica de la indexación a la inflación como la «ultra-actividad». Y si todo ello no fuese suficiente, de modo que no se consiguiera «rápidamente una suficiente flexibilidad a nivel de empresa, las autoridades deberían preparar planes de contingencia...pasando a un sistema de incorporación optativa al convenio (*opt-in*)...» –lo que ignora el art. 37 CE–. Al tiempo que, por si faltaba algo por dismantelar, «considerarse atentamente (*educación y cortesía ante todo, claro*) si a los desempleados se les están dando ...incentivos para asegurarse un empleo y si el uso de los subsidios ofrece la mayor eficiencia» –con un nuevo quebranto del art. 41 CE–.⁴

En cambio, la OIT acaba de recordarnos la actualidad de su Declaración sobre la «*justicia social para una globalización equitativa*», que requiere el «compromiso» de los miembros y de la Organización «para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT». Un mandato que predica la continuada garantía de efectividad de las «normas internacionales del trabajo», que sitúa el «*empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales*».⁵

De este modo, y para sintetizar, si todos estos organismos internacionales, hoy actores protagonistas de la ordenación del gobierno de las relaciones laborales, más allá de sus competencias normativas –sobre todo el FMI y la Comisión Europea–, están convencidos de que España lo que necesita más que nada es «un crecimiento intensivo en empleo y mayores ganancias en competitividad», para llevarla al «*top ten*» (lista-ranking de los 10 mejores) en «índice global de competitividad y clima de negocios» – ¡vaya, claramente no es suficiente con ganar la Eurocopa de fútbol! –, su recetario es bien diferente. Los que forman parte del gobierno económico mundial están satisfechos con el sentido dado por el Gobierno a la reforma en febrero de 2012, pues abriría la vía a la «reversión» de los «grandes desajustes» o desequilibrios existentes –entre salarios y empleo, y entre los poderes que hay en el trasfondo de las relaciones sobre las que se sustentan–. Pero aún quieren una o dos vueltas de tuerca más, para intensificar esa reversión, con el consiguiente mayor poder de ajuste del empresario en detrimento del poder de control público y colectivo. Para ello, si es cierto que la Comisión deja caer el riesgo de que se estén cruzando líneas rojas –los límites constitucionales–, ni para esta, ni menos para el FMI, tales condicionantes institucionales pueden ser relevantes para impedir esa prioridad. En cambio, la OIT trae a colación, no con nostalgia sino como exigencia efectiva y más viva que nunca, la *recuperación del sentido de la medida* en todas las cosas, por supuesto en las normas de reforma, como exigencia del más elemental de los principios del Derecho Justo, «según la venerable definición del *Digesto*, «el arte de lo bueno y lo equitativo» (*Jus est ars boni et aequi*)», cuya práctica obligaría a calcular y ordenar «lo que debe corresponder a cada uno».⁶ El nuestro caso

⁴ Cfr. Recomendación del FMI, Consultas del Artículo IV con España Declaración Final de la Misión del FMI, Madrid 14 de junio de 2012. Este documento, que cobra especial interés tras el «rescate financiero» parcial a España, está disponible en <http://www.imf.org/external/spanish/np/ms/2012/061512s.htm>. También la Comisión Europea ha llamado la atención sobre la necesidad de reducir las políticas pasivas y dar más juego a las políticas activas, pero distintas a las basadas en incentivos. Vid. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión y Recomendación del Consejo, de 2012, *op. cit.*

⁵ Así lo evidencia entre los «considerandos» de su reciente Recomendación sobre los «*pisos nacionales de protección social*», 101.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, mayo-junio, 2012. En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_183322.pdf

⁶ Vid. SUPOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La Justicia social frente al mercado total*, Barcelona: Ediciones Península, 2011, pág. 115.

el reparto equitativo –equilibrado– de riesgos y beneficios en torno a las políticas de ajuste de las empresas a las exigencias de los mercados, sin olvidar las razones de las personas.

Estas referencias de contexto no son baladíes. Conforme a esta lógica de gran inversión de situaciones –«mundo al revés»– que vivimos, sabido es que lo que aparece como «recomendaciones» de la Comisión –e incluso del FMI–, hoy resultan auténticos «mandatos vinculantes», en virtud de la cesión de soberanía reguladora que supondría el verse inmerso en un «plan de rescate» financiero y en virtud de las nuevas normas económicas de la UE –aunque no hayan cambiado las competencias en materia social y laboral–. En cambio, lo que son auténticos mandatos normativos, a respetar de modo obligatorio por nuestro sistema jurídico, como las normas internacionales del trabajo –artículo 10.2 CE–, aparecerían, primero para el RDL y luego para la Ley, como plenamente disponibles, abriendo una creciente brecha entre la «Ley» –cada vez más orientada a las razones del mercado, aunque perjudique las razones de las personas– y el Derecho –que no puede dejar de ser, por imperativo constitucional, expresión de una transacción entre las razones del mercado y las razones de las personas–, entre el «ser» –lo que se hace– y el «deber ser» –lo que debería hacerse–.

En este contexto tan contradictorio y tenso habría que preguntarse *¿cuál es el sentido de la medida* que ha tenido el Parlamento en la tramitación de la reforma gubernamental como Ley 3/2012, de 6 de julio?

Unos y otros, los críticos y los defensores de la reforma gubernamental, aceptan que esta ha supuesto una profunda ruptura de los equilibrios precedentes en el mundo del trabajo, provocando una intensa «devaluación interna» de nuestro sistema regulador –y por tanto de las condiciones de trabajo («precio de la mano de obra española»)–, de modo que la reforma laboral cubriría la funcionalidad que otrora realizaba la política monetaria de los países soberanos, cuando se podía devaluar la «moneda nacional» como una vía para la mejora de la competitividad. Esta situación para unos quebraría las líneas rojas constitucionales –«Constitución del Trabajo Digno» ex art. 35–, y para otros, en cambio, sería una adecuada fuente de reajustes reguladores y de poder a fin de recuperar el principio de productividad consagrado también en la norma suprema –«Constitución Económica de la Libertad de Empresa» ex art. 38–.⁷

El Parlamento constituye la máxima expresión del principio democrático, en la medida en que representa el interés general, por lo que, aunque sea solo formalmente, es en este ámbito institucional, hoy también depauperado y en crisis, como todas las instituciones en España, donde había que confiar una reforma estructural, no ya de mera urgencia, más racional, eficaz y equilibrada. ¿Lo habrá logrado? Aunque retrase la respuesta al final no creo que haya mucho suspense a estas alturas al respecto en un sentido negativo. El objetivo de este estudio es poner en evidencia cuáles son las novedades que presenta la Ley 3/2012, dando cuenta de todas y cada una de ellas, de su significado de política del derecho y de sus dimensiones más operativas o de práctica aplicativa. Para ello, pri-

⁷ Creo que esta conclusión ha quedado bien reflejada en el debate parlamentario con las palabras del señor Caldera: «Tres días después de la publicación del decreto-ley una prestigiosa revista liberal conservadora, *The Economist*, calificaba esta reforma laboral como una reforma para la devaluación interna de España, basada en una rebaja generalizada de los salarios. Ese era su análisis. Era correcto, pero esto es bastante injusto, además de que nadie nos garantiza que una bajada de los salarios vaya a mejorar la competitividad de la economía española. ¿Y si va a recomponer la cuenta de resultados de las empresas porque no hay acuerdo en la utilización de este esfuerzo? Esto es muy delicado». Boletín del Congreso, 24 de mayo de 2012, número 106, pág. 5.

mero agruparé y clasificaré las múltiples innovaciones de la versión parlamentaria respecto de la gubernamental, con el objetivo de facilitar su conocimiento, luego expondré cada una en su contexto normativo-institucional y finalizaré con una valoración de conjunto.

II. MAPA GENERAL DE LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS DE LA REFORMA: «SIN PENA NI GLORIA»

1. Una reflexión de procedimiento: el perpetuo homenaje a la confusión entre «lo urgente» y «lo importante». ¿Reviviendo a Mussolini?

Con el claro control que representaba «el rodillo de la mayoría absoluta», el RDL estaba predeterminado a pasar el trámite parlamentario sin pena ni gloria. El Gobierno ya había advertido del carácter meramente «técnico» de esta vía, sin margen para reformas en profundidad que alteraran el modelo impuesto a través del RDL. Los profundos desequilibrios entre el poder empresarial unilateral y el poder de autonomía colectiva estaban, pues, destinados a consolidarse, y si acaso se abría alguna oportunidad para elevar en algunos aspectos, un peldaño o dos más, los márgenes de flexibilidad concedidos a los empleadores para propiciar el ansiado modelo de ajuste por la vía de los «precios» –condiciones de trabajo– a los imperativos de mercado para cada empresa. A este respecto, cabe apreciar dos datos. De un lado, la extraordinaria ineficiencia del trabajo parlamentario en este ámbito, por cuanto han sido centenares las enmiendas planteadas y muy pocas las aceptadas, en su mayoría del grupo parlamentario que sostiene al Gobierno. Lo que obligaría a preguntarse para qué sirve, sobre todo para la ciudadanía, tan intenso trabajo si sus resultados son tan previsibles y apenas afectará a lo ya existente desde hace cuatro meses, periodo en que se ha generado una gran incertidumbre en torno al sentido final de la reforma, dadas las más que sólidas dudas de constitucionalidad de muchas de sus reglas.

De otro, cabe establecer una notable diferencia entre el impacto del trámite de la reforma en el Congreso, donde es cierto que ha habido más esfuerzo transaccional, y el del Senado, que apenas se ha dejado notar en el conjunto de la reforma. Una constatación que nos lleva de nuevo a cuestionar el sentido de la Cámara Alta, evidenciando más su función dilatoria que de una nueva reflexión sobre la mejora, sustancial y técnica, de las leyes que se tramitan.⁸

Desde esta perspectiva crítica del papel del Senado, no es solo anecdótico el que se presentara una enmienda, luego reiterada por la presidencia sin tramitación, por la que se pretendía modificar la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, por la que se crea el «empleo» de teniente general en la escala superior de oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil, ya que la misma «carece de manera evidente y manifiesta de conexión con el proyecto de ley». Quizás la obsesión, fundada, por la creación de empleo llevó a quien la presentó a incluir

⁸ Si nos atenemos al número de enmiendas aceptadas, su paso por el Senado casi no ha tenido impacto en el proyecto de ley, pues solo se han aceptado 11 enmiendas, todas del Partido Popular (PP). De tal manera que la senadora del PP, Araceli Peris, cerró el debate del día 21 de junio diciendo que «siente enormemente» no haber podido aceptar ninguna enmienda excepto la del Partido Nacionalista Vasco –ni siquiera una de Convergència i Unió que iba en un sentido adherente a su modelo flexibilizador de los procedimientos de regulación de empleo–. Con cierto sarcasmo, dijo que «Nos aplicaremos en negociar más y mejor», y añadió que es una asignatura «que no debemos dejar de lado». En fin, no creo que merezca mucho comentario.

algo en la reforma laboral que supusiera una directa e inmediata creación de «empleo», aunque fuera de «personal militar». Fuera de esta extravagancia, y más allá de ciertas «mejoras técnicas», el único cambio realmente relevante introducido por la Cámara Alta es el que afecta al cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación cuando haya lagunas de cotización. Eso sí, comparte con la reforma laboral la orientación de recorte, por cuanto el resultado de este cambio significará una reducción de en torno a un 6 por 100, como media, de las pensiones futuras. Aunque, la opinión pública ha dado mucha relevancia a otra reforma que se pretende sustantiva –pese a que el portavoz del Grupo Popular la calificó, quizás con algo de frivolidad, de «mejora técnica»–, la que fija una prioridad de continuidad en la empresa a favor del personal laboral fijo de las Administraciones públicas, esto es, a quienes hayan pasado una oposición –o un concurso– públicos, su valor en realidad, como también se explicará, es más bien testimonial.

Ciertamente, y para ser honestos, debe valorarse positivamente que finalmente no se haya aceptado, mediante transacción, una enmienda de Convergència i Unió (CiU) orientada a dar aún más flexibilidad a los despidos colectivos. Una de las principales incógnitas del trámite parlamentario en el Senado fue saber qué sucedería con una enmienda presentada por CiU que pretendía que cuando los jueces fallaran contra un despido colectivo por defectos de forma o procedimiento, el despido no fuese considerado nulo sino, como sucede con la mayoría de los despidos, improcedente. La propuesta reaccionaba contra una doctrina judicial adversa a los propósitos de liberalización, pues pretendía evitar que se consolidara como jurisprudencia la doctrina de suplicación sentada por sendas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Cataluña. Como veremos, ambas declaran la nulidad del despido colectivo tras acreditar que los empresarios no habían demostrado que concurrían las causas alegadas ni presentado la documentación preceptiva en un contexto de grupos empresariales, haciendo un análisis muy pormenorizado de la nulidad y con un sentido expansivo, lo que ha llevado a la crítica de los asesores de grandes empresas, que evidencian, con razón, el riesgo de judicialización de estas decisiones, escaso cuando se exigía autorización.

A la vista del formato final de la reforma laboral, y comparando el texto normativo de la versión gubernamental y el de la versión parlamentaria, podría pensarse que sí hay diferencias de relieve, sobre todo por la notabilísima actividad transaccional en el seno del Congreso. Ahora bien, además de resaltar, como analizaremos con detalle, que las novedades más relevantes son las que se orientan hacia una «flexibilidad» más intensa, no en la recuperación de la contrapartida de la «seguridad», ni siquiera para los empresarios, lo verdaderamente llamativo debe ser el kafkiano trámite legislativo llevado a cabo y que ha sido objeto de crítica interna por algunos parlamentarios, aunque con nulo éxito. En este sentido, el proyecto de ley no solo se tramitó por el procedimiento de urgencia, proyectando el modelo de reforma gubernamental en el parlamentario, sino que también se ha realizado atribuyendo a la Comisión de Empleo competencia legislativa plena, si bien, como evidencia el dato de la «aceptación de transacciones en masa», con textos alternativos y plazos perentorios, ha actuado en unos casos como Comisión –art. 114 Reglamento– y en otros como Pleno –art. 117 Reglamento–. En consecuencia, más allá de cuestiones técnicas, el resultado es que la reforma laboral tampoco responde en su trámite parlamentario a un paradigma de corrección en torno al respecto del principio democrático, ni formal ni sustancial.

A mi juicio, llevan toda la razón quienes recordaron en ese momento que este trámite da pie a traer al primer plano de actualidad el origen de esta figura de la delegación del Pleno, que fue un

invento de Mussolini, gran exponente del «principio de gobierno totalitario» —ahora no sería político en sentido estricto, sino mercantil, en virtud de la fe en el principio del «mercado total», como «vara de medir de todas las cosas»—, pasando del régimen corporativo italiano al régimen franquista y de aquí al democrático. Si esto ya no se puede cambiar —o sí, como prueba que cuando se quiera la Constitución admite reformas exprés—, lo que sí *«deberíamos evitar es que se perfeccionara Mussolini en cuanto al deterioro de la práctica parlamentaria»*.⁹ También aquí cabe constatar la referida degradación de la calidad del principio democrático, ahora en la misma producción del Derecho. En consecuencia, este poco edificante trámite parlamentario de la reforma confirmaría una crisis más profunda, la del principio de democracia constitucional, sobre el que se asienta nuestro modelo de convivencia civilizada, y la emersión de auténticos *«poderes salvajes»*, públicos y privados.¹⁰

2. Una perspectiva funcional para «separar el grano de la paja»: los cinco ejes básicos de la reforma laboral en su versión parlamentaria

Si desde el plano procedimental pasamos al funcional, una visión de síntesis de las múltiples novedades que ofrece la versión parlamentaria de la reforma laboral podría bien organizarse a través de un encuadramiento de todas ellas en *cinco grupos*, bloques o ejes básicos, atendiendo a la finalidad dominante de política del derecho pretendida. Una subdivisión en tantos grupos o ejes podría dar una imagen falseada del significado real de la reforma parlamentaria, de modo que la cantidad de modificaciones y la diversidad de objetivos perseguidos no debe mover o llevar a engaño, en cuanto que realmente los cambios más significativos se ordenan solo en torno a dos líneas, que resumen bien el sentido de la reforma parlamentaria. De un lado, las innovaciones orientadas a *ampliar más la flexibilidad* de que dispone el empleador para gestionar el proceso de ajuste de las condiciones laborales —precio del factor trabajo— a las demandas de su mercado competitivo —socialización del riesgo de empresa—, que son las menos numerosas cuantitativamente pero las más relevantes cualitativamente. De otro, la inclusión de reformulaciones de *mejora técnica* de las medidas del RDL, a fin de favorecer la coherencia entre la reforma gubernamental y el ordenamiento jurídico, corrigiendo deficiencias o integrando lagunas generadas por el improvisado RDL, siendo estas novedades las más numerosas.

Ciertamente, la parte final y «extravagante» de la ley, sobre todo sus numerosas disposiciones adicionales y finales, incorpora un gran número de materias «nuevas» respecto de la versión gubernamental. Sin embargo tampoco aquí debemos dejarnos seducir por «el tamaño». Por lo general, se trata de materias relativas a «políticas activas de empleo» y su alcance es más que normativo programático, en cuanto que evidencia un programa gradual de renovación del marco de las políticas de empleo, las grandes olvidadas. Un nuevo programa de modernización que, además, tampoco aparece generalizado, como ha «recomendado» la Comisión Europea, sino que tiende a centrarse en ciertos colectivos especialmente vulnerables, en especial las *personas con discapacidad, y en riesgo de exclusión social* (disp. adic. 13.^a). Para las personas víctimas de violencia terrorista sí se ha aprovechado la tramitación parlamentaria —lo que resulta de justicia en el plano de los valores, pero extra-

⁹ Son palabras del señor COSCUBIELA CONESA. Congreso, 24 de mayo de 2012, núm. 106, pág. 3.

¹⁰ Vid. FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011.

vagante en el momento y el modo, por ser temas estructurales no de urgencia– para adaptar el vigente marco laboral y de empleo al reciente estatuto de protección integral previsto para ellas (Ley 29/2011, de 22 septiembre) (disps. finales 14.^a y 15.^a).

Para una visión más global y sencilla del conjunto de la reforma reflejamos a continuación el referido «mapa» o «cuadro» de reformas ordenadas conforme al criterio funcional indicado, advirtiendo que no es exhaustivo sino ejemplificativo, por cuanto a continuación vamos a exponer con detalle todas y cada una de las novedades, con lo que queremos evitar la duplicación. No obstante, entendemos que ayudará a comprender mejor el sentido de la reforma parlamentaria, desbrozando o separando «el grano de la paja», agrupando los cambios e ilustrando cada uno de ellos con las medidas básicas en cada grupo o eje de reforma.¹¹ A saber:

1. Las innovaciones orientadas a una **mayor flexibilidad laboral**, sobre todo de carácter interno, que incremente el poder unilateral del empleador, con lo que se proyecta el nuevo «Estado productivista» y su «*principio jurídico de mercado total*» –o «*totalitarismo jurídico de mercado*»–.

Sin duda no son las más numerosas, como se anticipó, pero sí constituyen el núcleo duro del grupo de reformas que podemos calificar de «sustantivas» o de fondo, por suponer una innovación jurídica respecto de la regulación gubernamental, lo que ya ofrece una pista determinante de por dónde se ha conducido el grueso de esta segunda fase de la reforma laboral. La aplicación de la reforma laboral en sus cuatro primeros meses ha evidenciado su «utilidad» para facilitar el despido a corto plazo, en especial a través de los procedimientos de regulación de empleo, que han aumentado un 44,4 por 100 respecto al mismo periodo del año pasado –han sido 134.586 trabajadores afectados frente a los 93.159 del periodo anterior, según el Boletín de Estadísticas Laborales (BEL) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social–, al igual que sucede con los expedientes suspensivos. Sin embargo, han decrecido notablemente los previstos para la reducción de jornada, pues afectan a poco más de la mitad que en el periodo anterior. Esto está revelando que el déficit sigue produciéndose en la falta de cultura de las empresas para acudir masivamente a los ajustes mediante los instrumentos de la flexibilidad interna. De ahí que una clara línea de política del derecho de la reforma, en su tramitación parlamentaria, se haya concentrado en reforzar este otro modelo de ajuste, con lo que el Parlamento, lejos de recuperar los equilibrios perdidos, contribuirá a reforzar todavía más el poder unilateral del empleador. Asimismo, han encontrado una vía de formulación parlamentaria algunas demandas de flexibilidad externa, sobre todo en relación con la contratación temporal, en particular para los contratos formativos.

- a) La duplicación del porcentaje de jornada de libre distribución irregular a cargo del empresario, sin necesidad de contar con acuerdo colectivo, que pasa del 5 al 10 por 100 –modificación del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET)–.

¹¹ Un seguimiento muy exhaustivo, y en tiempo prácticamente real, del proceso de tramitación, con comentarios breves pero sugerentes a las diferentes enmiendas, las aceptadas y las rechazadas, puede leerse en el blog del profesor Eduardo ROJO TORRECCILLA: <http://eduardorjoblog.blogspot.com.es/>

- b) La reducción a la mitad –de dos años a uno– del periodo de vigencia del convenio colectivo una vez denunciado (modificación del art. 86.3 ET).

Uno de los cambios más importantes en esta dirección de mayor flexibilidad es la nueva vuelta de tuerca que se le da a la «ultraactividad» de los convenios, pues si el Gobierno previó un periodo de «paz» de dos años, el Parlamento lo reduce a solo un año. De este modo, pasamos desde la continuidad de la eficacia de sus cláusulas normativas más allá de la vigencia pactada o prorrogada, sin límite específico y con vocación de indefinida, a su mantenimiento en tal caso solo por dos años, y ahora solo un año, como resultado de la enmienda que se ha pactado con CiU y a instancia directa de la CEOE. Por fortuna, esta regulación de favor hacia el fin de todo rastro o vestigio de la ultraactividad convencional no ha tenido su culminación con la reforma del régimen transitorio que propuso el Congreso paralelamente para el cómputo de ese año en los convenios colectivos ya vencidos antes de la reforma laboral, pues afortunadamente el Senado –aquí sí ha cumplido su función de segunda oportunidad reflexiva para la mejor calidad de la ley– lo ha enmendado, lo que permitirá ganar unos cinco meses de (relativa) «calma».

- c) Refuerzo de la preferencia aplicativa de las unidades de empresa, destacando ahora que esta puede actuar su potestad reguladora preferente en cualquier momento de la vigencia del convenio superior –nuevo inciso en el art. 84.2 ET–.

Ciertamente puede pensarse que esta precisión es una simple mejora técnica, pues una lectura pacífica y directa de la versión gubernamental del precepto laboral ya evidenciaba esa posibilidad, que en última instancia abre la vía a una forma todavía más flexible y liberal de «descuelgue» del convenio sectorial que la prevista en el artículo 82.3 del ET, pues no precisa causa alguna. Sin embargo, entiendo que debería ubicarse en este grupo de fomento de la flexibilidad, por el efecto expansivo que busca en el ejercicio de esta prioridad aplicativa empresarial.

Una visión expansiva que aún queda mejor confirmada si se tiene en cuenta no solo lo que se dice tras la tramitación parlamentaria, sino también lo que se ha querido callar, rechazando una enmienda que pretendía poner un poco de racionalidad en esta regulación, tan potencialmente favorable a la empresa que decida acogerse a esa vía como peligrosa para las demás empresas competidoras de la misma. En efecto, una vez aceptado que el convenio colectivo de empresa tenga prioridad para regular con carácter prioritario la cuantía del salario base y de los complementos salariales, la Enmienda n.º 385 de CiU quiso dar solución a ciertas voces empresariales que han puesto de relieve los riesgos de una aplicación generalizada e incontrolada de esta regla de descentralización convencional. Por eso, la prioridad del convenio de la unidad de empresa se sujetaba a un límite cuantitativo: que la masa salarial total «no sea inferior a la establecida en el convenio sectorial estatal o autonómico para aquellas categorías profesionales por las que se haya acordado la subrogación del personal por dichos convenios colectivos estatales o autonómicos», justificándose la enmienda por la necesidad de limitar justamente la prioridad aplicativa del convenio de empresa «por sus posibles efectos perversos en determinados sectores». Pues bien, no prosperó tal límite a la regla de prioridad empresarial y eso significa que tal medida constituye una pieza crucial del nuevo principio de

orden público laboral productivista que ha diseñado y puesto en juego el Gobierno para el cambio radical de modelo de relaciones laborales, habiendo sido aceptado de pleno por el Parlamento –lo que no es llamativo si se tiene en cuenta el referido «rodillo» de la mayoría parlamentaria–.

- d) El nuevo y adicional permiso formativo retribuido del artículo 23 del ET, con el que se pretende reforzar las garantías del derecho a la formación del artículo 4 del ET, se desvincula del «puesto de trabajo» –marco de referencia rígido por limitado– y queda ligado a una unidad de referencia –de medida– que refleja mejor las necesidades de la empresa: la actividad de la misma en su conjunto.

Asimismo, y en esta misma dirección de flexibilización del marco de referencia para la ordenación del permiso, se extienden de tres a cinco los años en los que se puede acumular tal permiso. Como una medida de mayor flexibilidad empresarial es la previsión expresa de considerar ya cumplido el derecho, por tanto sin que implique una garantía adicional en todo caso, «cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva».

En cambio, como una garantía colectiva que limita el poder unilateral, o incluso la autonomía contractual individual, del empleador hay que entender la exigencia de que sea la negociación colectiva la que establezca el régimen de disfrute del permiso, de modo que frente a la llamada directa que el RDL hacía al pacto entre el empresario y el trabajador, ahora el Parlamento le atribuye un papel subsidiario. En efecto, solo «en defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo...» –nueva redacción del art. 23.3 ET–.

- e) La ampliación de los supuestos que permiten formalizar el contrato para la formación y aprendizaje, lo que supone una mayor flexibilidad externa, si bien de entrada al mercado de trabajo –modificación del art. 11.2 ET–.

Como veremos, el contrato para la formación y el aprendizaje vuelve a ser blanco de modificaciones orientadas claramente a promover su uso, suavizando las reglas para este tipo de contratación. Así, podrá celebrarse un contrato para la formación y aprendizaje con trabajadores de 16 a 25 años «que cursen formación profesional del sistema educativo», con lo que se amplía su ya extenso ámbito subjetivo. Además de permitirse ahora dos prórrogas del contrato, en el ámbito de su duración, y no ya solo una, como hasta ahora. Otras pequeñas novedades de este contrato temporal apuntan en direcciones de política diferentes, destacando, como se dirá, las que significan un agravio comparativo entre las condiciones de unas modalidades y otras de este tipo de contratos, en detrimento de los que se hacen en el marco de políticas de fomento del empleo en alternancia.

- f) La inclusión de una regla específica de cómputo de los plazos previstos para activar la aplicación de la regla limitadora del encadenamiento de contratos temporales, cuya suspensión aplicativa se anticipa a 1 de enero de 2013 –nueva redacción del art. 5 RDL 10/2011 en relación con el art. 15.5 ET–.

Una previsión de este tipo puede entenderse que participa de las «enmiendas de mejora técnica», por cuanto aspira a dar una forma de cómputo precisa. Pero, como se verá, su efecto es de signo restrictivo para las garantías de los trabajadores y, por lo tanto, favorece el interés empresarial claramente, borrando la existencia del tiempo que ha transcurrido desde la suspensión de la medida. En consecuencia, debilita los efectos de la protección legal a favor de la posición empresarial.

- g) *Reformas procesales orientadas a reforzar la posición decisoria del empleador*, en especial respecto de los despidos colectivos –nueva modificación del art. 124 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)–.

Vamos a ver inmediatamente que la práctica totalidad de las reformas procesales –sí, de nuevo se modifica la LRJS–, que afectan a varios preceptos más que en la versión gubernamental, tienen como razón de ser fundamental la mejora de la coherencia reguladora. Sin embargo, algunas de las que mayor atención merecen y que representan un mayor grado de innovación legal tienen como principal objetivo dotar de mayor seguridad jurídica, pero también de una mayor firmeza, sus decisiones de gestión, en especial respecto del despido colectivo, una vez se ha librado del control administrativo de carácter autorizador, aunque siga existiendo, incluso se refuerce –pero sí cuenta con el acuerdo de las partes, incluido el empleador, y en sentido de mediación– la intervención público-administrativa. Hasta el punto de que incluso se quiere reconvertir a la jurisdicción social, pasando de ser una forma de control de la legitimidad de sus decisiones, corrigiéndolas cuando no resulten ajustadas a Derecho, a configurarse como una aliada de las mismas, declarando que se ajustan a derecho a fin de desactivar preventivamente eventuales impugnaciones individuales. Así sucede con la legitimación activa concedida al empresario para poder impugnar, en ausencia de recurso por parte de los representantes de los trabajadores, su propia decisión extintiva –art. 124.3 LRJS–. O también con la desaparición de la causa de nulidad del despido basado en abuso o fraude –art. 124.11 LRJS–.

- h) *El retorno al modelo de pago directo* por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) del 40 por 100 de la indemnización por despido económico procedente en empresas de menos de 25 trabajadores, en detrimento del modelo de resarcimiento por parte de aquel del pago empresarial realizado al trabajador por el total de la indemnización –nueva modificación del art. 33.8 ET–.

2. **Mejoras técnicas**, a fin de ganar en mayor coherencia reguladora y seguridad jurídica, pero sin innovar nada en el ordenamiento vigente antes de la reforma.

Constituyen sin duda el grupo más numeroso, desbordando con mucho los grupos de reformas «sustanciosas» o de fondo, y, aunque ni unas ni otras consigan alterar en nada el modelo promovido por la versión gubernamental de la reforma laboral 2012, a mi juicio, sí son muy reveladoras de la asunción por el Parlamento –y por tanto por su grupo parlamentario absolutamente mayoritario– de la crítica hecha al RDL por su improvisación y enormes deficiencias técnico-reguladoras, que estarían en la base de los significativos ajustes que a tal fin han sido necesarios introducir.

Conforme a una visión muy extendida de la reforma en su versión gubernamental, a la «inseguridad laboral» que genera para los trabajadores, aunque sea el «precio» a pagar para mejorar su «empleabilidad» –la probabilidad de continuar en la empresa, aunque con condiciones peores–, había que sumar una gran «inseguridad jurídica», dadas las imprecisiones, contradicciones y lagunas que presentaba el texto original respecto del ordenamiento jurídico-social en su conjunto. Una situación que no solo perjudica los intereses de los trabajadores, sino también de los empresarios, por cuanto, y en esto llevan razón los asesores de grandes empresas, lejos de favorecer el efecto querido de privar de control judicial las decisiones, se van a judicializar aún más las relaciones laborales, sin que en muchos aspectos críticos, como los despidos por causas económicas, existan ya los llamados «cortafuegos» –palabra ahora tan al uso– administrativos y dado el fuerte debilitamiento del poder de autonomía colectiva –sobre todo sindical–.

En consecuencia, hay que reconocer al trámite parlamentario un notable esfuerzo orientado a corregir buena parte de esas deficiencias, siempre sin afectar al núcleo duro de la reforma. Entre las muchas «enmiendas» de este tipo podemos citar, siempre teniendo en cuenta que evidenciamos la que creemos es su razón de ser básica –lo diga así o no en su justificación formal dada por el grupo parlamentario autor de la misma, pues no siempre su visión responde con la realidad de sus efectos–, están:

- a) Un primer grupo de este tipo, de mínima relevancia, son las que inciden en nuevas inclusiones en el solemne –y también algo falaz– preámbulo, para que esté en coherencia con los cambios introducidos, o los que incluyen precisión sobre los fundamentos constitucionales de las nuevas materias introducidas, como en el caso de la reforma de la legislación fiscal, para incluir los incentivos de este tipo a los contratos «indefinidos» de apoyo a emprendedores –reforma del artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación con el artículo 4 Ley–. Pese a esta advertencia de banalidad innovadora, no deja de tener su interés por ser el preámbulo una pauta interpretativa (SSTCO 36/1981 y 31/2010).
- b) Un segundo grupo, ya de algún mayor relieve jurídico, siempre de puro ajuste técnico, está constituido por las enmiendas de adecuación de la reforma al conjunto del ordenamiento, introduciendo mayor coherencia entre las normas sustantivas y las normas de garantía –administrativa y judicial–, incluso con la legislación de Seguridad Social.

Es el caso, por ejemplo, de las enmiendas que buscan adecuar el conjunto de la legislación sociolaboral al cambio de denominación de ciertos tipos de contratos, como el antes llamado «contrato a domicilio» y el ahora denominado «contrato a distancia» del artículo 13 del ET, cuyo ajuste, meramente nominal, olvidó el Gobierno, sea en relación con el propio ET –art. 8 relativo a la forma del contrato– sea con las leyes de Seguridad Social –disp. final 5.^a, apdo. 1 de la Ley de reforma, que modifica el tenor del art. 7.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)–. En un plano análogo debe situarse la mayor precisión incorporada en la disposición adicional 4.^a de la Ley para dejar constancia del nombre completo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, aunque prevé un plazo más reducido –de seis meses pasa a tres– para promover el cambio normativo que auspicia en esta materia; o el reajuste regulador que hace respecto de

la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, incorporando al texto de la disposición estatutaria que la contempla la nueva función atribuida en torno a la solución de discrepancias en los supuestos de descuelgue, remitiendo a la norma reglamentaria cuestiones solo de composición y organización, no de funciones, como hacía la versión originaria –modificación de la disp. final 2.ª ET–.

O es tal el caso también, pero con más incidencia jurídica, de las reformas que se dirigen a ajustar las normas sancionadoras sociales a los cambios en relación con el reconocimiento del papel de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) como agencias privadas de colocación –apdos. nueve y diez del art. 1 de la Ley de reforma, que introduce un nuevo apdo. 1 bis (sic) en el art. 16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), o el enunciado de la letra c) del apdo. 3 del art. 18 de ese mismo cuerpo legal–, y en general respecto de toda la actividad de intermediación y sus agentes –nueva redacción del art. 16.1 LISOS por la disp. adic. 16.ª de la Ley de reforma, respecto de la tipificación de infracciones; nueva redacción al art. 40.1 LISOS, respecto del encuadramiento de sanciones–.

Pero también para no crear una brecha entre la equidad en el trato sancionador y la disociación conceptual y reguladora que ahora se hace en el plano sustantivo para la modificación sustancial de condiciones de trabajo y las cláusulas de descuelgue –nueva redacción dada al art. 7 apdo. 6 LISOS–, o no perder el paso sancionador respecto de los procedimientos relativos a la regulación de empleo por fuerza mayor –nueva redacción del art. 8.3 LISOS–. A este respecto, y si bien no siempre es consecuente, es de agradecer que la versión parlamentaria haya tendido a recoger en una misma disposición final el conjunto de los cambios que propone en los cuerpos legislativos laborales y sociales afectados –es el caso de la disp. final 5.ª de la Ley de reforma para la LGSS, o la 6.ª para la LISOS–.

En cualquier caso, es manifiesto que el notable incremento normativo de la Ley no conlleva novedades de relieve sino que corrige excesivas deficiencias técnicas de la versión parlamentaria. Una visión innecesariamente inflacionaria de la ley de reforma, de haber hecho bien sus deberes el RDL, que encuentra su máxima expresión, práctica pero también crítica, en las muy numerosas reformas, ya referidas, en la normativa procesal, en concreto en la LRJS. Como se analizará en su momento, el capítulo V de la Ley de reforma laboral ha adquirido una dimensión extraordinaria sin que las novedades reguladoras de cierta importancia sean muchas, aunque algunas hay, como se indicó igualmente, pues la mayoría solo responden a la necesidad de mantener la coherencia entre normativa sustantiva remozada y normativa procesal.

En una perspectiva estrictamente inflacionaria, varias veces hallaremos una cierta secuencia «de ida y vuelta». La nueva redacción supone más bien reponer, si bien modulado, el texto eliminado de raíz por la versión gubernamental, olvidando que persistían situaciones que requerían un ajuste más fino –por ejemplo, la reintroducción parcial del derogado apdo. 11 del art. 151 LRJS (efectos de la sentencia que deje sin efecto una resolución relativa a la extinción por fuerza mayor, a través de un proceso contencioso laboral); o las vías previstas de impugnación de resoluciones administrativas relativas a suspensiones y despidos por fuerza mayor, que mantiene el carácter autorizador...–).

En otras ocasiones, bajo reformas de coherencia técnica se pueden estar disfrazando cambios orientados a restringir la acción sindical, como es el caso del condicionamiento de la legitimación de las representaciones sindicales para impugnar los despidos colectivos a que tengan implantación en el despido –art. 124.1 *in fine* LRJS, coherente con el art. 153 LRJS, que también lo exige para la impugnación de procedimientos colectivos, pero restrictivo de la libertad sindical–.

c) Reformulaciones técnicas en el contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 ET).

Al respecto, destacan aquellas que pretenden introducir seguridad jurídica en torno a las posibilidades que hay de volver a contratar bajo esta modalidad al trabajador que ya haya gozado de este tipo de contrato y finalizado su vigencia. En este sentido, la reforma parlamentaria modifica la redacción originaria, ya que esta última disponía que «expirada la duración del contrato..., el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta». El texto remitido al Senado por el Congreso, y no modificado por aquel, prohíbe una nueva contratación «salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional». Además, como se verá, se especifica que la justificación de haber impartido la formación deberá efectuarse una vez que haya finalizado el contrato.

d) Reformulación del sistema de incentivos fiscales, con reformas en la legislación fiscal y clarificación de las situaciones contempladas.

Entre las novedades más relevantes de la reforma laboral, del lado de la política de fomento del empleo, está el potente sistema de incentivos fiscales con el que se quiso promover el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores –art. 4 del RDL y ahora de la Ley–. Sin embargo, para su aplicación, de inmediato se generaron dudas interpretativas. Ahora el legislador prefiere introducir un régimen fiscal de incentivos para este contrato, modificando el artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (disp. final 17.^a de la Ley en relación con su art. 4).

Por tanto, ahora se fragmenta su régimen regulador en dos cuerpos legislativos, el laboral y el fiscal. No obstante, la nueva regulación sí clarifica algunos de los temas más dudosos, como la situación que da lugar a la deducción fiscal de 3.000 euros, concretando que solo lo pueden disfrutar los empresarios que no tengan en el momento de la entrada en vigor de la ley ningún trabajador contratado, haciendo coherente su denominación como contrato de «apoyo a emprendedores». La otra deducción fiscal sí se abre a toda empresa de menos de 50 trabajadores que contrate a los colectivos indicados, los jóvenes desempleados y los mayores de 45 años –ahora sin referencia alguna al periodo de desempleo acumulado, cuando en la versión originaria sí se establecía que eran parados de larga duración–.

e) Fijación de referencias temporales más ciertas para identificar las causas de determinadas decisiones empresariales por causas económicas, sea para los acuerdos de descuelgue art. 82.3 ET– sea para la regulación suspensiva y extintiva de empleo, así como inclusión de otras precisiones de coherencia para despidos por causas objetivas.

A nadie escapa que uno de los ejes básicos de la reforma es la flexibilización de las causas exigidas por la normativa para fundamentar decisiones modificativas, suspensivas y extintivas de los contratos de trabajo cuando concurra un interés de tipo económico-productivo del empleador, de modo que se liberalice su ejercicio, mediante una mayor objetivación de las causas y una evidente reducción de los tipos de control judicial sobre las mismas. Sin duda es sobre esta materia sobre la que girará con más densidad y divergencia el debate forense sobre la reforma, abriéndose ya diferentes posiciones judiciales en torno a la posibilidad o no de recuperar, como complemento del juicio de causalidad, el de razonabilidad. El legislador no ha querido terciar de un modo diferente que el Gobierno en esta procelosa materia. Pero sí ha procurado dar algún instrumento más que permita introducir algo de seguridad jurídica, pues solo con una extrema ingenuidad podría pensarse que bastaba con concretar temporalmente la causa para clarificar tan delicada cuestión, agotando la labor judicial en la estricta verificación del dato legal, sin más control de corrección y proporcionalidad. Una vía, por cierto, a mi juicio, mucho más adecuada que el reverdecer en el Derecho Social del Trabajo las tradicionales –clásicas en realidad– técnicas de control de conductas antisociales, como la relativa al abuso de derecho.

Pues bien, tanto para la causa económica de la decisión de descuelgue –aunque esta precisa el acuerdo o el laudo–, como para la de despido colectivo, ahora se precisa que la reducción de ingresos ha de ser de los «ordinarios», a fin de evitar que baste con alteraciones de ingresos extrapresupuestarios o extraordinarios, no normales, y, sobre todo, que la reducción ha de tener un arco temporal mayor de referencia: la caída de dichos ingresos –o de las ventas– durante tres trimestres consecutivos deben ser computados sobre cada mismo trimestre del año anterior. La modificación del artículo 51 de la ET impone a la empresa, además, la obligación de adjuntar con su comunicación de inicio del expediente de regulación de empleo (*ERE*) «toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen» (el último borrador, de 22 de mayo, del Reglamento de procedimiento de *ERE* contiene un apartado de documentación análogo al previsto en el RD 801/2011, todavía en vigor, según afirma una sorprendente orden ministerial).

En este mismo bloque de mejoras técnicas es el retorno de la indicación legal en el artículo 47.1 del ET sobre cómo han de entenderse las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que nuevamente fueron «olvidadas» en la redacción originaria y que ahora se han incorporado al texto en términos idénticos que los del artículo 51 del ET, salvo que para las causas de tipo económico reduce el periodo de pérdidas exigido a dos trimestres, con lo que coincide con la definición dada para la causa económica habilitadora del procedimiento de inaplicación de las condiciones del convenio colectivo en los términos del artículo 82.3 del ET.

De esta misma guisa deben considerarse ciertos «micro-cambios» introducidos en varios de los restantes supuestos de despidos por causas objetivas. Así ha sucedido, con el despido por inadaptación sobrevenida del trabajador, recogido en la letra b) del artículo 52 del ET. Esta modalidad ya se vio afectada por la versión originaria de la reforma, pero su redacción evidenciaba un marcado desajuste entre lo que se preveía en el artículo 23.1 d) del ET –consideración como tiempo efectivo del tiempo formativo dado para el reci-

claje profesional– y lo que se establecía en la letra b) del artículo 52 ET –consideración del tiempo formativo cuya superación actúa de condicionante del despido como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo–, que la versión del Parlamento trata de reajustar. Pero la tramitación parlamentaria también ha afectado a la modalidad de despido objetivo previsto en el artículo 52 e) –despidos derivados de la insuficiencia de financiación extrapresupuestaria sobrevenida–, cuando la versión originaria no lo había afectado.

Ahora se especifica que la aplicación al ámbito público del despido del artículo 51 del ET en los términos previstos por la nueva disposición adicional 20.^a del ET –añadida por la disp. adic. 2.^a del RDL y ahora de la Ley de reforma del mercado de trabajo– exigiría excluir del ámbito de la letra e) del artículo 52 del ET a las Administraciones públicas. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley de reforma laboral, solo se incluyen en su ámbito aplicativo a las entidades sin ánimo de lucro –nueva disp. adic. 18.^a de la Ley–.

En cambio, la modificación que experimenta la letra d) del artículo 52 del ET –el despido por absentismo laboral– entre ambas versiones no se debe adscribir a una reforma técnica. Al contrario, como se verá de inmediato, responde a una reforma de mejora tutelar o de la protección, siquiera sea por razones humanitarias.

Reitera, en cambio, esta senda de mejora puramente técnica, si bien no respecto de las causas, sino en relación con el procedimiento, la posibilidad otorgada a las partes negociadoras de sustituir el periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que fuera aplicable, en el bien entendido que el plazo máximo del periodo de consultas sigue siendo de aplicación a todos los efectos –art. 47.1, párrafo 7 ET–. En realidad, con esta previsión específica no se aporta ninguna innovación jurídica real o relevante, sino que más bien se expresa el entendimiento de todas las situaciones en que es preceptivo el periodo de consultas del mismo modo, esto es, poniendo en evidencia su carácter eminentemente fungible o prescindible a favor de la opción por fórmulas de resolución extrajudicial, con lo que se refuerza la continuidad reguladora entre los supuestos del artículo 47 del ET –suspensión y reducción de jornada– y el artículo 51 del ET –despidos colectivos–.

- f) El ajuste del momento de cómputo del año máximo de «ultraactividad» previsto en el artículo 86.3 del ET al tiempo de la entrada en vigor de la Ley, no del RDL (disp. trans. 4.^a de la Ley de reforma laboral).

Pese a las críticas, que mantengo, por la debilidad del sentido útil de la acción del Senado en esta tramitación, hay que reconocer que de nuevo ha introducido una regla reflexiva y de racionalidad en una materia que el Congreso no habría resuelto adecuadamente. En este sentido, la nueva redacción de la disposición transitoria 4.^a incorpora una modificación del texto aprobado inicialmente en el Congreso de los Diputados, y que ahora este ha aceptado definitivamente, respecto al periodo de cómputo de la vigencia de los convenios.

El texto vigente responde a un enfoque más correcto de técnica jurídica. La nueva redacción del artículo 86.3 del ET implica que el contenido normativo de los convenios denunciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley perderá vigencia en un año a computar «desde la fecha de entrada en vigor de la Ley».

En cambio, el texto revisado por la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso lo dejaba como en la versión gubernamental, esto es, a la entrada en vigor del RDL, por lo que el periodo final llegaría el 12 de febrero de 2013 –un año después–. La conjunción de la reducción de dos años a uno con esta regla de cómputo para las situaciones transitorias habría generado una conmoción de grandes dimensiones en más de la mitad de los convenios colectivos en esa situación. De ahí que esta mejora técnica, que en realidad sigue la lógica inicial de la versión originaria –no generar una excesiva tensión en los interlocutores sociales, de modo que el cómputo se ponga en relación con la entrada en vigor de la nueva regulación, sin darle eficacia retroactiva–, haya de saludarse como una regla de pura coherencia.

- g) La extensión a todo el personal de empleo público directivo, al margen del ámbito territorial para el que preste servicios, del régimen de racionalización y control de las retribuciones e indemnizaciones de ruptura –nuevo apdo. siete de la disp. adic. 8.ª de la Ley–.

De forma absolutamente coherente con las actuales políticas de control del déficit público y de ciertos abusos en la contratación pública de personal en régimen especial de empleo, ya por tratarse de altos directivos ya por serlo en régimen mercantil, pero introduciendo un aspecto extravagante respecto del sentido principal de la reforma, el RDL incorporó un régimen de especialidades para los contratos mercantiles y de alta dirección del «sector estatal» –disp. adic. 8.ª–. Su ámbito de aplicación se limitó, pues, a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos, sin afectar al sector público autonómico –sin duda mucho más numeroso– y local. Una exclusión que carecía de cualquier lógica e iba, por lo demás, en contra del carácter básico y general que se ha venido dando a este tema en otras leyes orientadas en un sentido similar. Por eso, entiendo que asume un carácter de estricta mejora de coherencia reguladora, por tanto, técnica, la ampliación de buena parte de ese régimen –no todo, pues afecta al régimen de reducción indemnizatoria, no así al retributivo, lo que no se comprende bien pues las retribuciones básicas, que están contempladas, sí son competencia de la legislación estatal, a diferencia de lo que sucede con las complementarias– a las comunidades autónomas y entidades locales.

- h) Una serie de enmiendas legales que, pese a presentarse por algunos como mejoras de protección, no dejan de ser estrictas mejoras técnico-jurídicas, que favorecen la seguridad jurídica y la coherencia reguladora pero no suponen, en el fondo, ninguna innovación jurídica, menos una mayor protección efectiva.

En este grupo podemos mencionar, como principales, a la enmienda incluida en el texto de la disposición adicional 20.ª del ET, relativa a la aplicación del despido colectivo en el empleo público, para otorgar una preferencia frente a otros empleados públicos afectados, al personal laboral que hubiere accedido al empleo por procedimientos selectivos de capacidad y mérito (arts. 55-62 del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–). Aunque se presenta como mejora de protección por ciertos comentaristas, entiendo que es de mejora técnica pues no solo viene exigida por el EBEP, sino que es una mera gradación del despido, que no añade una protección adicional real, sino que, además, sitúa en peor condición a otros –quienes han ganado fijeza por sentencia judicial–.

O la recuperación, en el artículo 82.3 del ET, relativo a las cláusulas de descuelgue de los convenios de la referencia expresa a la imposibilidad de dejar de aplicar las obligaciones convencionales de eliminar discriminaciones por razón de género, o en su caso las que estuvieran fijadas en el plan de igualdad de la empresa, y que las partes deban recurrir (y no únicamente «puedan», como se decía antes) a los procedimientos de solución de conflictos pactados en acuerdos interconfederales para intentar lograr un acuerdo que evite la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano correspondiente en sede autonómica, o bien la de un árbitro designado por estas. Pese a su apariencia, es evidente que con tal regla explícita no se mejora la protección respecto de la versión originaria, por cuanto se trata de imperativos derivados de derechos fundamentales y estos no son disponibles para el legislador. Cierto que puede resultar mejor su presencia que su ausencia, por su valor simbólico o incluso pedagógico, también de refuerzo de su papel como límite a estos poderes empresariales, unilaterales y pactados, pero en estrictos términos jurídicos no constituye ninguna innovación jurídica, sino que responde a un imperativo superior, vigente tenga o no formalización en el plano legal.

En cambio, más dudoso es el encuadramiento de la inclusión de una regla expresa de fijación del prorrateo de la indemnización por despido improcedente, cubriendo una clara laguna que había dejado la disposición transitoria 5.^a. Sin embargo, tiene un leve efecto protector, que no es tal como para llevarla a una medida de mejora de la protección.

En efecto, como se explicará atendiendo a la doctrina judicial recaída hasta ahora en esta materia, su finalidad primordial es dar una respuesta cierta a las dudas generadas en la aplicación de la citada regla, aunque corrija la doctrina sentada. No es la más correcta técnicamente pero sí es la más razonable atendiendo a un juicio ponderador entre el interés empresarial y el interés del trabajador.

3. Medidas de *mejora de la protección laboral*, a fin de compensar el exceso de liberalización de límites para el poder empresarial.

Desde luego este tipo de enmiendas son las menos, y varias de ellas asumen bien una dimensión más «pía» o «paternalista» (principio de paternalismo protector) que de garantía de derechos subjetivos en sentido estricto, bien un valor de reglas programáticas o «*soft law*», pero existen en la versión parlamentaria. Como en otras ocasiones, una visión de conjunto de las mismas ofrece una imagen más bien de «cortina de humo» para diluir el auténtico alcance liberalizador de la reforma laboral, de modo que se genera la apariencia de equilibrio, pero, según ya se apreció respecto de la versión originaria, donde también aparecen, su valor es muy relativo en el global.

En esta dirección –que deben añadirse a medidas previstas en la versión inicial, como las preferencias de ciertos colectivos para permanecer en la empresa en caso de decisiones extintivas, u obligaciones de recolocación externa, por ejemplo– cabe hacer referencia a innovaciones tales como:

- a) La fijación de límites temporales a las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social por transformación del contrato en prácticas en indefinido a fin de tutelar la seriedad de los contratos –art. 7.1 de la Ley 3/2012– y, por lo tanto, la estabilidad ocupacional.

- b) La sujeción a un límite de vigencia temporal del periodo de prueba ampliado de un año, según el artículo 4 de la Ley, a fin de evitar que la pérdida de tutela del derecho a no sufrir una ruptura del contrato sin justa causa o indemnización asuma un carácter dilatado en el tiempo.

Ahora bien, el límite legal, y por tanto la garantía, no puede ser más incierto, pues se condiciona a una reducción de la tasa del desempleo por debajo del 15 por 100 en nuestro mercado – *vid.* la disp. trans. 9.^a de la ley, apdo. 2–, con lo que se sigue una óptica idéntica a la prevista para justificar la superación del límite ordinario de edad máxima para celebrar contratos de formación y aprendizaje.

Parece claro que estamos más ante un guiño al eventual control de constitucionalidad que ante una norma realmente tutelar, con lo que quedan inalteradas las dudas sobre su legitimidad, como expresa la propia Comisión Europea. Su existencia, por tanto, debe tenerse como puramente testimonial, sin un efecto relevante práctico.

- c) La inclusión de reglas orientadas a favorecer la protección de la salud de ciertos trabajadores frente a determinadas decisiones empresariales.

En este grupo merecen destacarse las novedades que supone, de un lado, la adición de un nuevo apartado 3.ter en el artículo 40 del ET (movilidad geográfica), a fin de otorgar a las personas con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir tratamientos fuera de su localidad un derecho de preferencia para ocupar un puesto de trabajo en el lugar del tratamiento, siempre que la empresa tenga vacante, claro, en línea con lo previsto para otros colectivos –víctimas de violencia de género, o también, ahora, de terrorismo–. De otro, evidenciando también un enfoque más bien humanitario que garantista, se incluyen nuevos supuestos excluidos del cómputo del periodo de ausencia relevante para el despido objetivo por absentismo laboral ex artículo 52 d) del ET, como son los que tengan que ver con el cáncer u otra enfermedad grave.

- d) La promoción de normas que faciliten la conciliación de la vida profesional y familiar, como compensación a la extraordinaria libertad de ordenación del tiempo de trabajo concedido al empresario, a través de diversas fórmulas, con incidencia tanto en la duración de la jornada –modificación por la vía de los arts. 41, 47 y 82.3 ET– cuanto en su distribución –art. 34.2 ET–.

En clara compensación del fuerte incremento de la libre disposición del tiempo de trabajo, sobre todo en relación con la distribución irregular de jornada, concedido por la reforma al empleador, la versión parlamentaria ha evidenciado una cierta inquietud por los efectos negativos que ello pueda tener en el ejercicio de los derechos laborales de conciliación de la vida profesional y familiar. Unos derechos que han experimentado también un fuerte recorte con la exigencia de concreción diaria prevista en el artículo 37 del ET. Por eso, además de fijar de forma expresa una obligación o deber de preavisar al trabajador con un mínimo de cinco días de antelación del día y la hora de prestación de trabajo que se acuerde como consecuencia de la distribución irregular –art. 34.2 ET–, se incorpora un nuevo párrafo al apartado 8 del artículo 34 del ET.

Pero esta novedad no debe inducir a error. Se trata solo de una regla «*soft law*», esto es, «derecho dulce» o «ligero», no vinculante en cualquier caso, que llama a las bondades de la promoción de la jornada continuada, el horario flexible y otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos «que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas». La debilidad de este mecanismo de tutela se confirma plenamente con la disposición adicional 17.^a, incluida *ex novo*, relativa a la «racionalización de horarios», que, más propia de una secuencia de película de los hermanos Marx, reclama un cambio de este tipo condicionándolo tanto a un actuar de terceros –finalización de un informe de la subcomisión creada en el Congreso para analizar esta cuestión–, cuanto al transcurso de un plazo posterior a la presentación del mismo, en atención al cual se promoverán medidas para ello. En suma, una vez más, largo se fia...

- e) Una mayor toma en serio de la aplicación del plan de recolocación externa en *ERE* extintivo que afecte a más de 50 trabajadores. A tal fin, se atribuye de forma expresa a la autoridad laboral, vía servicio público competente de empleo, la verificación del cumplimiento de la obligación empresarial y la asunción de la competencia para el requerimiento a la empresa de su cumplimiento efectivo, sin perjuicio de las responsabilidades en que esta pueda incurrir y que deberán solventarse en sede judicial –modificación del art. 51.10 ET–.
- f) La recuperación del régimen de exención fiscal de las indemnizaciones legales por despido improcedente, mediando el acceso al Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) (disp. final 11.^a de la Ley en relación con el art. 7 e) y nueva disp. trans. 22.^a de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –IRPF–).

A mi entender a medio camino entre reforma de mejora técnica y de mejora tutelar o de protección, la tramitación parlamentaria ha tratado de dar respuesta a una de las mayores inquietudes generadas por la reforma gubernamental, al quedar cuestionada la vigencia del régimen fiscal favorable previsto para la indemnización por despido en la legislación fiscal, pues las modificaciones estatutarias afectaban, por remisión, y de modo peyorativo, a las fiscales. A tal fin se modifica el artículo 7 e) de la Ley del IRPF para adaptarlo a tales cambios, en especial la eliminación –al menos formal– del «despido expreso» –acto de reconocimiento de la improcedencia del despido en el mismo acto, o simultáneo, a la comunicación de despido–.

El objetivo es mantener el mismo tratamiento fiscal que el que existía antes de la entrada en vigor de la reforma laboral, naturalmente ajustando el máximo de los 45 días precedentes a los 33 días actuales. No obstante, con la finalidad de respetar el principio de seguridad jurídica, se establece además un régimen fiscal transitorio que permite acceder a la exención en similares términos a los existentes con anterioridad.

Sin embargo, como veremos con cierto detalle, creo que la enmienda n.º 562 de CiU era más clara en su formulación, pues se fundamentaba con el fin de facilitar el acuerdo entre las partes sin necesidad de llegar a juicio, proponiendo que quedara exenta la indemnización abonada «en virtud de reconocimiento de su improcedencia, ante los Servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación». Un reconocimiento que no queda tan claro en el

texto definitivo, por lo que la justificación de la enmienda sin duda debe servir como pauta interpretativa muy útil para clarificar la reforma.

- g) Reforzamiento de derechos laborales de las personas víctimas del terrorismo (disp. final 15.^a de la Ley de reforma del mercado de trabajo en relación con el art. 33 de la Ley 29/2011, 22 de septiembre, de reconocimiento y «protección integral» a las víctimas del terrorismo). Junto a la mejora de los programas de empleo, se revisan ciertos preceptos estatutarios para reforzar el marco de protección laboral de estas personas y colectivos (modificación de los arts. 37.7 y 40.3 bis; nueva disp. adic. 22.^a).
- h) La revisión al alza del régimen de aportación a la Seguridad Social de todas las empresas que, pese a tener beneficios, optan por recurrir preferentemente a las regulaciones de empleo, afectando a trabajadores maduros pero de edad no elevada –a partir de los 50 años– (disp. final 4.^a de la Ley que, relativa a las «medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad», vuelve a modificar la disp. adic. 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social). La tramitación parlamentaria vuelve a dar un toque de atención en esta materia, introduciendo ciertos ajustes orientados, por lo general, a incrementar aquellas aportaciones, si bien el régimen resulta demasiado confuso y no se ha aceptado ir más allá en el control, como habían propuesto, a través de diversas enmiendas, otros grupos parlamentarios, como CiU. En esta misma dirección de política del derecho a favor de la continuidad en el empleo podría citarse la prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa (nueva disp. adic. 10.^a ET).

4. Medidas de *recorte directo* de derechos laborales y/o sociales.

Serían el reverso de las medidas anteriores, de incremento de la protección, y si bien es cierto que tienen un alcance aquí menor, sea en un plano cuantitativo como incluso cualitativo, no deja de ser verdad que también aparecen por acción legislativa. Son:

- a) La menor duración de los contratos para la formación y el aprendizaje en el marco de un programa de fomento de empleo de la letra d) del artículo 25.1 de la Ley de Empleo (LE), pues en estos contratos las situaciones de incapacidad temporal (IT), riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad ya no interrumpirán el cómputo de la duración del contrato de trabajo –modificación del apdo. 2 de la disp. adic. 19.^a ET–.
- b) La nueva regulación del cálculo de la base reguladora de pensiones. De nuevo confundiendo unos ámbitos y otros de regulación, incluyendo en normas que se tramitan para la materia laboral y con ocasión de ciertas otras causas bien diferentes, se aprovecha la tramitación parlamentaria para incluir cambios o modificaciones en la Ley 27/2011, en relación con los artículos 140 y 162 de la LGSS.

Esta enmienda se justificaría, al entender de sus autores, en que «la integración de lagunas incorporada en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introduce elementos distorsionantes en el sistema

en la medida en que puede ser más rentable presentar lagunas de cotización que incorporar periodos cotizados». Sea como fuere, lo cierto es que el resultado final será una reducción de esas bases de entorno al 6 por 100, como ya se ha denunciado por la Oposición.

5. Promoción de *nuevas medidas de política activa de empleo*, en especial para ciertos colectivos particularmente vulnerables y dignos de protección más efectiva e integral, como lo serían las víctimas de violencia de terrorismo –que a estos efectos se las iguala prácticamente a las víctimas de violencia de género– y las personas con discapacidad –biológica y social–.

Es una convicción absolutamente difundida, científica, social e internacionalmente, que el verdadero drama de España es su bajo crecimiento económico, ahora decrecimiento, y sus insostenibles tasas de desempleo. De ahí que sea igualmente un tópico, en el que también coinciden FMI y Comisión Europea, el llamar la atención sobre la estricta necesidad de políticas activas de empleo que ayuden a fomentar un crecimiento más inclusivo e intensivo en empleo. Sin embargo, paradójicamente, el Gobierno español no solo ha recortado desproporcionadamente los recursos dedicados a estas políticas, con el caos que está ocasionando en los servicios dedicados a tales fines, que sufren de modo directo el desempleo por las políticas de reestructuración salvaje aplicadas en este ámbito igualmente, sino que ha congelado normativamente la regulación de la práctica totalidad de tales medidas, cuando ya la legislación precedente había llegado a levantar acta de su defunción inmediata, evidenciando lo que todos sabemos: que es necesario un nuevo modelo de regulación, gestión y financiación de las políticas de empleo. Sin embargo, el Gobierno hizo caso omiso, y se limitó a mantener oficialmente vivo lo que realmente hace años que está «muerto», al tiempo que renacionalizaba ciertos programas.

Pues bien, de una forma parcial y difusa, pero apreciable, el Parlamento ahora viene a poner en evidencia esta situación, y se ha aprovechado el trámite para dar una señal de renovación a estos efectos. A tal fin, se incorporan nuevas disposiciones en la parte final de la Ley para trazar ese programa de cambios, unos mediante el recurso a compromisos de regulación futura, otros directos, modificando con efecto normativo inmediato algunos programas, en especial para los colectivos que ahora se consideran prioritarios. No obstante, además de ser insuficientes en muchos casos, y siempre de alcance parcial, también hay que advertir que con estas reglas se reproducen viejos vicios y persisten algunas inercias del pasado que bien haríamos en desarraigar cuando el Gobierno –y los interlocutores sociales– vuelvan a tomarse en serio este objetivo de la profunda modernización de la política de empleo, en línea con lo que se intentó realizar a través del RDL 3/2011, de 18 de febrero, hoy profundamente ignorado y durmiendo el sueño de los justos.

En este bloque hallamos numerosas previsiones, pues, que inciden en la imagen inflacionaria que presenta la Ley respecto del RDL, pero tienen esa dimensión más netamente programática evidenciada, por lo que prometen mucho más de lo que dan. No obstante, como se decía, algunas de ellas sí contienen novedades reguladoras. En este sentido, entiendo que es posible diferenciar, a su vez, este amplio conjunto de reglas atendiendo a la siguiente ordenación:

- a) Enmiendas que pretenden recuperar ciertos espacios competenciales perdidos por parte de las Autonomías, ante el efecto re-centralizador que conllevó el RDL y por tanto su desconocimiento de facto, pese a ser materia constitucional.

Así aparece, por ejemplo, en relación con las políticas de intermediación, con el significativo restablecimiento de la necesidad de autorización para que la ETT pueda actuar como agencia privada de colocación, sin que le baste ahora ya la declaración responsable, que permitía eludir ciertas resistencias autonómicas a la proliferación de agencias privadas de colocación – art. 1 y disp. trans. 1.^a de la Ley de reforma laboral–. O, más directamente, la incorporación de reglas orientadas a dar entrada a acciones y medidas de políticas activas de empleo diferenciales en cada una de las comunidades autónomas y «adaptadas a la realidad de las personas desempleadas y del tejido productivo de su ámbito territorial», sin perjuicio de exigir una armonización global en relación con los objetivos, que deben ser en todo caso «los que se establezcan en el Plan Anual de Política de Empleo de cada año e integrarse en los distintos ámbitos de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014» –nuevo apdo. 2 de la disp. final 12.^a de la Ley de reforma laboral–. Este protagonismo autonómico diferenciador también se expresa en relación con el nuevo marco regulador prometido respecto de las personas con discapacidad –nuevo apdo. 3 de la disp. final 12.^a–.

- b) Nuevos programas de incentivos para el fomento de la actividad de ciertos colectivos y en determinados sectores productivos.

Pese a la acreditada limitación de efectos creativos de empleo de los incentivos de carácter económico, sobre todo los basados en técnicas de bonificación de las cuotas sociales, las normas siguen ancladas en esa vía. En este sentido, la Ley marca nuevos programas de estímulo de este tipo. En unos casos con eficacia inmediata, directa, a partir de la fijación legislativa del incentivo. Es el caso de las bonificaciones por las nuevas altas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de familiares colaboradores de trabajadores autónomos, a fin de aflorar este trabajo como empleo, hoy oculto a menudo en la «economía sumergida» como mero «trabajo de ayuda familiar», por tanto, no retribuido –y no cotizable– (nueva disp. adic. 11.^a de la Ley de reforma laboral 2012). O también el de la bonificación del 50 por 100 de las cuotas empresariales de los meses de marzo y de noviembre prevista para fomentar la prolongación, durante ese tiempo, del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería –disp. adic. 12.^a de la Ley de reforma laboral–.

En este mismo grupo, deben tenerse en cuenta las modificaciones realizadas en materia de bonificaciones por la contratación de víctimas de terrorismo, víctimas de violencia de género o violencia doméstica y trabajadores en situación de exclusión social. A tal fin, se llevan a cabo diversas modificaciones de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo –arts. 1.2 y 2.4 bis y 2.6–, cuyo desfase es ya manifiesto y su urgencia reformadora insoslayable, por cuanto ya ha sido desbordada por todas sus costuras, así como de la normativa específica a tal fin de las personas víctimas de terrorismo –art. 34 de la Ley 29/2011–, tal y como ya se indicó. Así aparece en la disposición final 14.^a de la Ley de reforma.

En otros supuestos que contempla la Ley, las ventajas aparecen comprometidas y de concreción en el futuro inmediato, al remitirse a balances, informes y evaluaciones previas a

su implantación. Es el caso, una vez más, del *Servicio del Hogar Familiar*, respecto del que se postulan reformas que mejoren las reducciones de cotizaciones de las personas que prestan servicios en este sector –disp. adic. 10.^a de la Ley de reforma laboral–.

- c) Compromisos de modernización o renovación profunda del marco regulador de las políticas de inclusión por el empleo de colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo ordinario, como las personas con discapacidad, sea en el sentido biológico del término sea social –excluidos sociales–.

Para las personas con discapacidad, por dos veces el legislador va a mandar al Gobierno a presentar, con referencias temporales distintas –a lo largo de la legislatura en un caso, y en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de la Ley en otro–, un *Proyecto de Ley de promoción de la inclusión laboral de este colectivo* –disp. final 12.^a, apdo. 3; disp. final 16.^a–. En paralelo, se prevé el mismo compromiso de «actualización y revisión» de la regulación de otro tipo especial de empresas de economía social, las llamadas «empresas de inserción» –Ley 44/2007, de 13 de diciembre–, con el fin de «mejorar la actividad empresarial y las actuaciones sociales» de esta tipología de empresas solidarias –disp. adic. 13.^a de la Ley–. Este compromiso se debe concretar antes del 1 de enero de 2014. No cabe duda de que la relevancia que esta materia revista, en el marco de una más extensa revisión del marco de promoción del crecimiento económico, la cultura de empresa y el empleo –autónomo y por cuenta ajena–, es inversamente proporcional a la inmediatez de su atención, de modo que a más trascendencia revista para mejorar la situación del mercado de trabajo más dilación y aplazamiento se introduce.

- d) *La prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa como reflejo de la política de protección del mantenimiento del empleo de los trabajadores de mayor edad.*

En este mismo contexto de promoción, tanto reguladora como institucional, de políticas más eficaces de inserción por el empleo de los colectivos más vulnerables en el mercado, una atención especial debe merecer la prohibición legal, que no había sido contemplada por el Gobierno en su programa de reforma, de seguir con la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, aunque tuvieran como contrapartida otras medidas de creación de empleo para trabajadores desempleados o de promoción de empleos estables para los trabajadores temporales de la empresa –nuevo tenor de la disp. adic. 10.^a ET; disp. trans. 15.^a de la Ley de reforma–. Ya se ha tenido ocasión de hacer referencia a ella como medida de protección del derecho de las personas a la continuidad en el empleo en tanto tengan voluntad y posibilidades psicofísicas, tal y como prevé el artículo 35 en relación con el artículo 14 de la CE. Se lleva, así, hasta la máxima expresión, el proceso de reforma de esta regla, cuya última modificación había tenido lugar, precisamente y una vez más, con la Ley 27/2011, con lo que regresamos a la situación de conflicto institucional, entre el poder legislativo y el poder de autonomía colectiva, provocado por la reforma de 2001, tornando a los problemas de una década atrás y que parecían haberse zanjado ya en el entero sistema de fuentes, incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pero es evidente que este tema desborda con mucho la dimensión de garantía individual para tener una dimensión colectiva y social de primer orden. Por eso, debe ser objeto de estudio muy pormenorizado pues sus efectos pretendidos no quedan nada claros, y quizás puedan conseguir los contrarios. En todo caso, debe quedar claro igualmente que esta materia debe enmarcarse dentro de la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de Más Edad 2012-2014, como recuerda recientemente la Comisión Europea.¹²

- e) La enésima llamada –disp. adic. 14.^a y 15.^a de la Ley– a la evaluación de todo este inmenso arsenal de medidas, reformas y contrarreformas. El reclamo es tan recurrente como, claro está, incumplido, en todas las leyes de empleo de los últimos años, sobre todo desde la también ya superada, pero parcialmente vigente, Ley 27/2009.

Cuadro-resumen de novedades de la Ley respecto del RDL

Incremento de la flexibilidad	Mejoras técnicas	Políticas activas de empleo
<i>Duplicación</i> del porcentaje de libre distribución irregular de jornada –10%– (art. 34.2 ET)	Adecuación del resto de las normas laborales a la reforma de ETT, contrato a distancia... (LISOS, LGSS, LRJS)	Recuperación programas diferenciales autonómicos (apdo. 2 disp. final 12. ^a)
<i>Reducción</i> a la mitad del plazo de ultraactividad –1 año– (art. 86.3 ET)	Precisión causas económicas con referencia al año anterior (arts. 47 y 51.1 ET)	Bonificaciones para ciertos colectivos (familiares de trabajadores autónomos; prolongación actividad fijos discontinuos)
<i>Reforzamiento</i> de la prioridad aplicativa de la unidad de negociación empresarial (art. 84.3 ET)	Reformulación incentivos fiscales para el contrato de apoyo a emprendedores	Compromisos de mejora de políticas de inclusión ocupacional (personas con discapacidad; empresas de inserción)
<i>Retorno al sistema de abono directo</i> por el FOGASA del 40% de las indemnizaciones en empresas de menos de 25 trabajadores (art. 33.8 ET)	Régimen fiscal de las indemnizaciones por despido	Mantenimiento de empleo (prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa; régimen aportación empresas que despidan con beneficios...)
<i>Regla favorable</i> reactivación art. 15.5 ET	Regla de permanencia empleo público y cómputo ultraactividad	
<i>Legitimación procesal</i> para acciones declarativas (art. 124.3 LRJS)	Reformas procesales, sobre todo art. 124 LRJS	

¹² En la *Recomendación del Consejo sobre el Programa Nacional de Reformas de 2012 de España*, considerando 9, queda plasmada esta cuestión, evidenciando la conexión entre la reforma de las pensiones, la reducción del déficit público y la contribución de la reforma del mercado de trabajo. En este sentido, la Comisión trata de dar una vuelta de tuerca más a la reforma de pensiones y el atraso de la edad de jubilación, poniendo de manifiesto que, una vez más, vamos por el buen camino, pero no vamos lo suficientemente rápido y «agresivo», por lo que si no se intensifican estos cambios –retraso de la edad de jubilación todavía más–, la reforma de las pensiones puede diluirse ante el deterioro «de las perspectivas de la economía española», *op. cit.*, pág. 4.

III. NOVEDADES LEGALES EN MATERIA DE FLEXIBILIDAD DE ACCESO AL EMPLEO: INTERMEDIACIÓN LABORAL Y CONTRATACIÓN

1. La reordenación de la actividad de las empresas de trabajo temporal como agencias privadas de colocación: el retorno a la autorización

Si algo es incontestable en nuestro «mercado de trabajo» es que los «servicios públicos de empleo» no funcionan convenientemente y eso es una rémora excesiva para contribuir a mejorar su eficiencia. Otra cosa distinta es que la solución sea un gradual vaciamiento de sus competencias y utilidades y una privatización extrema de estas. Pero el Gobierno-legislador no ha querido debate al respeto, no tiene tiempo, y optó por atribuir funciones de intermediación-recolocación al sujeto privado que cree es el más «potente dinamizador» del mercado de empleo: las ETT. De nuevo, basado más en la presunción que en la certeza, al sujeto que considera proactivo le libera de cargas para actuar, por lo que consideró que con la inicial autorización para operar como sujetos de cesión legal era suficiente para hacerlo también como sujetos de intermediación-recolocación, bastando una declaración responsable tan solo en la que se reconociese, por la misma ETT, que cumplía todos los requisitos para actuar como tal. De paso, las ETT esquivaban posibles recelos o resistencias autonómicas a su actuación como agencias de colocación.

Pues bien, si este es en síntesis el relato de la reforma del Gobierno-legislador, el legislador ha introducido alguna corrección relevante. La principal novedad reguladora está en el retorno a la autorización administrativa previa para las ETT que quieran ejercer también como «agencias (mercantiles) de colocación», abandonando el modelo, más flexible y liberal, de la «declaración responsable» –nueva redacción del art. 16.3 ET y del art. 1 Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT)–. En consecuencia, efímera ha sido la vida de este modelo alternativo de control público, fiado más a la credibilidad de quien es el sujeto obligado que a una técnica de intervención pública para verificar el cumplimiento de un modo efectivo de los requisitos legalmente exigidos. La dimensión práctica de este cambio es mayor de lo que puede creerse a primera vista, por la sencilla razón de que esto vuelve a dar un poder de decisión a las comunidades autónomas en torno a los agentes privados que quieran intervenir en el «mercado de la intermediación».

No obstante, el amplio periodo transcurrido desde la anterior redacción a esta habrá servido para que una parte significativa de las ETT ya puedan actuar como agencias privadas de colocación.¹³ A este respecto, debe tenerse en cuenta la remozada disposición transitoria 1.^a de la Ley, pues acepta que estas ETT puedan seguir ejerciendo la actividad de intermediación-recolocación con la declaración responsable, en tanto continúen cumpliendo los requisitos legales necesarios para actuar como agencias de colocación. Les bastará usar su número de autorización como ETT, aunque «transitoriamente», esto es, en tanto «no se les hubiera facilitado un número de autorización como agencia de colocación» –apdo. 2–.

En cualquier caso, en el plano jurídico, todo un acelerado viaje de ida y de vuelta, de modo que poca «productividad» cabe predicar de un proceso de producción normativa como este que termina proponiendo una redacción igual a la que había antes de febrero de 2012, con lo que para ese viaje mejor no habiéramos necesitado las alforjas. Se trata de una reforma claramente inflacionaria,

13 Vid. VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: *Las «empresas de intermediación» en el mercado de empleo tras la reforma: un nuevo partenariatado público-privado*, Laborum, 2012. págs. 95 y ss.

porque responde básicamente al poder de influencia de ciertos grupos parlamentarios, en este caso los nacionalistas –la reforma de retorno procede de una transaccional con CiU–. De este modo, se fija con mayor precisión y seguridad para el Autogobierno su competencia autorizadora respecto de las ETT: les corresponde tal potestad a los órganos competentes de las comunidades autónomas, o de la Administración General del Estado, pero solo en el «caso de Ceuta y Melilla» –art. 2.2, párrafo primero LETT–. Se elimina la referencia que en la anterior redacción se hacía inicialmente a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que se encuentre el centro de trabajo de la empresa, pues ya todas las comunidades autónomas han asumido esta competencia.

No se modifica el párrafo segundo, según el cual si la ETT posee centros de trabajo en varias provincias, «la autorización se concederá por la Dirección General de Empleo o por el órgano equivalente de la comunidad autónoma competente, si el ámbito de actuación de dicha empresa coincide con el de la comunidad autónoma». Tampoco el párrafo tercero, según el cual cuando la apertura de nuevos centros de trabajo suponga una alteración del ámbito geográfico de actuación, la autoridad laboral que resulte competente por el nuevo ámbito, conforme a la regla que acabamos de comentar, «concederá nueva autorización administrativa, quedando sin efecto la anterior».

Otras tres novedades de cierto relieve son:

a) Garantía de transparencia para la seguridad jurídica.

En el artículo 1 de la LETT se introduce un tercer párrafo en el que se exige que la ETT informe convenientemente de cuál es la condición o cualidad con la que actúa en cada caso, si ejerce funciones tanto de ETT como de agencia privada de colocación:

«En su relación tanto con los trabajadores como con las empresas clientes las ETT deberán informar expresamente en cada caso si su actuación lo es en la condición de ETT o de agencia de colocación».

En esta misma dirección debe tenerse en cuenta la precisión que se hace ahora, y que no estaba en la regulación precedente, tras el RDL, a la inclusión en el Registro de ETT de la condición de agencia de colocación, si es que actúa como tal –art. 4.1 LETT–.

b) El carácter positivo del silencio administrativo en el procedimiento de autorización de la ETT.

Siguiendo la pauta ya general, y en coherencia con lo previsto para las agencias de colocación –art. 21 bis, apdo. 2 LE–, se dice ahora que si una vez instado el procedimiento de autorización han transcurrido tres meses sin recaer resolución administrativa expresa, se entenderá estimada –por silencio administrativo– (apdo. 4 del art. 2 LETT). Antes de la reforma el transcurso de dicho plazo sin resolución expresa daba lugar a la desestimación cuando se trataba de «la primera autorización de funcionamiento de ETT» y a la estimación cuando se trataba de situaciones de prórroga.

c) Garantías de efectividad del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, a través de reformas de coherencia de la normativa instrumental sancionadora.

Finalmente, se introducen tres nuevas infracciones administrativas muy graves a fin de asegurar el cumplimiento por parte de las ETT de sus obligaciones en relación con su nuevo

papel como agencias de colocación. Así, de un lado, sabido es que el artículo 16.1 de la LISOS considera como infracción administrativa muy grave ejercer actividades de intermediación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores «sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados». Pues bien, ahora, se añade, primero, un nuevo inciso a ese apartado, mediante la nueva disposición adicional 16.^a, en virtud del cual se sancionará no solo la intermediación sin autorización sino también, como parecía obvio y por tanto innecesaria su reforma, «continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización». En realidad estamos ante un claro ejemplo, otro más, de inflación normativa, pues es evidente que se trata del mismo supuesto, dado que quien deja caducar su autorización queda privado de la misma.

Asimismo, se adiciona un apartado 1 bis al artículo 16 de la LISOS, para considerar también como infracción administrativa muy grave el incumplimiento por las ETT de los requisitos establecidos en la normativa de empleo para actuar como agencia de colocación en los casos en que hubieran presentado una declaración responsable para actuar como tales según lo dispuesto en la disposición transitoria 1.^a del RDL.

Soy consciente de que este tipo de críticas son inútiles, pero no por ello me cansaré de evidenciar la desidia legislativa, pues introduce dos reformas para un mismo grupo de situaciones infractoras presentándolas de un modo deslavazado y disperso —en un caso con la socorrida técnica del «bis», y en otro en una lejanísima y extravagante disp. adic., la 16.^a—.

De otro lado, se clarifica para la infracción administrativa muy grave prevista en el artículo 18.3 c) de la LISOS que solo concurrirá si la falta de exclusividad de la ETT se debe a concurrir en ella también, según la nueva regulación, la condición de agencia de colocación. Asimismo, hay que traer a colación que la disposición final 6.^a, apartado 1 de la Ley, que no estaba presente en el RDL, modifica también el artículo 40.1 de la LISOS, relativo a la cuantía por sanciones administrativas en este ámbito, para sancionar como infracciones laborales también las relativas a las ETT y empresas usuarias, «excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales que quedarán encuadradas en el apartado 2» del artículo 40. Se trata realmente de una reforma de coherencia técnica, como se dijo al inicio de este estudio.

2. Las novedades legislativas en materia de contratación: entre la mejora de la flexibilidad y la atención a las exigencias de seguridad jurídica

2.1. La consolidación parlamentaria del contrato «indefinido» de apoyo a emprendedores: un modelo que nos aleja del progreso europeo

2.1.1. El tímido intento de limitación temporal de vigencia del periodo de prueba dilatorio

El artículo 4.1 de la Ley mantiene una de las medidas estrella, y también de las más polémicas, de la reforma: el pretendido contrato de fomento de empleo estable basado, desde un punto de vista contractual, en el atractivo empresarial por un largo periodo de prueba, un año, indisponible, además,

para la autonomía colectiva. Parece evidente que se trata más bien de un señuelo para incentivar la contratación que una medida de auténtico fomento del empleo estable, pues la desnaturalización es tal que está más cerca de una política de fomento del empleo temporal sin causa, sin más control que la pérdida de los incentivos fiscales y sociales previstos en caso de que se firme un contrato de este tipo. El relativo éxito cuantitativo de esta modalidad, pues se estima que se han firmado en estos cinco meses en torno a unos 30.000 contratos de esta guisa, no desautoriza esta conclusión crítica, máxime teniendo en cuenta que también han crecido el número de trabajadores que han perdido su empleo y que la normativa en su versión originaria no tiene efectivos desactivadores de prácticas empresariales de encabalgamiento de contratos, con el consiguiente efecto de ampliación del riesgo de rotación de trabajadores, situación muy frecuente en nuestro país.

Pues bien, a este respecto, la atención que ha merecido al legislador ha sido evidenciar su carácter «transitorio» o provisional, pues queda condicionada su vigencia a un dato sociológico: que se reduzca el desempleo a una tasa del 15 por 100 –se sigue, así, la misma técnica condicionante de la vigencia jurídica de una norma que la prevista para el límite máximo de 30 años respecto del contrato para la formación; disp. trans. 9.^a de la Ley–. Un intento –a mi juicio, vano– del legislador de superar la doble espada de Damocles que pesa sobre la validez jurídica de esta norma –el ya indicado doble juicio de constitucionalidad y el de ajuste comunitario–. En un plano fáctico, o de observación sociológica, bien puede decirse aquello de «largo me lo fiáis», pues eso significa reducir al menos un 10 por 100 de desempleo, lo que en tiempos de recesión se antoja muy difícil incluso en el medio plazo. En un plano normativo, parece claro que la erosión desproporcionada que introduce a un derecho constitucional no puede admitir «despojos transitorios» –STCO 88/1985–.

Una cuestión que, al menos por hipótesis, cabría plantearse es si en aquellas comunidades autónomas donde ya estén por debajo de esa tasa sí podrían hacer aplicación anticipada de la derogación. En principio parecería evidente la respuesta negativa, ante el carácter estatal que tiene la regulación, pues elige como enunciado la referencia de la «tasa de desempleo de nuestro país», con lo que está refiriendo al principio de unidad de mercado al respecto. Sin embargo, personalmente no estoy tan convencido de que esta sea una respuesta tan sólida o firme como podría creerse.

Tampoco el segundo tipo de control frente al abuso, este ya normativo, parece que vaya a correr mejor suerte. Aunque es evidente su propósito de evitar un uso abusivo de este «pacto», advirtiendo ahora expresamente de la prohibición de recurrir a él de forma sucesiva –no se puede establecer «cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación»–, es de todos conocido que no se trata sino de plasmar en la letra de la ley la posición reiterada de la jurisprudencia y responde a una regla de mera concreción de la prohibición de abuso de derecho. Por tanto, ninguna nueva garantía para el trabajador aporta esta previsión legal, que tiene un negativo efecto de inflación jurídica.

Sí hay cambios más merecedores de comentario respecto de la delimitación de su ámbito subjetivo. No respecto al sujeto económico; las críticas de los empresarios de más de 50 trabajadores por verse excluidos de los incentivos no han servido para dar un giro en este ámbito, con lo que siguen acotados los beneficiarios en las pymes. Pero sí en relación con el sujeto laboral, que se sigue concentrando en dos colectivos, los «jóvenes desempleados», de un lado, y, de otro, los desempleados mayores de 45 años, sin exigirse ahora que sean o no de larga duración, como sí requería el RDL.

2.1.2. Reordenación del sistema de incentivos fiscales: una ambigua mejora técnica por el desdoble de los cuerpos reguladores

Estos contratos mantienen el mismo sistema de incentivos. En primer lugar, «gozarán» –repárese en que no se trata de una previsión potestativa, sino un claro mandato legal, lo que impediría desagregar esta modalidad contractual– de los *incentivos fiscales* contemplados en el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –TRLIS–, al que remite el artículo 4.4 de la Ley.

Este precepto legal tributario, que reza ahora *«deducciones por creación de empleo»*, asume una nueva redacción, cuyos efectos se fijan a partir no de la entrada en vigor de la Ley sino del RDL. Dos son los beneficios –deducciones– fiscales contemplados, como en la versión del RDL de referencia. El primero, según el artículo 43.1 del TRLIS, se concreta en una deducción de la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades de 3.000 euros. Esta cantidad podrán deducírsela todas *«las entidades que contratan a su primer trabajador a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores»*, entendido por tal el definido en el artículo 4 de la Ley de reforma laboral. Se mantiene la cantidad anterior, pero ahora se fija con mayor claridad que en el RDL el supuesto.

Queda bien precisado que se trata en tal deducción tan solo del «primer trabajador» de la empresa. La exposición de motivos incide en el tema, enfatizando que el primero de los incentivos fiscales resulta «aplicable exclusivamente a aquellas entidades que carezcan de personal contratado». El supuesto anterior se concretaba en «el primer contrato de trabajo concertado por la empresa» y que «se realice con un menor de 30 años», en cuyo caso la empresa tendría «derecho a una deducción fiscal de 3.000 euros». Las diferencias son notables. Primero, porque queda claro que se beneficiarán, del lado de las entidades económicas, solo aquellas que inicien su actividad, o que hasta el momento no hayan contratado a ningún trabajador, bajo la modalidad que sea –ni temporal ni fijo–. Aquí se confirma la denominación, pues se trataría propiamente de un «contrato de apoyo a emprendedores», por lo que se dirige básicamente a la primera contratación de los trabajadores autónomos o microempresarios. Segundo, porque ya no se limita, por el lado del sujeto laboral, a la contratación de menores de 30 años, sino que el derecho a la deducción fiscal se tiene cualquiera que sea el colectivo al que pertenezca, siempre que, como es natural, se trate de los dos únicos colectivos incluidos –jóvenes parados y mayores de 45 años–.

Al margen de esta deducción –que por lo tanto puede ser alternativa o bien, si se da el supuesto anterior, cumulativa, a la primera deducción fiscal–, según el artículo 43.2 del TRLIS, las entidades que tengan una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento en que concierten contratos de trabajo por tiempo indefinido con quienes resulten beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, podrán deducirse de la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades correspondiente –al periodo impositivo siguiente al de finalización del periodo de prueba de un año exigido en el contrato– el 50 por 100 del importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de cobro en el momento de ser contratado. Ahora bien, respecto a este tipo de deducción fiscal se han producido novedades de cierta importancia.

Una, respecto del límite previsto en el RDL. Otra, en relación con la redacción dada de inicio por el Congreso a la modificación del artículo 43 del TRLIS, lo que confirma que estamos más bien ante

una enmienda de mejora técnica. En efecto, la Comisión de Empleo del Congreso fijó, aunque de modo confuso, un doble límite máximo a la deducción fiscal por este tipo de contratación laboral. De un lado, la cuantía sería la de 12 mensualidades como máximo, según preveía el RDL, pero al mismo tiempo recogía un segundo límite, y que se concretaba en «*un importe máximo de seis mensualidades de la citada prestación por desempleo que hubiera percibido de no haber sido contratado*». Aunque es posible identificar qué quiso decir el legislador con tal previsión, no cabe duda de que eligió una fórmula extremadamente enrevesada. De ahí que el Senado introdujese una enmienda de mejora técnica que aclara el límite de la deducción fiscal por creación de empleo indefinido de este tipo. Ahora, se concreta en una deducción de la cuota íntegra del 50 por 100 del menor de los siguientes importes:

- a) *El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación.*
- b) *El importe correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida.*

Para el disfrute de esta deducción fiscal se establecen una serie de condiciones y requisitos. El problema ahora es que el régimen se ha desagregado en dos cuerpos legislativos diferentes, con lo que la solución de algunas dudas del régimen anterior ahora convive con la creación de otras, por lo que no parece demasiado afortunada esta opción dual. Hubiera sido preferible establecer una regulación unitaria, por cuanto la Ley de reforma no es solo laboral, sino ocupacional, y en consecuencia, admite en su contenido reglas de diferente naturaleza.

A mi juicio, conviene diferenciar dos regímenes diferentes, conexos o ligados, pero autónomos. De un lado, las condiciones establecidas para la deducción fiscal a favor del empresario contratante. A tal fin se exige en el artículo 43.2 del TRLIS:

- Respecto de la plantilla: esta deducción se aplicará solo a los contratos de este tipo realizados en cada periodo impositivo hasta alcanzar un umbral de 50 trabajadores y siempre que, en los 12 meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca, respecto de cada trabajador, un incremento de la plantilla media total de la entidad, en al menos la unidad, respecto a la existencia en los 12 meses anteriores.

Como puede comprobarse, el legislador ha recuperado el polémico requisito del incremento neto de plantilla, que el Gobierno omitió, deliberadamente o no, en la regulación precedente. El trabajador contratado que da derecho a las deducciones no se computará a efectos del incremento de plantilla establecido en los artículos 108.1, párrafo segundo, y 109 del TRLIS.

- En relación con el trabajador contratado: el trabajador contratado indefinidamente ha debido cobrar, al menos durante tres meses antes del inicio de la relación laboral, la prestación por desempleo.

Para acreditar el importe de la prestación que queda pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio del contrato debe el trabajador pedir el correspondiente certificado del

Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). Este requisito también se preveía en la regulación precedente, la debida al RDL. El sujeto obligado a requerir tal certificación es el trabajador por lo que el deber de cooperación se le impone a él directamente y no al empleador.

- Por lo que respecta a la duración del contrato: esta deducción –como la anterior– está condicionada igualmente al mantenimiento de la relación laboral durante al menos tres años desde la fecha de inicio, pues de lo contrario se perderá, regularizándose en la forma establecida en el artículo 137.3 del TRLIS.

No obstante, no se entenderá incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato se extinga, transcurrido el periodo de prueba, por causas no imputables al empleador: despidos –objetivos o disciplinarios– procedentes, de un lado, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente –en cualquier grado que sea realmente invalidante– del trabajador, de otro.

Finalmente, hay que observar que a diferencia del RDL, que utilizaba el adverbio «adicionalmente», lo que implicaba que estábamos ante el mismo supuesto, la contratación de un primer trabajador, ahora se recurre a la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto» en el apartado anterior. En consecuencia, entiendo que ahora resulta más claro que se trata de deducciones, como se decía, diferentes, que bien pueden ser alternativas –beneficiarse de una, y no de la otra–, bien complementarias –poder gozar de las dos, si se dan los presupuestos legales (primera contratación de beneficiario de la prestación por desempleo en los términos indicados en el precepto tributario)–.

Ni antes ni ahora la deducción fiscal se condiciona a la compatibilización por el trabajador del contrato y la prestación por desempleo, pues tal compatibilidad sigue configurándose como un derecho. Se prevé en el artículo 4.4 de la Ley que el trabajador contratado pueda –aquí la norma sí es formalmente potestativa, otra cosa será la situación material– voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación. Esta cantidad es fija, no un máximo –ni un mínimo– a elegir por el beneficiario. Para ello se requiere que concurren algunos requisitos:

- Que haya percibido, a la fecha de celebración del contrato, prestaciones por desempleo contributivas durante, al menos, tres meses. Como hemos visto, se trata también de un presupuesto para la deducción misma, pues sin esta condición no ha lugar al beneficio fiscal del empleador.
- Que solicite tal compatibilidad en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la relación laboral, momento a partir del cual comienza a surtir efecto el derecho a la compatibilidad. Vencido ese plazo de 15 días decae el derecho a la compatibilidad. Esta exigencia es novedosa respecto de la regulación del RDL.

El derecho a la compatibilidad se mantendrá únicamente durante la vigencia del contrato con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. En el caso de cese que suponga situación legal de desempleo, al beneficiario se le reconoce un derecho de opción: podrá solicitar una nueva prestación contributiva o bien podrá reanudar la pres-

tación pendiente de percibir. Si opta por la reanudación, se le reconocerá un beneficio social: *se tendrá como periodo consumido únicamente el 25 por 100 del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo*. Aunque nos puede parecer una norma de mejora, no lo es. Conviene leer con detenimiento esta regla, pues no se trata de nada parecido a la técnica de reposición del derecho que ya ha consumido el beneficiario, como sí sucede para los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por razones de empresa –art. 16 de la Ley–. En realidad, se trata de una regla de clarificación y, en consecuencia, de estricta mejora técnica, pues en la regulación gubernamental nada se decía al respecto, induciendo a la confusión. Que constituye solo una pura regla de coherencia, para evitar resultados injustos, pero no para introducir compensaciones o beneficios nuevos para el trabajador, se pone de manifiesto por el acotamiento del cómputo del periodo consumido a un porcentaje equivalente a la cuantía de la prestación compatibilizada, que no podría ser, en ningún caso, mayor a ese 25 por 100.

Asimismo, se exige a la entidad gestora de la prestación –SPEE– y también al beneficiario, durante el periodo de compatibilización, de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Es evidente que con ello se reduce la carga social de uno y otro en tal tiempo, pero también puede suponer un perjuicio para el trabajador, que ve cómo se abren periodos de interrupción en su carrera de seguro. Y si se entiende que solo hay exención de cuotas, pero en todo caso se tendrá como periodo cotizado, aunque no exista la obligación de cotizar, el perjuicio se genera para la Seguridad Social. En consecuencia, se trata de una previsión de dudoso fundamento y arriesgados efectos.

Dado el carácter formalmente voluntario de esta compatibilización, se prevé que pueda no darse la compatibilidad. En tal caso, está previsto que se mantenga el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212.1 d) y 213.1 d) de la LGSS.

Aquí lo único novedoso es que la Ley es más precisa a la hora de la remisión a los preceptos de la LGSS, por cuanto en el RDL se hacía de forma genérica en los dos casos, mientras que ahora se precisa apartado y letra. Se trata, pues, de una innovación de estricta mejora técnica.

2.1.3. Nuevos límites para el acceso a las bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social

Bastante más claro era, y de ahí que apenas experimente novedad, el régimen de las bonificaciones sociales también previstas para este contrato. Así, con idéntica expresión, se entiende que «con independencia de los incentivos fiscales...», concluir un contrato de este tipo conlleva una serie de bonificaciones de las cuotas sociales durante tres años, siempre y cuando se refieran las contrataciones a alguno de estos colectivos de personas desempleadas e inscritas en la oficina de empleo:

- a) *Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive*: 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Cuando se concierten con «*mujeres en ocupaciones*» en las que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año). Si en la cuantía diferencial no hay ninguna novedad, sí la hay respecto del concepto tomado como referencia para delimitar el ámbito de actividad en el que se ha de dar la diferencia peyorativa de representación profesional de las mujeres, porque en el RDL se hablaba de «*mujeres en sectores*» en los que aquellas estén infrarrepresentadas profesionalmente. Esta cuestión dio lugar a una extensa discusión, a mi juicio algo bizantina, en el Congreso y en el Senado, a fin de determinar cuál era el término preciso para este ámbito, en la medida en que no se quería acoger un concepto que tuviese una dimensión más restrictiva que el precedente. En este sentido, parece correcto el término finalmente elegido, en la medida en que hoy el problema no está tanto, o no solo, en los sectores, sino en concretas profesiones.

- b) *Mayores de 45 años*: 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años. Cuando se concierten con mujeres en ocupaciones en que estén aún infrarrepresentadas, serán 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Además de la asunción también aquí, como es coherente, del término ocupación y no de sector, para determinar el ámbito de referencia para las bonificaciones más favorables a las mujeres, destaca en esta nueva redacción que ha decaído el requisito de estar inscritos en la oficina de empleo, para el caso de los mayores de 45 años, durante un periodo mínimo de 12 meses al menos durante los 18 anteriores a la contratación. Por tanto, se abre ahora el contrato a todos los trabajadores mayores de esa edad inscritos en la oficina de empleo, aunque no sean de larga duración. A este respecto, sabido es que más acuciante incluso que el de los jóvenes –con ser este ya extremo–, resulta el de los trabajadores parados de larga duración. Estos son ahora ya más del 50 por 100.

Junto a esta novedad en el ámbito subjetivo, del lado laboral, hallamos también alguna novedad relevante del lado de las *prohibiciones de acceso a estos beneficios* o incentivos sociales para la contratación por parte de las empresas. De conformidad con el apartado 6 del artículo 4 del RDL, se excluía de esta contratación, y por tanto de sus incentivos, a las empresas que,

«en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubieran realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubieran procedido a un despido colectivo».

En ambos supuestos legales, además, se establecía un doble límite del alcance de la prohibición: «afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos *con posterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley*», de un lado, y solo «para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del *mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo*», de otro. Era evidente la comprensión restrictiva de la exclusión y, en consecuencia, la vocación expansiva de este régimen, aceptando algunas situaciones muy discutibles desde la propia coherencia reguladora de esta nueva modalidad y su sentido promotor de empleo y no meramente de transformación o rotación de contrataciones, sin afectar al empleo –neto–. Por tanto, en la práctica, se reducía extraordinariamente la utilidad de la prohibición, abriéndose múltiples

vías de escape al «emprendedor», como puede ser el ejercicio de su recientemente reforzado poder de modificación contractual. Una vez más, quedaba claramente concretado en un ejemplo de efecto práctico el nuevo imaginario que el Gobierno tiene de la relación laboral: el empleador es un sujeto proactivo, clave para el empleo, al que hay que liberar al máximo de cargas y responsabilidades, facilitándole el acceso a los beneficios, sin que sea útil indagar en la juridicidad o no de su conducta precedente.

Pues bien, el trámite parlamentario de la reforma laboral no ha sido insensible a esta crítica y nos ha proporcionado algunas correcciones que mitigan aquel sentido en exceso restrictivo de la prohibición y, en consecuencia, promotor de prácticas elusivas. Según la nueva redacción dada a este apartado 6, no pondrán concertar este tipo de contratos las empresas que, en los seis meses anteriores a la contratación, hubieran adoptado «*decisiones extintivas improcedentes*». El enunciado es mucho más sencillo y también más preciso, de modo que incorpora todas las decisiones extintivas que no sean procedentes, tengan la causa que tengan y hayan sido declaradas o no como improcedentes por una sentencia –basta también que haya habido reconocimiento como tal–. En cambio, no ha tenido a bien modificar las vías de escape de esta exclusión –«trampillas legales para la elusión del mandato»–, por lo que el alcance de la misma se evidencia todavía limitado. En este sentido, lo que más puede inquietar es que sigue sin incluir como causa de exclusión los desistimientos que se produzcan en otros contratos de emprendedores celebrados por la empresa, con lo que, como se decía, el temor a un uso desviado del contrato como nueva vía para el encabalgamiento contractual, a salvo del control del artículo 15.5 del ET –cuando recupere su vigor normativo en enero de 2013–, sigue vivo.

También es novedosa la recuperación, al igual que para los incentivos fiscales, del requisito del mantenimiento del nivel de empleo en la empresa alcanzado al contratar por esta vía indefinida, por lo que no bastará con mantener la relación laboral firmada, sino el volumen de empleo global alcanzado con tal contratación. El apartado 7 del artículo 4 del RDL solo exigía para aplicar las bonificaciones «mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro». Ahora bien, el nuevo enunciado de ese artículo 4.7 de la Ley exige además «mantener el nivel de empleo durante al menos un año desde la celebración del contrato», con lo que se recupera este requisito, olvidado, como se dijo, en la anterior regulación.

No obstante, de nuevo, se abren vías para eludir esa obligación de conservación del empleo. En este sentido, ahora se afirma que no se considerarán incumplidas las citadas obligaciones de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga mediando una causa lícita, esto es:

- Por causas objetivas –se añade por la Ley– o por despido disciplinario, cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente –este estaba previsto ya en el RDL–.
- Por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.
- Por la expiración del tiempo convenio o la realización de la obra o servicio objeto del contrato –principio de causalidad de los contratos–. La inclusión de este supuesto es coherente

con la recuperación del carácter colectivo o global de la obligación de mantenimiento del empleo durante un año, pues no estaba en la redacción anterior y, por lo tanto, no tenía sentido respecto del contrato aquí analizado, que es indefinido, sin perjuicio de la desnaturalización que en esta categorización supone un periodo de prueba tan desmesurado.

2.2. *La regla interpretativa del modo de reactivar el límite preventivo al abuso de contratos temporales: ¿una mejora técnica?*

El RDL incluyó una regla de anticipación de vigencia del artículo 15.5 del ET, suspendida por dos años en el RDL 10/2011. Pero no nos dijo cómo hacerlo.

El artículo 17 de la Ley mantiene el anticipo de la recuperación de vigencia del límite a la contratación temporal previsto en el artículo 15.5 del ET, que fue suspendido, como se sabe, por el artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. Sin embargo, con la tramitación parlamentaria se incluye una regla legal que pretende mejorar la seguridad jurídica en orden a la aplicación de la regla de cómputo de los periodos temporales que aparece en el artículo 15.5 del ET. La regla fijada, no obstante, quizás mejore la seguridad jurídica, pero es claro que supone también la reafirmación del debilitamiento de la protección.

Como es sabido, su origen se encuentra en la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en cuya exposición de motivos se dice que la nueva regulación que se hace de ese precepto se lleva a cabo incorporando al ordenamiento interno la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Pero la norma fue escasa, por lo que difícilmente podía tenerse como un instrumento eficaz de cumplimiento del acuerdo marco, dando lugar a debates sobre si cumplía con las previsiones de la cláusula quinta del referido acuerdo marco que asume la directiva. Polémica doctrinal que fue zanjada con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, y en cuyo artículo 2 se daba nueva redacción al apartado 5 del artículo 15 del ET.

El problema del cómputo del tiempo ha estado presente desde su origen. El Real Decreto-Ley 5/2006 contenía también una disposición transitoria 2.^a, referida al régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales. Por su parte, la disposición final 4.^a determinaba que su entrada en vigor se produciría al día siguiente de la publicación, esto es, el 15 de junio de 2006. Esa es precisamente la razón por la que la Ley 43/2006, que se publicó en el BOE de 30 de diciembre de 2006 y entró en vigor al día siguiente de su publicación, con un texto idéntico del número 5 del artículo 15 del ET, fijase en su disposición transitoria 2.^a un especial régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales, de manera que lo previsto en la redacción dada por esa ley al artículo 15.5 del ET sería de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 15 de junio de 2006. Y respecto a los contratos suscritos por

el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomaría en consideración el vigente a 15 de junio de 2006.

De esta forma se hacía coincidir el régimen transitorio del Real Decreto-Ley 5/2006 con el de la Ley 43/2006 y se fijaba el 15 de junio como fecha a tener en cuenta para saber el número de contratos computables suscritos por el trabajador y conocer así también en el periodo de 30 meses, si la prestación de servicios se había llevado a cabo por medio de dos o más de aquellos durante un plazo superior a 24 meses, con independencia de la licitud de tales contratos temporales (SSTS, 4.^a, de 19 de julio –rec. núm. 3655/2009– y 9 de diciembre de 2010 –rec. núm. 321/2010–; y de 15 de febrero –rec. núm. 1804/2010– y 19 de abril de 2011–rec. núm. 2013/2010–).

En este sentido, la reactivación se producirá el 1 de enero de 2013. A tal fin, la Ley ahora precisa, con un segundo apartado incluido el citado artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011, que *«quedará excluido del cómputo de plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del ET, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas»*. Esto es, se excluye todo el plazo de tiempo en que ha estado en vigor la suspensión del límite temporal. En consecuencia, el cómputo se reanuda desde el 1 de enero de 2013, debiéndose atender al periodo ya transcurrido antes de la suspensión, así como, naturalmente, a los que transcurran con posterioridad. En suma, la suspensión supone «borrar» de la vida laboral, a estos estrictos efectos de garantía de estabilidad, claro, todo el tiempo transcurrido entre las referidas fechas.

2.3. *Las novedades en materia de «contrato de trabajo a distancia»: muchas, demasiadas, pero poco relevantes, modificaciones*

Más llamativa en la forma que en el fondo, el RDL modificó el artículo 13 del ET para desplazar la tradicional regulación del «contrato a domicilio», apostando por una dimensión más moderna e innovadora: el «contrato a distancia». No obstante, las novedades de su régimen jurídico fueron –y son– muy escasas. Ahora, la Ley acoge un amplísimo elenco de enmiendas al respecto, pero todas ellas dirigidas a garantizar la coherencia entre los cambios introducidos por la reforma y el resto de normas del ordenamiento social y laboral. De ahí que, como se dijera, el número no debe llevar a la ilusión de creer que son relevantes, pues son de mero –y obligado– ajuste técnico.

En este sentido destacamos las siguientes enmiendas de coherencia reguladora:

a) Con el régimen contractual estatutario:

- Se da –por la disp. adic. 8.^a– nueva redacción al apartado 2 del artículo 8 del ET (forma del contrato de trabajo), a fin de incluir dentro de los contratos que exigen forma escrita de

modo obligatorio, además de los precedentes, «*los de los trabajadores... a distancia*», sustituyendo este término en detrimento del anterior, esto es, el de «trabajadores a domicilio».

b) Con el derecho sancionador:

- Derogación del artículo 6.3 de la LISOS –disp. derog. única, apdo. 1, letra a) de la Ley–, que tipificaba como infracción administrativa leve «*no poner a disposición de los trabajadores a domicilio el documento de control de la actividad laboral que realicen*». Pero este requisito desapareció de la delimitación de esta forma de empleo, por lo que su permanencia en el texto sancionador carecía de sentido alguno.
- Nueva redacción al apartado 5 del artículo 6 de la LISOS, que recoge como una infracción administrativa leve no informar de las vacantes existentes en la empresa, además de a los trabajadores a tiempo parcial –art. 12.4 ET– y temporales –art. 15.7 ET–, «a los trabajadores a distancia», según la nueva denominación del artículo 13.3 del ET.

c) Con el derecho de la Seguridad Social:

- Modificación de la redacción de la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la LGSS –campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social (Régimen General)–, para eliminar la referencia a los «trabajadores a domicilio» y a las «categorías profesionales», y sustituirlos por «trabajadores a distancia» y «grupo profesional».

2.4. Los contratos formativos y a tiempo parcial: remisión

Para intentar flexibilizar aún más las vías de acceso de ciertos colectivos al empleo, sobre todo los más castigados por la crisis –los jóvenes; pero no solo–, el RDL también incorporó novedades en torno a otras dos modalidades contractuales:

- a) El contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 ET).
- b) Los contratos a tiempo parcial (art. 12 ET).

Para ambos aporta una serie de modificaciones orientadas a corregir algunas de las razones por las cuales ninguna de esas modalidades ha tenido el uso que hubiera sido deseable por parte de los empresarios. Ni aquel ha sido el instrumento eficaz de inserción juvenil al mercado de trabajo que se esperaba, actuando más bien como una vía de abaratamiento del uso de trabajo poco cualificado, ni este ha sido ese mecanismo ideal para conciliar las exigencias de organización flexible del trabajo para los empresarios, de redistribución del empleo para los desempleados ni de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores. Aunque ninguno de los cambios efectuados está en condiciones de variar ese insatisfactorio rumbo, sabido es que para el contrato a tiempo parcial solo se introdujo una medida, en principio contraria al sentido requerido para superar de una vez por todas sus limitaciones en nuestro ordenamiento, como fue eliminar de él la prohibición de horas extraordinarias, una vez que ya se contaba con un mecanismo de

ajuste como son las «horas complementarias», una suerte de bolsa de horas a favor del empresario, sin perjuicio de los límites cuantitativos fijados y con el mismo régimen de cotización social que las horas ordinarias. La Ley no ha introducido ninguna novedad al respecto y, por tanto, esta medida no merece más comentario que seguir lamentando la desidia del legislador y la nueva ocasión perdida, sin perjuicio de indicar que, según el último registro de contratos, el trabajo temporal a tiempo parcial ha crecido significativamente.¹⁴

En cambio, sí ha merecido alguna atención al Parlamento los contratos de tipo formativo, ambos, si bien más el contrato para la formación y el aprendizaje que el contrato de prácticas, dentro de las medidas para favorecer el acceso al empleo de los jóvenes y de los no tan jóvenes –dado que se excepciona el límite máximo de edad en tanto no volvamos a porcentajes racionales de desempleo, con lo que también desde aquí se contribuye a la creación de un Estado de Excepción Jurídica–. No obstante, las analizaremos en el apartado dedicado a la formación profesional para el empleo.

IV. NOVEDADES EN FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO: LA MAYOR VINCULACIÓN A LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA

1. El fomento de la formación profesional como vía para favorecer la «empleabilidad», en especial de los más «jóvenes»

Antes de afrontar los dos «paquetes básicos» de la reforma, las que favorecen la gestión flexible del trabajo –flexibilidad interna–, de un lado, y las que propician un mayor ajuste de las plantillas a cualquier vicisitud que pueda afectar a la empresa –flexibilidad externa de salida–, de otro, la reforma se detiene un momento también en aportar «medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores» a través de la mejora de las oportunidades de formación profesional. Este bloque de medidas incide en diversos cuerpos normativos y supone la afectación de diversas instituciones típicas de las relaciones laborales, como los contratos formativos para jóvenes –art. 11 ET– y los créditos de horas para formación –arts. 4.2 b), 23 y 52 b) ET–, y de las relaciones de empleo, como la propia configuración del subsistema de formación profesional para el empleo. Al igual que sucede en el resto de medidas de la reforma laboral, los objetivos expresados en positivo por el preámbulo, hacer de la formación profesional no ya solo un derecho subjetivo primordial sino un pilar esencial del nuevo modelo productivo, luego halla formalizaciones normativas más contradictorias en sus fines, pues a los nuevos aspectos de desnaturalización del contrato formativo se suma la desaparición de la formación

¹⁴ No debe olvidarse que el régimen de las horas complementarias abre vías de gestión que no se permiten en otros contratos, como el «trabajo a llamada», contando con la cobertura de la Directiva 97/81/CE (STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02). Pero no menos cierto es que también tiene sus restricciones. Por eso, la exposición de motivos entiende que con el incremento de las horas extraordinarias consigue realmente aumentar la flexibilidad del contrato a tiempo parcial, haciéndolo más atractivo para los empresarios, sin que se presente como un desincentivo el régimen de cotización específico, pues pretendería «un mayor equilibrio entre flexibilidad y protección social, admitiendo la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, e incluyendo las mismas en la base de cotización por contingencias comunes». El régimen de las horas complementarias supone mayores garantías que el régimen de las horas extraordinarias, ya que requiere pacto expreso en modelo oficial adicional y tiene topes, aunque muy modulables –del 15 al 60% hay un gran trecho por recorrer–, aunque, claro está, a través del convenio de sector, con lo que se topaba con un contrapoder que la reforma quiere desarticular en lo posible.

profesional como límite al ejercicio de los poderes de novación empresarial ex artículo 39 del ET en relación con el artículo 50 del mismo texto legal.

En consecuencia, quedaba abierto por la reforma gubernamental un espacio significativo para que el Parlamento pudiera hacer más creíble el objetivo referido de la «empleabilidad», identificado con un nuevo estatuto de favor hacia la mejora real de las «capacidades profesionales» de las personas y, por tanto, de las oportunidades reales de empleo, y no, como suele suceder, con una emblemática «palabra cuento», tras la cual se oculta un conjunto de medidas orientadas a facilitar el «uso rentable, por poner precios más reducidos» de la «mano de obra». En suma, el Parlamento tenía ante sí el reto de evitar una excesiva instrumentación de esta dimensión del empleo al servicio tan solo de la «flexibilidad de los usos empresariales del trabajador», sobre todo de los más jóvenes –fijando este concepto con criterios muy, muy laxos (hasta 33 años, una edad muy evangélica y también muy simbólica de esa tendencia a identificar el valor de la flexibilidad con los «sacrificios corporales»), para recuperar su dimensión personal–.

No ha sido esa, sin embargo, la dirección de las novedades, como por otro lado era de esperar, sino la de flexibilizar más la comprensión de los nuevos derechos que se introducían –el derecho a un nuevo crédito de horas formativas–, y precisar, como una mejora técnica, aquellos aspectos que podían quedar inciertos. Al tiempo que se aprovechaba también la tramitación parlamentaria para atender las expectativas en tal sentido de otros colectivos profesionales, como los trabajadores autónomos, las empresas solidarias o de economía social y sus estructuras organizativas, a fin de darles un protagonismo mayor en la definición, gestión y disfrute de subvenciones del sistema formativo. Una vez más nos encontramos, ahora en su vertiente colectiva, con la influencia revisora de los equilibrios precedentes de las nuevas representaciones y los nuevos lenguajes, como los relativos al favor de la imagen del empresario como «emprendedor», por ser una visión más proactiva e innovadora, y al valor de la «cultura emprendedora», y en consecuencia, el protagonismo de quienes representan colectivamente estos fines o valores socioeconómicos y culturales.¹⁵ Con ello se reconoce igualmente la necesidad de abrir a otras formas de empleo –sobre todo de autoempleo– las políticas de fomento, pues parecen evidenciar una mayor capacidad de resistencia a los efectos de la crisis.

Sin afectación a la fórmula acogida por el RDL para reconocer el derecho-deber básico a la formación profesional –art. 4 ET–, si hallaremos algunas novedades de alcance en el plano de sus garantías de efectividad, en especial para la más novedosa, como es el permiso formativo retribuido adicional de 20 horas anuales acumulable –art. 23.3 ET–. Pero no es el único ámbito de la política de formación profesional para el empleo afectado por la tramitación en el seno del Parlamento de la reforma laboral, sino que hallaremos nuevos enunciados en las diferentes instituciones de este ámbito implicadas. Entre ellas destaca, y por ahí voy a empezar, el nuevo intento de impulsar los contratos para la formación y el aprendizaje como recurrente fórmula para mejorar la tasa de inserción juvenil, no ya solo dentro de los colectivos con mayor fracaso escolar, pues los jóvenes españoles están en cifras de desempleo asfixiantes y humillantes para cualquier sociedad decente.

¹⁵ Para el protagonismo de estos conceptos en la «neolengua» (*newspeak* en la distopía *1984* de ORWELL) de signo funcionalista y productivo, con carácter general, y sus efectos de «desnaturalización del lenguaje», típica, como había advertido bien, ORWELL, de los regímenes de pensamiento único, SUPLOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, op. cit., pág. 132. Como advierte este autor, «devolver el sentido a las palabras es el primer paso indispensable para recuperar el dominio del propio porvenir». Sobre estas bases, aún sin citarlo y con referencias a otras obras de referencia del pensamiento filosófico y sociológico de nuestro tiempo, vid. URRUTIKOETXEA, M.: «El Preámbulo del RD-Ley 3/2012 o las retóricas de la manipulación», *Revista Derecho Social*, n.º. 57, 2012, págs. 30 y ss.

2. La ampliación del ámbito aplicativo de los contratos para la formación y el aprendizaje como vía «desesperada» de inserción ocupacional juvenil

2.1. Modificaciones legales en el régimen contractual

En este contexto, para lo que concierne al contrato para la formación y el aprendizaje del artículo 11.2 del ET, que es el más afectado por la reforma, a diferencia de la novedad de reducida importancia que presenta la versión parlamentaria respecto del contrato en prácticas, las reglas que se han visto afectadas son:

a) Ámbito subjetivo.

Junto a los trabajadores mayores de 16 años y menores de 25 –como límite máximo de edad general, excepcionado también con carácter general transitoriamente hasta situarse en los 30 años («solo» hasta alcanzar una tasa de desempleo del 15%, hoy situada en el entorno del 25%)– que carezcan de cualificación profesional, ya sea reconocida por el sistema educativo ya por el sistema de formación profesional para el empleo, requerida para un contrato en prácticas, ahora se precisa que también se *«podrán acoger a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo»* –art. 11.2 a) ET–. De este modo, en los últimos años esta modalidad contractual ha querido servir de ariete contra el fracaso escolar, tratando de recuperar para el mercado de trabajo a los colectivos de jóvenes con una menor formación; ahora se abre la vía también a la inserción anticipada de quienes están –o siguen– en el sistema educativo.

Asimismo, se amplía la excepción a la vigencia del límite máximo de edad en beneficio, cómo no, de ese mantra de la *«neolengua laboral»* de corte productivista, que es la *«empleabilidad»* –oportunidades reales de empleo– de las personas con discapacidad. Ahora se extiende a los colectivos en riesgo o en situación de exclusión social, tal y como se acotan en la Ley 44/2007, para empresas de inserción. Pero esta posibilidad de contratación bajo tal modalidad sin límite de edad se constriñe a las personas de estos colectivos contratadas por tales empresas de economía solidaria, no para el resto, y siempre que «estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente». En suma, asistimos a un nuevo ejemplo de una suerte de principio de igualación del trato jurídico-laboral de las personas con «discapacidad biológica» –física o mental– a las personas con *«discapacidad social»*, que hallará otras manifestaciones en la Ley, sobre todo en la parte extravagante de la misma, donde se formulan los compromisos de revisión del marco regulador de la inserción ocupacional de estos colectivos especialmente golpeados por el desempleo.

En este ámbito, debe anotarse la incidencia de la disposición adicional 19.^a del ET. Como es conocido, esta disposición tiene como finalidad establecer una excepción al límite general máximo de edad para poder ser contratado bajo esta modalidad respecto de los programas realizados en el marco de la letra d) del artículo 25.1 de la LE. A su tenor, no le es aplicable el límite de edad –ni el de duración– previstos con carácter general para el contrato para la formación y el aprendizaje. Esta disposición estatutaria ha sido modificada por la reforma, pero no a estos efectos, sino a los de duración de los mismos, por lo que lo comentaremos al analizar ese aspecto de esta regulación diferencial.

b) La duración del contrato.

En lo que respecta a la duración de este contrato no encontramos novedad, ni en el límite mínimo –seis meses– ni en el máximo –tres años–, ambos modulables por la negociación colectiva siempre y cuando se respeten el mínimo y el máximo –que son, por lo tanto, normas de derecho imperativo–. Sin embargo, sí la hay en relación con el número de prórrogas previstas para aquellos contratos que no se firmen por el máximo de duración legal o convencionalmente previsto. Si en la regulación anterior se preveía una sola prórroga, ahora se contemplan dos, sin que la duración de cada prórroga sea inferior a seis meses y sin que la duración total del contrato de trabajo formativo pueda exceder de su duración máxima.

Esta novedad puede adscribirse también, como se indicó en el epígrafe II, al grupo de las medidas de incremento de la flexibilidad de acceso al contrato de trabajo a favor del empleador, que puede especular más con la duración total del contrato –dentro de los límites máximos legales o convencionales–. También en esa dirección hay que incluir la novedad que presenta la disposición final 9.^a de la Ley, según la cual se introduce un inciso al apartado 2 de la disposición adicional 19.^a del ET. A su tenor, que amplía la brecha reguladora entre los contratos formativos «ordinarios» y los «fomento de empleo», en estos «las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad», todas ellas consideradas como interruptoras del cómputo del plazo máximo de duración del contrato con carácter ordinario –art. 11.2 b) ET–, «no interrumpirán el cómputo de la duración del contrato».

De este modo, se introduce una nueva regla diferenciadora y peyorativa del régimen jurídico de esta modalidad de contratos formativos respecto de la «ordinaria», en línea con lo que establece en relación con los beneficios sociales –reducción de cuotas– previstas para la transformación de estos contratos en indefinidos, que también se excluyen cuando se trata de contratos formativos de fomento de empleo de tales colectivos. Si esta regla excluyente puede tener algún sentido, no lo tiene la anterior, pues genera un tratamiento de desfavor en materias vinculadas a derechos sociales de eficacia «universal» para toda categoría o colectivo de trabajadores en circunstancias análogas. La justificación esgrimida es el propósito de evitar que pueda extenderse la duración de estos contratos, en los supuestos de programas de empleo, más allá de los propios proyectos aprobados, haciendo coincidir la vigencia prevista para el contrato con la del programa, con lo que se ignora para estos colectivos que se trata de situaciones que exigen una protección específica, como sucede en general para los contratos temporales en tales casos.

c) Reformulación del límite-medida de fomento del encabalgamiento de contratos formativos.

Otra novedad formalmente reseñable es el intento –pero solo eso– de lavar la cara a una de las reglas más discutidas y discutibles del RDL respecto de esta modalidad contractual, a través de la cual se terminaba fomentando el «encabalgamiento» de este tipo de contratos en una misma persona. Como ya se evidenció, es curioso que una reforma que trata de anticipar la vigencia del artículo 15.5 del ET luego abra diversas vías para incurrir en el mismo vicio contractual respecto de otras formas contractuales.

En efecto, conforme al enunciado precedente de la letra c) del artículo 11.2 del ET, se dejaba ver con claridad que la prohibición de un nuevo contrato de este tipo a quien acaba de finalizar el primero concluido, ya lo realizase la misma o distinta empresa, solo afectaba a «la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato», pero «sí» era perfectamente legítimo para una distinta actividad u ocupación. Por tanto, con tal formulación hecha en positivo se alentaba claramente a prácticas de sucesión de contratos formativos con un mismo trabajador variando la ocupación a aprender. Conscientes de la anomalía de esa situación, pese a la continuidad de la regla de prohibición formal, al alentar prácticas elusivas de la misma, con el solo artificio de variar las características del puesto de trabajo, se introduce ahora un nuevo enunciado que mitiga esa lectura promocional de los encabalgamientos de este tipo de contratos, pero con escaso éxito.

En efecto, ahora se reintroduce la fórmula legal tradicional de la regla-excepción, de modo que se resalta la prohibición de tal sucesión de contratos para la formación y el aprendizaje, pero se incluye, como salvedad –«salvo que...»–, que la formación inherente a tal contrato pueda tener por objeto la obtención de una diversa cualificación profesional, en cuyo caso sí sería posible. En definitiva, aunque en lo sustancial ambos enunciados dicen lo mismo, es evidente que el elegido en el RDL ha filtrado una actitud favorable por parte del Gobierno-legislador a recurrir a estos contratos como vía de inserción profesional en contextos de crisis tan aguda como la actual, mientras que en el acotado en trámite parlamentario, que es el que prevalece, se decanta una actitud mucho más cauta al respecto.

d) Justificación de la actividad formativa.

Otra novedad legal aparece en el marco de lo que podríamos denominar deberes de transparencia formativa de la empresa. Conforme a la regla conocida, la actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas. Pues bien, ahora se exige que se justifique de modo expreso la impartición de la formación, pues tal actividad formativa «deberá justificarse a la finalización del contrato» –párrafo segundo, *in fine*, letra d) art. 11.2 ET–. En todo caso, todas estas cuestiones quedan al desarrollo reglamentario, al que se remite en este mismo párrafo. Por supuesto, en esta norma reglamentaria se introducirá otra cuestión capital para este tema, como es todo lo que tiene que ver con «los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa». Se recordará que son varias las reglas que se incluyen a tal fin en esta reforma laboral, en especial la cuenta-formación, que no experimenta cambios, aunque aparece de suerte incierta.

2.2. Las novedades en materia de incentivos económicos: el límite para la reducción de cuotas de los contratos en prácticas

También encontraremos un par de novedades en la *regulación de los incentivos económicos* para el recurso a estas modalidades contractuales. De algún modo en ellas se expresa un cierto reconocimiento de la mala praxis que en este ámbito ha supuesto la generalización de este tipo de incentivos.¹⁶

¹⁶ Lo constata así QUESADA SEGURA, R.: «Derechos de formación profesional y contratos formativos», *Temas Laborales*, n.º 115/2012, págs. 183 y ss.

De un lado, ahora se precisa que el derecho a la reducción de cuotas sociales en casos de transformación de tales contratos, cualquiera que sea la fecha de su celebración, en indefinidos será posible tanto a la finalización de la duración inicial como de la prorrogada. Es evidente que no se trata sino de una regla de coherencia técnica, que da seguridad jurídica adicional para estos supuestos pero que ya venía aceptándose así en la experiencia del régimen precedente. De otro, se introduce una regla de exclusión de este derecho a la reducción de cuotas sociales. Así, no cabrá tal reducción cuando se trate de contratos para la formación y el aprendizaje suscritos en el marco de las «políticas activas de empleo» basadas precisamente en tal técnica de alternancia de empleo y formación. El artículo 3.4 de la Ley de reforma laboral excluye a todas las acciones que se enmarquen en las políticas de este tipo del artículo 25.1 letra d) de la LE, incluyendo los programas hasta hoy más típicos y exitosos, como son «los proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo». Finalmente, la disposición transitoria 13.^a extiende las reducciones de cuotas previstas por transformación en indefinidos de los contratos para la formación y el aprendizaje del artículo 3.2 de la Ley a los supuestos de contratos para la formación celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2011, de 26 de agosto, que se transformen en indefinidos a partir del 1 de enero de 2012.

En lo que concierne al sistema de incentivos de la transformación en indefinidos de ciertos contratos temporales hallamos, a raíz de una enmienda del Senado –la n.º 566– del Grupo Parlamentario Popular, una novedad orientada a garantizar un uso de los *contratos en prácticas* acorde a su verdadera finalidad y no como fórmula para el tránsito hacia la contratación indefinida mediante el beneficio de la bonificación. Según el artículo 7.1 de la Ley, las empresas que transformen en indefinidos contratos en prácticas, «a la finalización de su duración inicial o prorrogada», o contratos de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años.

Además, se suprime la preferencia de los trabajadores contratados al amparo de este precepto en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación. Esta regla estaba en el apartado 4 del artículo 7 del RDL, pero se suprimió en el paso de la reforma por el Senado, para adecuarse a la finalidad estricta de aquellos.

3. Las nuevas facilidades para el cumplimiento empresarial del permiso formativo del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores

Junto al reforzamiento del derecho individual del trabajador a recibir una formación adecuada a los cambios técnicos y productivos, que le permita mejorar su nivel o tasa de «empleabilidad» –garantía de empleo–, tanto en un momento preventivo como actual de modificaciones –art. 4.2 b) en relación con los arts. 23.1 d) y 52 b) ET–, la mayor novedad en este ámbito de la reforma reside en el derecho específico y *adicional* a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación, inicialmente vinculado al puesto de trabajo y acumulables por un determinado periodo de tiempo –art. 23.3 ET–. Pues bien, este derecho sí experimenta ciertos cambios de entidad, y no ya en línea de precisar los aspectos que habían quedado más inciertos –mejoras técnicas–, sino más bien en la dirección de flexibilizar su

reconocimiento y garantía, aun a costa de terminar introduciendo más incertidumbre sobre su regulación y funcionamiento que en la normativa anterior.

De inicio, no varían los requisitos personales de acceso a tal permiso retributivo. Por lo tanto, solo los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo. La primera novedad tiene que ver con el objeto de la formación. Si para la redacción dada por el RDL debía vincularse «al puesto de trabajo», lo que se revelaba como una norma anacrónica y rígida, sin sentido en el contexto productivo de nuestros días, que fomenta la polivalencia funcional, para la Ley ha de vincularse, con mucho mejor criterio, «a la actividad de la empresa». Como puede comprobarse con facilidad estamos ante una nueva regla de incremento de la flexibilidad reguladora y de gestión, por cuanto el ámbito socioocupacional al que se liga tal actividad de formación es notablemente más amplio, abriendo importantes facultades de gestión preventiva de cambios productivos a través de la adaptación formativa continuada.

La segunda novedad, la hallamos respecto del periodo temporal que autoriza la acumulabilidad de este permiso. Si en la redacción dada por el RDL tal plazo se situaba en tres años, ahora se fija en cinco años. En este caso, entiendo que se trata nuevamente de una reforma orientada hacia la flexibilidad de gestión, pero a diferencia de la novedad anterior, creo que aquí el mayor beneficiario es el trabajador, que dispondrá de más tiempo para la acumulación y podrá obtener un permiso mayor a los fines de la mejora de su «empleabilidad» por la formación continua.

La tercera novedad, también dirigida a ofrecer mayor flexibilidad de gestión –y, sobre todo, de cumplimiento– al empleador, se muestra mucho más incierta. Precisa ahora la norma que tal derecho «se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva». La finalidad perseguida con esta enmienda, que pretende ser de clarificación y, por lo tanto, de mejora técnica, es, sin embargo, evitar que ese permiso pueda acumularse a otros ya previstos en el marco de planes formativos adicionales a los legales.

De ahí que, para evitar que se pueda neutralizar en extremo este carácter adicional del permiso retribuido –que es de los pocos nuevos derechos que contiene la reforma–, se precisa igualmente que «no podrán comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes». El legislador termina remitiendo, a través de enunciados alambicados y circunloquios, a términos inciertos y externos a su propia regulación –formación obligatoria exigida por cualquier norma legal–, que complican la comprensión del derecho, arriesgando a su neutralización o vaciamiento. En cualquier caso, entiendo que lo que quiere decir el legislador –aunque no lo diga del mejor modo posible–, es que estamos ante un permiso adicional, a cargo de la empresa, y que, en consecuencia, debe suponer un incremento de los permisos de este tipo legalmente previstos con anterioridad a la reforma laboral. Ahora bien, este permiso retribuido es perfectamente «absorbible» por las acciones formativas de las que pudieran gozar los trabajadores en virtud de programas formativos específicos para el empleo, sea de los previstos en la negociación colectiva, sea de los asumidos ya por iniciativa empresarial con carácter colectivo o global.

Finalmente, como cuarta novedad reguladora y de gestión de este permiso, se atribuye el carácter de fuente subsidiaria al acuerdo entre empresario y trabajador en torno al régimen concreto de

disfrute del mismo. En el RDL, fiel a un exceso de ordenación liberal típica de una buena parte de esta reforma –otra es de sentido contrario, claramente autoritaria e intervencionista, aún a favor de la productividad de las empresas, por tanto del poder empresarial en definitiva, con lo que se termina en el mismo punto de destino que las normas «liberales» (estas liberan de límites legales y convencionales al poder de dirección)–, tal concreción incumbía solo a acuerdo en el marco de la autonomía privada. Sin embargo, tras la tramitación parlamentaria, esta remisión lo será solo «*en defecto de lo previsto en convenio colectivo*».

En consecuencia, aunque muy débil, el Parlamento, a diferencia del Gobierno, le hace un nuevo guiño a una ahora maltrecha negociación colectiva, atribuyéndole un papel preponderante en el régimen de concreción de la actividad formativa, también para este permiso. En todo caso, lo que queda bien claro es que no cabe determinación unilateral del trabajador –tampoco del empleador–, por lo que se descartan los poderes de autodeterminación, pese a ser un derecho de titularidad individual. También desde esta perspectiva se confirma que se trata, sí, de un derecho de titularidad individual, pero de beneficio también colectivo, por lo que su ejercicio exige o bien un régimen convencional –colectivo– o bien uno pactado entre empresario y trabajador.

4. El gusto por las reformas de «ida y vuelta»: la apertura del subsistema de formación profesional para el empleo a la economía social

Aunque al final el cambio ha resultado menor, y en todo caso, perfectamente razonable en este punto, la tramitación en el Congreso conllevó una importante mutación en la letra c) del apartado 1 del artículo 26 de la LE. En este precepto se delimita *qué se entiende por el subsistema de formación profesional para el empleo*. Por tal se entiende el conjunto de iniciativas, medidas e instrumentos que pretenden, a través de la formación de los trabajadores y de la acreditación de su cualificación, dar respuesta a sus necesidades personales y profesionales de inserción y reinserción en el sistema productivo y contribuir a la mejora de la competitividad de las empresas. El marco normativo-institucional de referencia es la Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y la Formación Profesional, y el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional y del Sistema Nacional de Empleo. Asimismo se establece un elenco de «principios, fines y objetivos» del mismo, entre los que se enumera «en especial», el principio de participación institucional, junto al protagonismo de la negociación colectiva, «marco natural para el desarrollo de iniciativas y medidas que conduzcan a una mayor cualificación de las personas trabajadoras», y a la vinculación al «diálogo social», como el «instrumento más eficaz, para dar respuesta a los cambios y requerimientos del sistema productivo».

En este contexto, la revisión dada por el RDL significó la ruptura del monopolio de los interlocutores sociales –organizaciones sindicales y empresariales más representativas– en el modelo de participación –para la gestión y, por supuesto, en la financiación– «*en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo*». Con tal reforma, ahora tendrían que repartir ese protagonismo con «*los centros y entidades de formación debidamente acreditados*», en estos términos:

«c) *La participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de los centros y entidades de formación debidamente acreditados en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo.*»

Sin embargo, la versión aprobada inicialmente por el Congreso y presentada ante el Senado varió sustancialmente el redactado, que quedaba en estos términos bien diferentes:

«c) En el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo se tendrán en cuenta las necesidades específicas de los profesionales autónomos y de las empresas de la economía social a través de sus organizaciones representativas.»

Es evidente que esta atención específica a la «cultura de empresa», mediante acciones de fomento del «espíritu de emprendedor», responde a la voluntad de hacer de la política de promoción de las iniciativas empresariales, en su forma de trabajo autónomo y en la típica de economía social, y por tanto debe valorarse positivamente. Con ello no solo se potencia en sí misma esta iniciativa sino que también se da protagonismo a sus estructuras representativas. Hasta aquí ningún problema, más allá de la constatación, ya evidenciada, de que no estamos únicamente ante un cambio de lenguaje sino que expresa una diversa concepción de las relaciones laborales y del mundo empresarial. Ahora bien, lo que no se entendía es que para evidenciar tales cambios y nuevos favores de política institucional, ensalzando a sujetos colectivos ligados al autoempleo, desapareciera por completo la referencia a las organizaciones socioeconómicas más representativas con carácter general en el trabajo subordinado, quedando solo la referencia a las organizaciones representativas «corporativas» o propias exclusivamente de los sectores implicados –trabajadores autónomos y economía social–. En la versión del Gobierno la emersión de nuevos actores partícipes en la gestión –y financiación– del sistema de formación para el empleo, incluyendo entidades privadas, era sumatoria respecto de las sindicales y empresariales globales, no excluyente.

Pues bien, con un sentido de clara mejora técnica, el Senado introdujo una enmienda al texto para integrar ambas versiones, dándole una regulación coherente, tanto en el plano de política del derecho –favor hacia la participación en la gestión del sistema de las organizaciones representativas del sector del trabajo autónomo y de la economía social–, como técnico. Una enmienda que ha sido aceptada finalmente por el Congreso y, en consecuencia, el enunciado de la letra c) del artículo 26 de la LE queda de esta guisa:

*«c) La participación en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de los centros y entidades de formación debidamente acreditados **a través de sus organizaciones representativas del sector. Además, se tendrán en cuenta las necesidades específicas de los trabajadores autónomos y de las empresas de la economía social a través de sus organizaciones representativas.**»*

En consecuencia, la presencia de los centros y entidades de formación no lo será de forma individualizada, mediante fórmulas de participación directa, sino, como es más lógico, a través de sus organizaciones representativas específicas, pues las de carácter general ya están referidas con la inclusión de las organizaciones patronales o empresariales.

En última instancia, estas precisiones en el texto de la reforma pretenden dar mayor presencia al subsistema socioeconómico y jurídico-profesional del autoempleo, sea en su dimensión individual –trabajo autónomo– como colectiva –economía social–. Así aparece en la propia exposición de motivos, donde se hace una referencia específica a que se da cabida a las diversas fórmulas de organización empresarial que posibilita nuestro Derecho, entre las que se destaca el trabajo autónomo y la

economía social. Con ello se recoge el interés de las asociaciones de unos y otros en que la norma incluyera expresamente las diversas formas de organización empresarial. La proclamación de carácter general y declarativo en tal ámbito, que se estima más útil que su inclusión en cada medida de las previstas en la norma, luego se ve seguida de concreciones de este tipo, con lo que se da satisfacción a las expectativas de aquellos sectores, evitando al tiempo el riesgo de exclusión de otras fórmulas empresariales que podría suponer la inclusión expresa en el articulado.

V. NUEVOS PASOS HACIA UNA MAYOR «FLEXIBILIDAD INTERNA» DE GESTIÓN UNILATERAL

1. La flexibilidad interna unilateral como alternativa a la destrucción de empleo: aportaciones legales al «nuevo micro-relato» socio-laboral

La continuidad de los discursos en torno a la necesidad de cambiar el modelo español de ajustes laborales está muy presente en todos los preámbulos de cuantas reformas laborales hemos tenido desde la crisis de 2008. En todos ellos se incide en la anomalía española que supone optar mayoritariamente por la reducción del empleo, con los costes directos e indirectos tan elevados que ello tiene –personal, económica y socialmente–, en vez de «preservar el capital humano» –otra palabra dominante en la ya varias veces citada «neolengua funcional» y «mercantilista», que desplaza la cultura, y no solo el lenguaje, del trabajo como valor central de la sociedad–, aunque tenga un alto precio en términos de novación –reducción, «devaluación»– de las condiciones de trabajo. Por supuesto, la versión parlamentaria de la reforma muestra su favor por este tipo de ajustes alternativos, en línea con el célebre «modelo alemán», y lo refuerza.

Ahora bien, a mi juicio, introduce adicionales aportaciones a esta nueva narración, a este «micro-relato», con el que se presenta de forma resumida, y en cierto modo simplificada, la realidad de nuestras relaciones laborales y su ajuste a la crisis. Esta contribución al nuevo relato de las cosas «laborales», de las relaciones de trabajo, se concreta a mi juicio en una mayor promoción si cabe de garantías de una flexibilidad interna «unilateral», ampliando el margen de libre disposición que tiene, ya de por sí elevado, el empresario para adecuar el trabajo a las necesidades de su empresa. Por eso, salvo pequeños retoques, la versión parlamentaria apenas afecta a las instituciones orientadas a permitir mayor flexibilidad pero negociadamente, como por ejemplo en relación con la clasificación profesional y su apuesta por la desaparición definitiva de las categorías profesionales a favor de los grupos,¹⁷ sino que los cambios más relevantes se concentran en ese reforzamiento de los poderes unilaterales. Así sucederá en relación con el tiempo de trabajo y su distribución irregular, y así veremos en relación con la «ultraactividad», pues pese a ser una institución colectiva es evidente que la reducción de su eficacia presiona a favor del poder regulador del empleador.

¹⁷ Por cierto, que hubiera sido una buena oportunidad, ya que tanta atención se presta a la «laboralización externa» de la gestión del empleo público, de resolver algunas cuestiones que vienen dando lugar a frecuentes litigios en los últimos años, como la relativa a la interpretación de la normativa convencional reguladora de la clasificación, a efectos del encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado» (STS, Sala 4.ª, de 18 de enero de 2007 –rec. núm. 4166–).

Ahora bien, para ser –como se debe– honestos, es necesario también dar cuenta del intento por parte del Parlamento de introducir, al mismo tiempo, algunos aspectos de compensación del favor por este nuevo relato instrumental y productivista de las relaciones de trabajo, pues es consciente de que una aplicación práctica extrema del nuevo discurso puede producir profundas distorsiones en valores sociales hoy arraigados y formulados constitucionalmente, además de garantizados, si bien de una manera ahora más limitada, por las leyes. En este sentido, bien por razones de tipo eminentemente humanitario, bien por exigencias de racionalidad económica y de demanda social, tienen cabida ciertas consideraciones orientadas a modular el favor hacia una flexibilidad tan extrema. Es el caso, por ejemplo, en relación con el tiempo de trabajo, de los imperativos de conciliación de la vida profesional y laboral, no ya solo ignorados sino «maltratados», o degradados, en la versión gubernamental, o, respecto de las potestades de novación sustancial, como la movilidad geográfica, la necesidad de atender a valores personales y sociales inexorables, como la protección de la salud de ciertos colectivos. Asimismo, las predominantes razones de mejora técnica –que tienen un gran recorrido– llevarán a precisar también elementos de referencia ciertos, o más ciertos, en torno a cómo entender las causas económicas de las decisiones de las empresas en esta dirección de ajuste por la flexibilidad en vez de por el empleo.

Dada la pretensión de este trabajo de centrarse en el «relato» –no solo en la mera exposición– de las novedades legislativas de la Ley respecto del RDL dejaré de lado las instituciones que no presentan variación alguna –clasificación profesional, movilidad funcional– respecto de la versión gubernamental. En cambio, analizaré con algún detalle las innovaciones de las instituciones que sí presentan modificaciones, en especial respecto a la distribución irregular del tiempo de trabajo (art. 34.2 ET) y a los procedimientos de regulación suspensiva –o de reducción de jornada– del empleo (art. 47 ET). Igualmente aprovecharé el análisis para dar cuenta de las novedades de doctrina judicial que se han producido en este ámbito, en particular respecto de las modificaciones sustanciales de trabajo (art. 41 ET), a fin de evidenciar cómo han empezado a reaccionar los Tribunales ante los cambios normativos. En este sentido, se dará cuenta de una reciente Sentencia de la Audiencia Nacional que, curiosamente, hace caso omiso de esa variación normativa, quizás en la convicción de que la opción interpretativa ya construida por la Audiencia, en aplicación y desarrollo de la posición al respecto del Tribunal Supremo, ya recoge y anticipa ese cambio, por lo que no es necesario una vuelta de tuerca más, conciliando mejor libertad de empresa con control judicial. Este análisis de experiencia forense nos permitirá referir a la gran cuestión que a tal fin se plantea, como es la resistencia judicial a aceptar la reducción de controles propuesta.

En suma, muy a pesar del Gobierno, y ahora del legislador, parece seguir siendo cierto aquello de que el «(Gobierno o) legislador propone, y el juez dispone».

2. Ampliación de la distribución irregular de jornada unilateral y los «efectos colaterales»: racionalidad horaria y conciliación de la vida familiar

Más importantes que los nuevos espacios de flexibilidad unilateral funcional que la reforma otorga a los empresarios –arts. 22 (clasificación profesional) y 39 (movilidad funcional) ET–, ampliando hasta el extremo su capacidad para disponer de forma unilateral del propio objeto del contrato laboral –determinación del tipo de trabajo convenido– y erosionando principios contractuales elementales –art. 1.256 Código Civil (CC): los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los

contratantes—,¹⁸ pero en la misma lógica desequilibradora, es el poder de distribución irregular de jornada dado al empleador de forma unilateral, al margen del convenio y acuerdo colectivo. Una opción normativa que evidenciaba un clarísimo cambio en la concepción de las relaciones de trabajo y sus principios conformadores, por cuanto hacía del orden público laboral no un instrumento de garantía de mínimos de protección para los trabajadores, sino un instrumento de tutela mínima de las demandas de flexibilidad empresarial, de modo que la autonomía colectiva adquiere una función no de mejora de la protección laboral sino de la productividad empresarial. Pues bien, el Parlamento, en vez de analizar con más detalle las demoledoras consecuencias que esta decisión puede tener para la misma racionalidad de la organización de empresa y de la vida personal y social de quienes trabajan en ella, ha optado por doblar ese margen de libre disposición empresarial.

Desde esta perspectiva, son especialmente relevantes, aunque con una fuerza de vincular muy diferente, dos importantes novedades de la Ley respecto al RDL. La primera en el artículo 34.2 del ET, relativa a la distribución irregular de jornada, pues se duplica el porcentaje de jornada a disposición del empleador para la distribución irregular unilateral, pasando el anterior 5 por 100 al actual 10 por 100. De este modo, no solo se confirma sino que se refuerza la mutación –inversión– del clásico principio de norma mínima, como acaba de indicarse.

Así, en defecto de pacto, que presupone un acuerdo para fijar un porcentaje mayor de distribución irregular de jornada a lo largo del año, el empresario sabe que dispone, en todo caso, de un 10 por 100 de distribución irregular (lo que no es baladí porque supone en torno a 165-170 horas de libre distribución). La intensidad de la quiebra de principios elementales del Derecho de los Contratos, como la prohibición de dejar la determinación de las condiciones del contrato al arbitrio de una de las partes, lleva al legislador a introducir una cierta garantía de transparencia, a fin de que no devenga esa flexibilidad extrema en pura arbitrariedad. En consecuencia, mediante una técnica de control débil, pues son meros derechos de preaviso sin posibilidad de contestación –oposición por parte del trabajador–, se prevé el deber del empleador de preavisar al trabajador de cuál va a ser su jornada concreta, en el ejercicio de esa facultad de distribución irregular unilateral de jornada, al menos con una antelación de cinco días.

Esta información previa debe incluir tanto el día como la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella –distribución irregular–. Téngase en cuenta también la diferencia peyorativa de trato respecto de las obligaciones de información a cargo de las personas que ejerzan su derecho a la reducción de jornada por «cargas» –la norma no se anda con tapujos, y no habla de «responsabilidades», sino, fiel al predominio del lenguaje económico, de «cargas», esto es, «costes»– familiares, puesto que en este caso se exige nada menos que 15 días como mínimo. Además, como es lógico, del deber de respetar las normas imperativas sobre descansos, esto es, los «periodos mínimos de descanso diario y semanal» legalmente previstos. El problema aquí es determinar si puede la negociación colectiva afectar a esta potestad, de modo que, por ejemplo, establezca unas limitaciones de distribución que neutralice el ejercicio de esta prerrogativa.

La segunda novedad está en el artículo 34.8 del ET, relativo al derecho de adaptación de la jornada de trabajo para facilitar el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

¹⁸ Como se ha observado con razón, este poder unilateral de modificación del objeto contractual afecta a un «elemento esencial del contrato que solo acepta el acuerdo de las dos partes como bien indica tanto el Código Civil (art. 1.261) como el artículo 22.5 del ET e incluso el propio artículo 39.4 del ET busca esto como primera opción...». *Vid.* VALDÉS DE LA VEGA, B.: «El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional», *Revista Derecho Social*, n.º 57/2012, pág. 124.

En la configuración del derecho no hay ningún cambio, de modo que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella».

Ahora *se añade una norma claramente promocional de la efectividad del derecho*, si bien no tiene ninguna garantía de realización práctica, por cuanto ni se indica con precisión el sujeto obligado ni se determinan concretamente los mecanismos ni menos se fijan los efectos o consecuencias si no se lleva a cabo el mandato de promoción, que deviene así puramente programático:

«A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la **mejora de la productividad en las empresas.**»

No cambia prácticamente en nada esta situación nebulosa la inclusión, muchas páginas del BOE después de la que contiene esta previsión normativa, de una disposición adicional 17.^a, dirigida a la «*racionalización de horarios*». Conforme a este mandato legal, en el plazo de tres meses a partir de que elabore su informe la Subcomisión del Congreso de los Diputados para el análisis y estudio de la racionalización de horarios, a la que no se fija plazo, el Gobierno adoptará medidas dirigidas a promover la racionalización de horarios y la indicada conciliación, previa consulta a las diferentes organizaciones sindicales y empresariales más representativas. En fin, no puede decirse que remita *ad calendas graecas* pero casi. En cualquier caso, junto a esa indeterminación jurídica del mandato legal, se establece un condicionante finalista: *la organización flexible del tiempo de trabajo a favor de promover la conciliación de la vida familiar y laboral* –la referencia a la personal es pura entelequia– *ha de ser siempre compatible no ya con la productividad de las empresas, sino incluso con su «mejora»*. Una vez más, pues, emerge el nuevo potente principio de defensa de la productividad –art. 38 CE– como eje básico sobre el que gira toda la ordenación jurídico-laboral, reeditando, incluso multiplicando, el influjo del viejo «principio de rendimiento».

En definitiva, el Parlamento sigue el mismo relato productivista en torno a la conciliación de la vida profesional y familiar que el Gobierno, que tiene su máximo reflejo en el intento de desmantelamiento de una sólida doctrina constitucional en esta materia a través de la reforma, pequeña en extensión pero desmesurada en efectos, del artículo 37 del ET y la exigencia de «concreción en la jornada diaria». No obstante, sí parece más consciente de estos demoledores efectos y propone un programa, dilatado en el tiempo y conformado a través de fórmulas de mero «*soft law*», para analizar con más detalle el impacto de estas reformas en tan importante tema, pues constituye una de las claves para un modelo racional productivo, socialmente sostenible.

El problema es que no hay disponibilidad plena ni para el Gobierno ni tampoco para el legislador, tampoco para la autonomía colectiva, al estar afectados derechos constitucionales, algunos de ellos de rango fundamental. Y la protección de tales derechos ni puede esperar ni puede quedar condicionada a inciertos resultados de los informes referidos. Por lo tanto, de nuevo, habrá de acudir a un método jurídico de ponderación de otros derechos e intereses, ignorados primero por el Gobierno de un modo extremo y ahora matizados por el legislador. En consecuencia, ninguna palabra a tal

fin, ningún nuevo micro-relato gubernamental o legislativo, puede llevar a la papelera de reciclaje tan central cuestión, social y jurídica.

Sabido es que la jurisprudencia partía de que nada establecía el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deberán prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa. Pero en todo caso, eso posibilita siempre, y de modo necesario, *una ponderación de las circunstancias concurrentes* dirigidas a hacer compatibles los diferentes intereses en juego, con cita de la STCO 3/07, de 15 de enero –*STS, Sala 4.ª, de 21 de marzo de 2011*, rec. núm. 54/2010–. Esta sentencia del Supremo reprocha al precepto convencional impugnado –el párrafo primero del apdo. c) del art. 42 del Convenio Colectivo de Aldeasa para los años 2007-2010– que:

«... no se realiza ponderación alguna de los intereses en juego sino que, con carácter general, se procede a establecer una serie de limitaciones al ejercicio del derecho de reducción de jornada en orden a la concreción horaria de la misma...»

Llamo la atención sobre esta última jurisprudencia del Tribunal Supremo,¹⁹ a enmarcar dentro de una también reciente doctrina constitucional –STCO 26/2011, de 4 de marzo, que reprocha a los jueces el no ponderar adecuadamente las circunstancias existentes en torno a los imperativos de conciliación–, porque emerge con una claridad meridiana la vigencia insoslayable y la pujanza del principio jurídico de proporcionalidad y su método de ponderación de intereses, marginado por la versión gubernamental de la reforma y también escasamente atendido por la parlamentaria. Pero, de nuevo, una cosa es lo que «quiere» el Gobierno y el legislador y otra la que «puede» en términos de efectividad jurídica.

3. El derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad y la movilidad geográfica: ¿nueva cortina de humo o espíritu humanitario?

La preocupación por generar apariencias de compensación social al incremento notable de los poderes empresariales está presente en la versión gubernamental de la reforma, como se comentó en el número 348 (marzo 2012) de esta Revista dedicado monográficamente a su análisis. Entre las diversas manifestaciones de tal orientación hacia la inclusión de reglas de «responsabilidad social» en el ejercicio de las prerrogativas empresariales, sobre todo de las modificativas, e incluso extintivas, aparecen las reglas de preferencia reconocidas a ciertas personas y colectivos en relación con la movilidad geográfica. No obstante, tales preferencias no se establecen por ley sino que se remiten a acuerdos que en tal sentido puedan alcanzarse, con alta improbabilidad, con los representantes de los trabajadores.

Pues bien, sin alterar para nada el resto de reformas en el artículo 40 del ET operadas por el RDL, encontramos una novedad de relieve y de carácter tuitivo o de protección del trabajador, si bien respecto de un derecho fundamental, aunque no se considere de un modo formal como tal constitucionalmen-

¹⁹ Aunque no corrige su posición en torno a la lectura restrictiva del artículo 37.5 y 6 en relación con el artículo 34.8 del ET –SSTS, 4.ª, de 13 de junio de 2008, rec. núm. 897/2007 y 18 de junio de 2008, rec. núm. 1625/2007–, no menos cierto es que se abre una significativa vía en el Alto Tribunal, entre otras cosas porque de lo contrario su posición será «carne de cañón» continuada para el Tribunal Constitucional, para situar en el centro el método de ponderación de intereses, sin que puedan ser dominantes los productivos. Ampliamente SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *El derecho a la reducción y a la adaptación de la jornada por conciliación de responsabilidades*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

te, pues se trata del derecho a la salud de la persona del trabajador. Empero, la protección no es generalizada, sino tan solo para las personas con discapacidad, con lo que ha de saludarse favorablemente esta mejora, pero no por ello debemos dejarnos desorientar por su significado, por cuanto su ámbito aplicativo es muy limitado y responde a ese eje básico de la reforma parlamentaria de dar cabida a situaciones de colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, como son las personas con discapacidad.

En este contexto, el *nuevo apartado 3 ter* que se introduce en el artículo 40 del ET dice:

«3 ter. Para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico, relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas de terrorismo.»

No se trata, pues, de un derecho a un traslado obligatorio para el empleador por una causa inherente a razones de salud de los trabajadores con discapacidad, sino tan solo de un derecho preferente a ocupar una vacante. Por lo tanto, presupone su existencia, neutralizándose el derecho si no existe tal plaza desocupada en el lugar de referencia saludable para el trabajador. Asimismo, hay que evidenciar el régimen de equiparación plena que se hace para las víctimas de violencia de género, y ahora, tras la reforma, a las víctimas de terrorismo.

En todo caso, es evidente que esta innovación jurídica se incluye dentro de la dirección de mejoras sociales, con vista a dar mayor concreción al principio jurídico de adecuación social –en cierta medida un principio jurídico de «ergonomía social» de la relación laboral, no solo del puesto de trabajo, que exige la adaptación de estos a las necesidades de la persona del trabajador–, que está presente en la reforma, si bien más como cortina de humo o pátina de protección que como compensaciones o reglas de equilibrio real. En este sentido han de tenerse en cuenta las reglas de preferencia para la continuidad en el puesto de trabajo introducidas en el artículo 40.5 del ET a favor de trabajadores de colectivos tales como aquellos «con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad».

4. El procedimiento de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: ¿sin novedad real?

Quizás consciente el Parlamento de que la extraordinaria ampliación del poder empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo ha llegado al extremo, pasando de ser excepcional o extraordinario, a convertirse en un instrumento ordinario o normalizado de gestión de las relaciones de trabajo, al margen de que haya o no situaciones «críticas», se ha decidido no introducir ningún cambio. Con lo que todo queda como en la versión originaria. Ahora bien ¿no hay realmente novedad en este tiempo? A falta de atención legislativa adicional, sí tiene interés dar cuenta de algunas recientes sentencias que se han pronunciado sobre el alcance de la reforma en torno al entendimiento de las causas y el papel del juez en su control, sin duda la cuestión central de la regulación. Todos sabemos que sobre esta cuestión hay una gran diversidad de pareceres, lo que anuncia una aún más diferenciada experiencia forense, con lo que aseguraremos un resultado «seguro» que no querido por la reforma, cual es la de multiplicar la inseguridad jurídica en una materia, que exige todo lo contrario.

Desde esta perspectiva, si la referencia a la seguridad jurídica del preámbulo ha de leerse como expresión, en realidad, de defensa de la confianza empresarial, me parece que en este ámbito nos hallamos inmersos en todo lo contrario, pues la falta de un referente definidor mínimo abre la vía a las más fantasiosas opciones, sin que se descarte ninguna. A este respecto, encontraremos desde quien considere que ya ha perdido buena parte de su sentido la impugnación, sobre todo mediante conflicto colectivo, de decisiones de carácter novador, ante la grandísima libertad que tiene concedida el empleador, hasta el que, en una dirección contraria, no se sienta concernido por el cambio y siga aplicando la misma doctrina que con antelación al cambio.

En esta última dirección «continuista», aunque no propiamente «conservadora», cabe citar algunos recientes fallos de la Sala Social de la Audiencia Nacional, que no ha considerado necesario cambiar ni una letra de su doctrina precedente por el «banal» dato –ha debido pensar el Tribunal– de que ha cambiado el tenor literal del precepto. Y digo que no es «conservadora» porque, en realidad, esta doctrina ya había anticipado el proceso de liberalización causal de las facultades empresariales de novación de las condiciones sustanciales de trabajo, acogiendo en sede judicial un enfoque de gestión de este instrumento de ajuste entre situación de mercado de la empresa y el régimen de condiciones de trabajo plenamente adherente al primado de la flexibilidad interna sobre la flexibilidad externa. De ahí que sean ya decenas las sentencias de esta Sala que legitiman decisiones novadoras del empleador.

Por lo que aquí interesa, me refiero a la *Sentencia de la Audiencia Nacional 61/2012, de 28 de mayo*, que, dictada en un procedimiento de conflicto colectivo, sienta la siguiente doctrina judicial:

«La exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 en la nueva versión del artículo 41 del ET, revela que **no existe una discrecionalidad absoluta del empresario**, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas... que justifiquen **razonablemente** las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo» (FJ 4.º, *in fine*).

Al margen del carácter extremadamente circular del razonamiento, reiterando hasta el hastío la referencia a las causas, lo que evidencia las dificultades enormes del juez para delimitar conceptos no ya jurídicos indeterminados sino extrajurídicos, pues son netamente económicos –competitividad, productividad...–, lo más reseñable de la decisión es la apuesta firme que hace por reintroducir –mantener– el control basado en el «juicio de razonabilidad», a su vez exigencia elemental del *principio jurídico general de proporcionalidad*. Este principio no es disponible ni para el Gobierno ni tampoco para el legislador pues es inherente a toda situación en que se precise la «valoración o ponderación» de derechos e intereses constitucionales en juego, entre los que no hay o no existe una clara jerarquía aplicativa, como sucede en este caso. Por lo tanto, para esta transaccional y equilibrada doctrina judicial, si es cierto que la nueva versión del artículo 41 del ET «ha limitado, aún más, el nivel de exigencia de la versión precedente... ya que ahora el precepto se limita a exigir la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción...», pero no menos cierto es que con tal opción legislativa no se haría sino recoger en fórmula legal la jurisprudencia del Tribunal Supremo, voceada, consolidada y desarrollada por la doctrina judicial de la Sala Social de la Audiencia Nacional, y su evolución liberalizadora, según la cual:

«... no es la "crisis" empresarial sino la "mejora" de la situación de la empresa la vara de medir... de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa... Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma... sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas...»

A partir de aquí establece, como bien es sabido, una diferencia notable entre el juicio de suficiencia probatoria entre las causas para la «flexibilidad interna» –todas aquellas instituciones jurídicas cuya finalidad fundamental es la *adaptación* de todas y cada una, o de una parte, de las *condiciones de trabajo*, a las concretas circunstancias de competitividad de la empresa–, que deben regirse por un principio de favor hacia ellas, con una apariencia de legitimidad, y la que ha de exigirse para la «flexibilidad externa» –la institución de *adaptación de la dimensión o número de la plantilla* a tales circunstancias–, en cuyo caso ha de establecerse una mayor exigencia. La diferencia de valoración o ponderación de los intereses en juego en una y otra situación estaría en que:

«... la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la "libertad de empresa" y de la "defensa de la productividad" reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuye al empresario con unos márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa..., que ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio –ponderación– entre la "libertad de empresa" y el "derecho al trabajo" de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional» (SSTS, Sala 4.^a, de 2 de marzo de 2009, rec. núm.1605/2008 y de 16 de mayo de 2011, rec. núm. 197/2010).

Como recordaremos, el legislador de la reforma presupone y acepta la referida diferencia. Pero la sitúa en un dato puramente cuantitativo, sin más reflexión valorativa por parte del juez. Así lo evidencia que delimite las causas legales de las cláusulas de descuelgue –art. 82.3 ET–, institución distinta pero conexa con la modificación del artículo 41 del ET, por referencia a dos trimestres consecutivos de minoración de ingresos o de ventas, mientras que el despido por causas económicas se identifique con este mismo tipo de situación pero exigiendo tres trimestres.

5. Los procedimientos de regulación de empleo suspensivos y de reducción de jornada: un intento, de nuevo fallido, de clarificación

Más que la suspensión de contratos, la reducción de jornada, en línea con una reciente jurisprudencia –STS, Sala 4.^a, de 7 de octubre de 2011, rec. núm. 144/2011; ya antes STS, Sala 4.^a, de 14 de mayo de 2007–, ha constituido un referente esencial para el nuevo modelo de ajuste propuesto. Sin embargo, además de su limitada aplicación, permanecen muchos interrogantes abiertos. La Ley 3/2012 ha introducido alguna mejora técnica, pero de escaso significado práctico. En este sentido, la primera novedad relevante es la delimitación de las causas, una omisión de cierta gravedad del Gobierno-legislador. El artículo 47.1 del ET incluye ahora como causa económica la concurrencia de resultados de la empresa de los que se «desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas, actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante

dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior».

Se equipara en gran medida a las causas extintivas, solo que se establece una menor gravedad de la «crisis» o del desajuste, por cuanto solo exige caída de ventas o de ingresos «ordinarios» durante dos trimestres consecutivos, cuando para el despido colectivo se exigen tres. En cambio, si coincide estrictamente con la delimitación legal de las causas que habilitan para las cláusulas de descuelgue convencional colectivo, ya que en estos casos, conforme al artículo 82.3 del ET también se concreta el intento –sin duda fallido, porque realmente es imprecisable por el legislador al margen de los casos concretos, por mucho que lo quiera y que lo persiga– de objetivación de la causa de tipo económico en el doble trimestre consecutivo con reducción de ventas o ingresos.

En consecuencia, para situaciones análogas o idénticas se abren técnicas de gestión laboral diferenciadas, aunque en todos los casos el fin sea el mismo o equivalente: la facilitación al empleador del desplazamiento de una parte de los riesgos derivados de los cambios de su situación competitiva en el mercado a los trabajadores, que deberán asumir una devaluación de sus condiciones de trabajo para contribuir a la continuidad de la rentabilidad empresarial. Pero no se establecen jerarquías ni orden entre ellas, con lo que se multiplican las «economías de opción» de los empresarios, en paralelo al incremento de la incertidumbre de la posición de los trabajadores, individual y también colectivamente.

Tampoco existe gradación alguna para las causas organizativas, técnicas y de producción para la suspensión respecto de las extintivas. El artículo 47 del ET traslada tal cual las «descripciones» –no son propiamente una definición legal– del artículo 51 del ET.

Una segunda novedad, ahora en el procedimiento, está en la previsión expresa también para este ámbito de la posibilidad de acordar, de forma conjunta, sustituir el periodo consultivo por un procedimiento de solución extrajudicial de conflictos –bien sea la mediación bien el arbitraje–. Para ello bastará un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Una opción expansiva, pues también se recoge en la Ley 38/2011, para los casos de empresas en situación legal de concurso de acreedores.

Finalmente, también introduce algunas precisiones en torno a la impugnación de suspensión de los contratos por razones de interés empresarial. Así, se prevé que contra las decisiones de este tipo podrá reclamar el trabajador ante la jurisdicción del orden social, que declarará la medida justificada o injustificada. En este último caso, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas. En suma, y como el resto, se trata de innovaciones de mejora técnica y clarificación jurídica, con lo que se refuerza la seguridad jurídica en torno a las consecuencias de la decisión del juez, pero realmente no se trata de innovación reguladora.

Ninguna novedad hay en el precepto estatutario respecto de la regulación cuando la decisión empresarial afecta a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del ET. Como es sabido, en tales casos se podrá reclamar en conflicto colectivo,

sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo tendrá el efecto de paralizar la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución. En todo caso, conviene tener bien presente en este ámbito las nuevas modificaciones introducidas en la norma procesal.

En relación con los programas de incentivo de estas medidas, los artículos 15 y 16 reiteran sustancialmente el régimen anterior. Lo más destacable es el desequilibrio entre los beneficios para los empleadores y los previstos para los trabajadores. Así, mientras que la bonificación del 50 por 100 tiene un límite de 270 días, el derecho de reposición tiene un límite de 180. Además, se evidencia la debilidad del papel de las autoridades laborales para la aportación pública que tiene que realizar para su fomento, única, o principal, clave para comprender el recurso a esta vía, pues la cultura empresarial asentada en los ajustes por el empleo –flexibilidad de salida– haría que, de otro modo, los procedimientos de regulación temporal de empleo fuesen *rara avis* entre nosotros.

La disposición transitoria tercera, relativa a las normas sobre reposición de las prestaciones por desempleo en procedimientos anteriores a la vigencia de la reforma, sí contiene una novedad de mejora protectora respecto de los trabajadores afectados por resoluciones, administrativas o judiciales dictadas hasta el 31 de diciembre de 2011 inclusive, que hayan autorizado suspensiones de los contratos o reducciones de jornada *que se inicien efectivamente a partir del 1 de enero de 2012*. A este grupo de trabajadores se les reconoce igualmente el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo en los términos y con los límites establecidos en el artículo 16. Se trata de extender el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo de quienes se vieran afectados por expedientes de regulación temporal de suspensión de contratos o de reducción de jornada que, anteriores a 2012, surtan efectos a partir de 2012 y se mantengan a lo largo de ese año. En tales casos, se entienden «producidos» en 2012 y, por tanto, también se aplicará la reposición cuando la extinción de la relación se produzca en 2013, como permite el artículo 16, y no la normativa anterior que solo permite la reposición en las extinciones que se produzcan en 2012.²⁰

VI. FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA: EL FAVOR HACIA LA UNIDAD DE EMPRESA Y EL DISFAVOR POR LA ULTRAACTIVIDAD

1. La consolidación de la desorganización estructural: el reforzamiento de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa

El ámbito natural de la flexibilidad interna debería darse –y estar– en la negociación colectiva, como incluso ya aceptaron los interlocutores sociales con la firma del II Acuerdo Empleo y Negociación Colectiva 2012-2014. Pero esta vía presupone un grado de confianza relevante entre ambas partes y un apoyo o reforzamiento de sus poderes de gobierno autónomo por parte del legislador. Sin embargo, la muy evidente desconfianza que remozca la reforma también respecto del papel de los representantes de los trabajadores, especialmente de los sindicatos más representativos, en gran medida considerados como disfuncionales para la economía –al igual que la reforma se basa en un pensamiento de sospecha sobre la responsabilidad del trabajador en las pérdidas de productividad–, lleva al

²⁰ Esta es la justificación que se da a la enmienda n.º 634 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, de la que procede el texto legal. *Vid.* Boletín Oficial del Congreso, 27 abril de 2012, Serie A, número 4-6.

Gobierno a optar por intentar imponer, a través de un modelo de intervención autoritaria en la conformación de las principales piezas del sistema de negociación colectiva, esa dirección a este. De ahí la modificación de diferentes normas para transitar hacia un modelo más descentralizado y dinámico, que propicie una renegociación continua de las condiciones –erosión del principio de seguridad o estabilidad normativa y también de la fuerza normativa de los convenios– de trabajo, favoreciendo el ámbito empresarial de negociación en detrimento de los sectoriales, sobre todo de los provinciales.

El Parlamento no solo no se aparta ni un ápice de este relato del modelo laboral que quiere sino que lo consolida y refuerza, a veces con pequeñas indicaciones o incisos que simbolizan la centralidad de ese modelo pero sin aportar novedades de gran relieve, y en otras con cambios significativos, como la reducción a la mitad del plazo límite de la ultraactividad. Así, por lo que respecta al artículo 84.2 del ET solo hay una novedad tras la tramitación parlamentaria que tiene ese indicado valor meramente pedagógico o si se quiere estimulador, pero no implica ninguna novedad reguladora en sentido estricto. En efecto, el primer párrafo de este precepto ahora contiene un inciso en el que se precisa que la regulación en la unidad empresarial, que tendrá «prioridad aplicativa» respecto de cualquier otra unidad para todo el listado de materias incluido en tal norma –que mantiene el ya previsto en la reforma de 2010–, puede llevarse a cabo «*en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior*».

De este modo, además, nos confirma que, en efecto, no estamos ante una «norma de competencia normativa», que atribuya todas estas materias a la unidad de empresa, en detrimento de las demás –sobre todo de los convenios de sector provincia–, sino de estricta «conurrencia convencional», de forma que no impide que haya otras regulaciones convencionales sobre tales materias, sino que resuelve cuál es la aplicable con preferencia. El legislador no hace ningún cambio respecto al listado. A este respecto, se ha criticado el diferente listado respecto del artículo 83.2 del ET. A mi juicio, sin embargo, la diferencia tiene una justificación y es el diferente momento en que quedan formuladas. En el caso del artículo 84 del ET estamos en una situación todavía fisiológica. En consecuencia, al no haber causas acreditadas de desajuste se abre la vía a una negociación empresarial más limitada en lo que hace al ámbito preferencial en relación con las unidades superiores. En cambio, el descuelgue se plantea formalmente ante situaciones «patológicas» o de desajuste entre la regulación laboral prescrita y la regulación de mercado demandada para el «ajuste de rentabilidad empresarial», de ahí que se amplíe el listado de materias a afectar a través de esa vía.

En definitiva, poco espacio queda para el gobierno «soberano» de la autonomía colectiva «en la cumbre». De nuevo hay que indicar un contraste relevante entre la opción legislativa predominante y la posición que, gradualmente, se iba imponiendo en la jurisprudencia, más favorable a mecanismos de racionalización estatal. Por ejemplo, esta posición jurisprudencial en torno al primado de la soberanía convencional estatal para ordenar la concurrencia entre diferentes unidades aparece en la STS, Sala 4.^a, de 15 de abril de 2011, RCU 53/2010, que es dictada en procedimiento de conflicto colectivo. Como sólida fue la que defendió el carácter vinculante de los convenios colectivos respecto de los acuerdos colectivos de empresa, de modo que se intentó blindar aquellos respecto de estos, garantizando al tiempo una razonable estabilidad de lo pactado –STS, Sala 4.^a, de 10 de mayo de 2011, rec. núm. 157/2010–, o la que defiende la reserva estatal en ciertas materias que exigen una regulación uniforme.²¹

²¹ Por ejemplo en materia de acción preventiva. A través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y «en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los

2. Las «mejoras meramente técnicas» en el régimen de las cláusulas de descuelgue convencional

2.1. La referencialidad anual de las causas económicas

El procedimiento paralelo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de forma unilateral, aun mediado un periodo de consultas si son colectivas –art. 41 ET–, cuando se trata de modificar empresarialmente condiciones de trabajo pactadas en convenio estatutario, que por definición son siempre colectivas, es el de descuelgue de tales condiciones, no ya solo salariales sino genéricas –art. 82.3 ET–.²² Por lo tanto, el objetivo de la reforma ha sido, respecto de sus precedentes –Ley 35/2010 y RDL 7/2011–, facilitar esta vía, aligerando tanto las causas como el procedimiento, según una doble vía de flexibilización reguladora y de gestión típica del conjunto de la reforma. A uno y otro aspecto dedicó especial atención la versión gubernamental.

La tramitación parlamentaria ha mantenido en lo sustancial el modelo, que, una vez más, se consolida. No obstante, ha decidido prestar alguna atención a algunos de los aspectos que más críticas había suscitado, en especial a la causa. En este sentido, el artículo 82.3 del ET no hace ahora sino reproducir literalmente la definición de causas económicas, técnicas, productivas o de organización que contiene el artículo 47.1 del ET y que, salvo el número de trimestres de reducción exigidos, se incluye en el artículo 51.1 del mismo texto legal para los despidos colectivos. Así, y como ya se ha visto respecto del régimen de los procedimientos suspensivos –y de reducción de jornada–, ahora la causa económica no se fija solo atendiendo a la evolución negativa de los beneficios, sino también a la reducción de ingresos o de ventas en un periodo de dos trimestres consecutivos, haciendo una doble precisión:

- a) Se habla de disminución persistente no ya de todos los ingresos sino tan solo de los «*ordinarios*».
- b) El periodo de referencia para determinar la disminución no es el mismo año, sino el año anterior, de modo que la disminución persistente debe verificarse en relación con la situación registrada «*en el mismo trimestre del año anterior*». De este modo se introduce un periodo de referencia más fiable y objetivo.

Pese al intento de introducir una mayor seguridad jurídica, es evidente que sigue la enorme amplitud dada a la causa y también las dificultades para ejercer el control de causalidad de las mismas por el juez. Aunque el acuerdo de buena fe entre ambas partes facilitaría todo el proceso, pues entre otros elementos hace presumir que existe causa, es manifiesta la resistencia de los representantes legales a esta vía.

En cuanto al contenido del acuerdo de descuelgue, que ahora se ve ampliado –en sus dimensiones y en su vigencia temporal–, en nada afectará realmente la regla que recupera formalmente, más

acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo» (STS, Sala 4.ª, de 9 de marzo de 2011, rec. núm. 118/2010). Si bien esta jurisprudencia se afirma en la relación convenio colectivo de naturaleza estatutaria y acuerdo de empresa, es evidente que tiene un alcance más general y sirve para entender esa reserva.

²² A diferencia del artículo 41 del ET, con el que coincide en lo sustancial, añade las mejoras voluntarias. Al respecto *vid.* STS, Sala 4.ª, de 10 de mayo de 2011, rec. núm. 8/2010.

bien para la galería – o como nueva «cortina de humo»–, un límite de fondo vinculado a la prohibición de discriminación por razón de sexo y/o género. Se recordará que la versión del párrafo 6 del artículo 82.3 del ET antes del RDL, en la redacción dada por la Ley 35/2010, ponía de manifiesto que el nuevo régimen salarial peyorativo no podía justificar bajo ningún concepto el incumplimiento de las cláusulas dirigidas a salvaguardar y hacer efectiva la igualdad de trato entre mujeres y hombres. El Real Decreto-Ley 3/2010, en su voraz ánimo de liberalidad, eliminó ese límite, que ahora el Parlamento reintroduce.

Así, se dice expresamente que el acuerdo de inaplicación no podrá justificar la inobservancia de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la lucha contra todo tipo de discriminaciones por razones de género, así como de las previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. A mi juicio, tanto la norma que introdujo este límite, como la que la eliminó, y la que ahora la reintroduce, constituyen un «buen» ejemplo de regulación inflacionaria, sin contenido innovador real o efectivo, porque en realidad no se trata de normas disponibles ni para el legislador ni para el empresario, ni siquiera para los interlocutores sociales comprometidos convencionalmente, pues en juego está un derecho fundamental, cuya vigencia efectiva requiere compromisos de todos ellos, sí, pero cuya protección no puede depender de sus acciones, al tener una eficacia inmediata.

2.2. El ajuste entre la normativa sustantiva y la sancionadora

En el plano del derecho sancionador, también hay que dejar constancia de una novedad de estricta coherencia reguladora y por tanto de mera mejora técnica.

Me refiero a la nueva redacción dada, en virtud de la disposición final 6.^a, apartado 2 de la Ley, al apartado 6 del artículo 7 del TRLISOS, a fin de incluir como infracción administrativa grave no ya solo la inobservancia del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino también el previsto para el descuelgue

2.3. La última palabra del relato: novedades en el régimen regulador de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

Junto a la determinación de la causa económica de descuelgue, la otra gran cuestión conflictiva que suscita la reforma del régimen de las cláusulas de descuelgue se centra en la fórmula elegida para resolver las más que probables discrepancias que se produzcan entre empresarios y representantes de los trabajadores al respecto. Al respecto encontramos algunas novedades de cierta relevancia. Para entenderlas debe recordarse que la vía seleccionada por el legislador para evitar bloqueos finales a estos acuerdos de inaplicación es la del «laudo obligatorio», forzando así una solución efectiva a los desacuerdos en el procedimiento de consultas. Aunque la opción está presente tanto en la reforma de 2011 como en la de 2012, con Gobiernos diferentes y también mayorías parlamentarias distintas, lo cierto es que en sede doctrinal no hay hoy por hoy un acuerdo sobre la validez constitucional de esta opción, pues mientras unos entienden que hay una flagrante vulneración constitucional, al estar prohibido este tipo de intervenciones decisorias de la Administración en materias de autonomía colectiva, sin que se den los presupuestos exigidos por el Tribunal Constitucional para admitir este tipo de laudos, otros entienden que no hay problema alguno y que son aceptables.

En fin, «*que sí, que sí... que no, que no... que a la Parrala le gusta...*». Por mi parte, veo muy difícil sustentar, pese a los argumentos de defensa de la productividad y el carácter paritario del organismo final, la constitucionalidad de un procedimiento tan invasivo de la autonomía colectiva como este. Si algo está claro en el arbitraje es que debe ser voluntario en su sometimiento, para legitimar luego las potentes funciones de decisión que se le otorga al laudo, prácticamente invulnerable a la impugnación que al respecto pueda introducirse por vía judicial. Claro que puestos a pasar líneas rojas, la que aquí se comenta no sería si no una más. Aunque, se insiste, una cosa es lo que se quiere desde una instancia política y otra la que se puede desde el plano jurídico, cuya esencia es, precisamente, el «arte de los límites», por lo que no acepta una vía generalizada, sin atención a las concretas circunstancias de cada caso, lo que aquí no sucede.

Sea como fuere, sabido es que el legislador ha propuesto una escala de vías para alcanzar un acuerdo sin necesidad de tener que llegar al laudo obligatorio. La primera instancia de solución de la discrepancia es la comisión paritaria del convenio. Pero esta opción era eso, opción, esto es, potestativo para los interlocutores sociales, por lo que podría no existir, agilizándose el procedimiento. El nuevo texto del artículo 82.3 del ET confirma este carácter potestativo, y precisa bien que es posible que no haya solicitud de intervención de la comisión –por cierto, que el tenor literal habla varias veces de «comisión del convenio» a secas, y solo una de comisión paritaria, aunque entiendo que debe ser una errata, ya que al respecto hubo enmiendas gramaticales del Senado–. En tal caso, o si resulta fallida esa vía, entonces las partes «deberán» acudir a los procedimientos interprofesionales de solución de conflictos previstos en el artículo 83 del ET. La novedad reside ahora en que no es potestativa esta vía, sino que resulta obligatoria, incluyendo tal instancia el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y con base en los motivos establecidos en el artículo 91 del ET.

Finalmente, si ninguna de esas dos instancias resolutorias de discrepancias en la materia es eficaz –o porque se ha excluido la primera, y/o porque no ha habido acuerdo–, entonces es cuando llega el momento de la intervención obligatoria referida y criticada y criticable, el laudo de la Comisión Consultiva Nacional –u órgano de la comunidad autónoma equivalente, lo que no siempre existe–. Este órgano consultivo, ahora reconvertido para esta materia en resolutorio de conflictos con valor dirimente y vinculante, puede actuar bien por sí mismo o a través de la designación de un árbitro. Como novedad, un tanto curiosa porque o bien no dice nada más que algo exigible y de Perogrullo, o traduce una mala conciencia –«presume mal y acertarás...», el texto definitivo precisa que este árbitro tendrá que designarse «*con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad*». En fin, no deja de ser sorprendente tal precisión, pues parece que va de suyo en el nombramiento de esta figura, pero...

Como garantía de transparencia y publicidad de estos acuerdos, se precisa ahora el deber de comunicar las decisiones de inaplicación –cuyo valor es para todas el mismo: eficacia del acuerdo alcanzado en periodo de consultas– de condiciones de trabajo «a la autoridad laboral», si bien «*a los solos efectos de depósito*». De este modo, a mi juicio inconvenientemente, parece que con tal precisión se descarta que pueda ser publicado tal acuerdo, con la consiguiente erosión del principio de publicidad, dado que tendrá una eficacia general para la empresa y afecta no ya solo a su propio convenio, en su caso, sino también a un convenio sectorial.

Llama la atención que la nueva versión del precepto tras la tramitación por el Parlamento no exija comunicar estos resultados a la comisión paritaria, ya que solo se hace referencia a este deber de comunicación respecto de los acuerdos alcanzados tras el periodo de consultas, descartando en este caso la referencia nominal legal a la autoridad laboral, como sí sucedía en la versión gubernamental. No entiende la razón de esta distinción, pues a mi entender –quizás no es suficiente– ambos sujetos tienen interés legítimo y directo en conocer el resultado de estos procedimientos, cualquiera de los recogidos en «los párrafos anteriores» –esto es, con acuerdo directo en periodo de consultas, y sin acuerdo e intervención del procedimiento de solución de conflictos de referencia–.

En cualquier caso, el nuevo papel que está llamado a desempeñar este organismo consultivo –que va de mano en mano, y de proyecto en proyecto sin que nadie le fije un rumbo cierto– exige una clarificación de su régimen, su actualización y, sobre todo, un apoyo en recursos, técnicos y humanos, para hacer creíble su razón de ser y existir hoy. Así aparece en la disposición adicional 6.ª, que reza de «medidas de apoyo» a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), que se mantiene invariada respecto de la versión originaria. Donde sí hay novedad, aunque muy poco relevante, es en la disposición adicional 5.ª de la Ley, por cuanto en la versión originaria se limitaba a una remisión reglamentaria para la regulación de sus funciones, incluida la nueva de arbitrajes obligatorios en caso de procedimientos de inaplicación convencional, pero en la actual se regula directamente, sin perjuicio de la remisión reglamentaria. Así, junto a las funciones de asesoramiento y consulta sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos, el estudio, información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, mediante su difusión a través del Observatorio de Negociación Colectiva, se añade la intervención en aquellos procedimientos.

Los continuos retrasos o aplazamientos en su regulación evidencian que se está más bien ante un brindis al sol, de modo que la revitalización de la CCNCC aparece inversamente proporcional al número de normas que hacen referencia a tal exigencia.²³

Al respecto, a más se incluye en las reformas laborales más se evidencia que está en un punto absolutamente muerto y sin que ninguno de sus actores esté en condiciones de plantear qué se quiere hacer con ella.

3. Una puntilla más a la regla de la ultraactividad: la reducción a un año

Si en relación con el contenido del convenio (art. 85 ET) y constitución de la Comisión Negociadora (art. 89.2 ET) se mantiene la versión gubernamental, en relación con una cuestión capital para la vigencia de convenio, y para la propia paz social de cada unidad convencional, como es la ultraactividad, encontramos dos novedades de importancia: una en relación con el tiempo máximo de *ultra-*

²³ Un buen ejemplo es la disposición transitoria 2.ª del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Conforme a su tenor, hasta tanto se produjera «la entrada en funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva establecido en el artículo 7, continuará realizando su actividad la actual Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos regulada en la disposición final 2.ª del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo». Pues bien, sabido es que, al menos de momento y para este Gobierno, ese «Consejo de Relaciones Laborales» no existirá, por lo que decae tal regulación. Así lo ha entendido la versión parlamentaria de la reforma que, con buen criterio, ha derogado expresamente –disp. derog. única, apartado 1, letra d)– esta disposición, lo que olvidó el RDL.

actividad de los convenios colectivos, y otra, en relación con el cómputo del plazo para los ya vencidos, conforme a la norma transitoria.

Por lo que hace a la primera novedad, lo más destacado es la reducción a un año de la misma, cuando en la regulación anterior se preveía que fuesen dos años. En todo caso, se mantiene el «salvo pacto en contrario». Una cuestión clave sigue siendo qué sucederá. Aunque ciertos autores se han pronunciado en contra de la opción, remitiendo la solución al artículo 86.3 del ET, en caso de que no haya convenio superior aplicable, sigo pensando que, en cualquier caso, no se producirá ningún vacío regulador, debiendo acudir, en última instancia, a la referida inclusión como contenido contractual,²⁴ aunque eso debilite la protección. De ahí que sean precisas soluciones colectivas, como puede ser establecer un nuevo «Acuerdo de Cobertura de Vacíos», según parece ser una de las propuestas de los sindicatos a tal fin.

Respecto al régimen transitorio, la disposición transitoria 4.^a («Vigencia de los convenios denunciados a 12 de febrero de 2012»), establecía, en la versión dada por el Congreso, *que en los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor del RDL* el plazo de un año al que se refiere el artículo 86.3, último párrafo del ET, «empezará a computarse a partir de la fecha mencionada». En la versión definitiva de la reforma, se precisa que los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados *a la fecha de entrada en vigor de la Ley* –por tanto no del RDL, como pretendía decir el Congreso–, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del ET «empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor». Con ello se ha producido un evidente «balón de oxígeno» para un buen número de convenios que ya veían como quedaban fuera de vigencia de haberse mantenido la fecha de la entrada en vigor del RDL, reduciendo el nivel de alarma, presión y estrés generado cuando se conoció la versión del Congreso.

Ya tuve la oportunidad de reflexionar en el número 348 de esta publicación, sobre la relativa centralidad de esta materia ante las enormes posibilidades de liberarse el empleador de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio, lo que debería desdramatizar esta cuestión. Sin embargo, en el ámbito sindical se sigue evidenciando una gran preocupación por esta cuestión, de ahí que piensen en promover una solución global, a través firma –como se ha apuntado– de un nuevo Acuerdo de Cobertura de Vacíos.

4. «Sin prisa aquí»: la demora del plazo para la publicación del convenio

Dejando a un lado la necesidad de mayor celeridad de la actuación por parte de la autoridad laboral, el artículo 90.3 del ET se modifica para multiplicar por dos el plazo de que dispone aquella para la publicación del convenio colectivo. Si en la anterior versión era de 10 días, a contar desde la presentación del convenio en el registro, no habiendo sido modificado esto por ninguno de los reales

²⁴ Para la cuestión de sus efectos en caso de no alcanzarse acuerdo para la continuidad y venza la vigencia, hay que tener en cuenta, para la interpretación de la incorporación, su carácter también contractual: «dado su carácter mixto –norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa– su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos» (SSTS, Sala 4.^a, de 21 de diciembre de 2009, rec. núm. 11/2009 y 12 de abril de 2011 –rec. núm. 171/2010–). Y para la solución a la cuestión del régimen de las nuevas contrataciones es relevante la jurisprudencia sobre la polémica cuestión de las dobles escalas de regulación. Así: «se admiten como lícitas las diferencias salariales basadas en la promoción profesional del trabajador en razón a la permanencia en el puesto de trabajo, así como las que se compensan con beneficios para el empleo. No es irrazonable la existencia de un trato retributivo diferenciado, dentro de la misma clasificación profesional, entre quienes han alcanzado una determinada experiencia práctica y los que todavía están en fase de adquirirla» (SSTS, 4.^a, de 20 de febrero de 2007 (rec. núm. 182/2005), 13 de octubre de 2004 (rec. núm. 132/2003) y 17 de febrero de 2011, rec. núm. 88/2010).

decretos-leyes que en esta materia han sido, ahora el Parlamento establece que el legislador dispondrá de veinte días. Es verdad que la mayor complejidad de los convenios y la necesidad de verificar cada vez un mayor número de ajustes entre la ley y el convenio puede aconsejar ampliar este plazo, pero no creo que resulte una reforma positiva, porque no llevará a una mejora de la eficacia del control de legalidad por la autoridad laboral, ahora muy deficiente, eso es cierto, y sí implicará un mayor retraso en la publicación de los convenios, con los efectos negativos que de ello deriva.

VII. LAS NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE LOS DESPIDOS: NUEVOS ESPACIOS PARA LA TENSIÓN LEY *VERSUS* DOCTRINA JUDICIAL

1. El régimen jurídico del despido colectivo: entre las mejoras técnicas y las resistencias judiciales a la pérdida de su control efectivo

1.1. *La tensión entre discurso y práctica en el debate parlamentario*

Se arme el discurso que se quiera al respecto, la realidad estadística es que el número de trabajadores despedidos mediante procedimientos de regulación de empleo –los antiguos ERE, hoy degradados en su utilidad a mero trámite mediador– aumentó considerablemente desde la entrada en vigor de la reforma laboral en febrero, dando satisfacción a la demanda empresarial que tantos años se llevaba formulando: nada menos que la supresión de la autorización administrativa para despedir por razones de estricta índole empresarial. Sin embargo, la solución que se prometía tan feliz parece que guarda, una vez más, algún efecto sorpresa –o no tanto– menos favorable, pues la experiencia está evidenciando que quizás pueda ser peor el desplazamiento de la vía de control desde la autoridad administrativa a la autoridad judicial, al incrementar de un modo considerable la «judicialización de los conflictos» que, precisamente, se quería evitar con la reforma. Ciertamente, puede pensarse que el efecto ni es tan imprevisto ni tan relevante en la práctica, porque el Gobierno ya había procurado un cierto desarme de aquel.

En efecto, la reforma supuso la limitación extraordinaria de las posibilidades de control judicial de aquel aspecto más relevante para el despido económico –también para esta modalidad de despido objetivo–, la constatación de la causa. Para ello no solo evidenció su firme convicción de que podía llevar a cabo una absoluta –o casi– objetivación de la causa en sentido liberal –flexibilización del principio de causalidad– sino que, además, pretendió excluir los juicios finalistas por parte del juez –eliminación del juicio de razonabilidad y/o de oportunidad–, agotando la vía de control judicial en un estricto principio de legalidad –verificación de la concurrencia de los presupuestos de la ley, en especial de procedimiento, sin más valoración funcional–. Pero una vez más, la complejidad del sistema de fuentes, en general, y en particular en el ámbito laboral, reservaba un nuevo revés para esta pretensión gubernamental. La experiencia judicial más reciente –tanto en la doctrina de suplicación de los Tribunales Superiores de Justicia como en la de la Audiencia Nacional (–SAN 75/2012– asunto «Tradisa Logicauto», Centro de Barcelona)– ha evidenciado, como ya se ha puesto de manifiesto para el régimen de control del poder empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que ni es fácil superar las inercias de años ni tampoco es posible romper los equilibrios jurídicos, preexistentes y determinados en la Constitución, eliminando de raíz los juicios de ponderación de otros valores y bienes jurídicos, ligados a la protección del trabajador.

La tramitación legislativa se ha debatido, pues, en esta tensión. De un lado, la parcialmente diferente convicción de que no es posible cerrar definitivamente cualquier espacio de interpretación, y que por tanto la definición gubernamental seguía abriendo dudas que exigían, en aras de una mayor seguridad jurídica para todos –no ya solo para la confianza empresarial, que es el valor dominante en la reforma gubernamental–, alguna precisión, como ya había entendido respecto de otras medidas de flexibilidad ya referidas, las relativas a la flexibilidad interna de gestión. De otro, tuvo oportunidad de conocer las primeras reacciones judiciales a la reforma, apuntando en una dirección que podría reducir significativamente el objetivo liberalizador ansiado por la reforma, intensificando las nulidades de esos despidos. Las consultoras de más relieve de este país han evidenciado su preocupación y la proyectaron en los grupos parlamentarios, en especial en CiU, que se hizo eco de este problema «sobvenido».

En consecuencia, las cuestiones centrales de la reforma definitiva van a girar, una vez más, en torno al principio de causalidad y al papel del juez en su control. Un aspecto capital de la entera regulación que tiene, al menos, dos aspectos, diferentes, pero estrechamente imbricados. Primero el aspecto sustantivo, regulado en el artículo 51 del ET y las normas de desarrollo del mismo, dentro y fuera del ET. Segundo, el básico aspecto procesal, pues existe una inescindible unidad entre aquel procedimiento de regulación de empleo y la modalidad procesal rediseñada en el artículo 124 de la LRJS. El primer aspecto lo analizaremos en este apartado, mientras que el segundo se verá con detalle en el bloque dedicado a las reformas procesales. No obstante, será imposible no hacer alusión a los temas procesales en la exposición de las novedades legales del régimen sustantivo.

1.2. Un cuadro analítico de las principales novedades de la versión parlamentaria del despido colectivo

El sistema legal sigue apostando por un modelo de garantías de distinto orden –de fondo, de procedimiento, de compensación de daños– respecto del despido por causas empresariales y de carácter colectivo, entre otras cosas porque tales garantías son una doble exigencia: constitucional (art. 35 CE) y comunitaria (directiva sobre despidos colectivos). En este sentido, la mera supresión de la autorización administrativa, que es el cambio más aparente, no provoca problema alguno al respecto, siempre que, como es natural, se mantenga un razonable equilibrio de poderes: de participación de la autonomía colectiva, de un lado, y de control judicial, de otro.

Ahora bien, tan cierto como eso, es que la reforma laboral ha debilitado de un modo notable, diría que extremo, ese equilibrio, reduciendo el papel de la autonomía colectiva –el plan de acompañamiento social ya no es obligatorio, sí determinadas obligaciones de recolocación externa, pero en procedimientos de ciertas dimensiones y mediante el recurso a agencias mercantiles–, y flexibilizando en extremo el control judicial, hasta liberalizar la causa y su control. Sin embargo, por una vía u otra, se ha optado por un modelo típicamente defensivo o de reacción, de modo que la participación colectiva no está presente en la determinación del existir de las causas sino en la gestión de sus efectos, a fin de moderarlos socialmente al tiempo que la vía más frecuente para el control será, paradójicamente, la impugnación judicial. Por tanto, la seguridad jurídica no es solo una exigencia laboral, sino empresarial y social.

La Ley 3/2012 aporta, en este marco, que no oculta desde luego la preferencia por una estrategia competitiva basada en la reducción de los costes laborales, según decisiones tomadas discrecionalmente –no arbitrariamente– por el empleador, las siguientes novedades:

- a) Causa. La precisión del criterio de referencia temporal para determinar la persistencia de la disminución de ingresos o ventas, en línea con lo realizado ya antes para la suspensión y las cláusulas de descuelgue.

Como se dijo respecto de la novedad en el artículo 47.1 del ET –procedimiento de regulación de empleo suspensiva–, ahora se acoge un parámetro temporal concreto para fijar la evolución negativa de ingresos –y de ventas–. Aunque es evidente que con ello se aporta alguna luz más para la determinación de la causa, evitando alguna lectura radical, que habilitara cualquier reducción entre un trimestre y el anterior, no con ello se resuelven todos, ni siquiera los más relevantes, problemas que presenta la determinación causal, sobre todo la económica. De ahí la centralidad del papel del juez, justamente lo que quería evitarse. Si la Ley quiere acotar al máximo el espacio en que apreciar la evolución negativa, como enseña la jurisprudencia, esta quiere una ampliación creciente del marco de análisis, de modo que no es ni el centro de trabajo, ni la empresa el perímetro de atención, sino todo el grupo empresarial, al menos en lo que concierne a la causa económica, pues en relación con la organizativa, de momento, el referente sigue siendo la empresa.²⁵

Pero este planteamiento global tiene una relevancia múltiple. Al menos tanto para determinar la documentación acreditativa precisa –el deber de información y de acreditación de la existencia de la causa–, cuanto para la valoración de la existencia real de la misma. La doctrina judicial recaída hasta el momento se muestra exigente con este presupuesto o requisito legal, de cuyo cumplimiento pende la validez de todo el procedimiento. En este sentido, la *STSJ de Madrid, 415/2012, de 30 de mayo*, concluye para el caso resuelto en ella que:

«... la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa» (FJ 2.º).

Como puede comprobarse, los jueces difícilmente pueden sustraerse al canon de valoración que aporta la razonabilidad de las decisiones empresariales, por lo que el intento del legislador de eliminar de este ámbito tal juicio será vano. Es absurdo, o cuando menos ingenuo en extremo, pensar que una norma legal puede borrar de un plumazo criterios elementales de racionalidad, no ya solo jurídica, sino económica y que responden a la permanente vigencia de los principios jurídicos generales. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que el

²⁵ Pese a la persistencia de la escasa regulación legislativa, aunque en un creciente aumento, y del carácter impreciso, y diversificado, del concepto de «grupo empresarial», como nos recordara la *STS, Sala 4.ª, de 2 de 5 de junio de 2009 –rec. núm. 57/2008–*, ha habido ocasión de crear un copioso cuerpo de jurisprudencia y doctrina judicial en torno a él en el ámbito laboral. Una construcción jurisprudencial que, originaria de los ya lejanos años 68 y 69, tuvo su consolidación, más bien su petrificación, en los años 90, pudiéndose constatar una cierta evolución, en la «que se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral... Al más moderno criterio... que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuanto tal dato va acompañado de elementos adicionales». De especial trascendencia para conocer la situación jurisprudencial la *STS, Sala 4.ª, de 4 de abril de 2002 –rec. núm. 3045/2001–*. En todo caso, conviene precisar que esta construcción es válida para la conformación del régimen de relaciones individuales de trabajo, pero no para las relaciones colectivas, en especial la negociación colectiva, donde la jurisprudencia ha sido mucho más aperturista y generosa, dejando la delimitación de las fronteras del grupo laboralmente relevante a la determinación de la autonomía colectiva.

concepto de grupo laboral no impide acudir al concepto mercantil para la exigencia de información consolidada. De ahí que se considere un incumplimiento legal la ausencia de información adecuada en torno a la existencia o no del grupo empresarial, a efectos económicos, del deber de consolidación de cuentas.²⁶

b) Procedimiento. El carácter fungible o sustituible del periodo de consultas.

Con un alcance de estricta mejora técnica, exigida por coherencia, con lo previsto para el procedimiento de suspensión –y reducción de jornada–, ahora se precisa que empresario y representantes de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que tendrá que ser desarrollado dentro del plazo máximo previsto para tal periodo –30 o 15 días naturales, según tengan más o menos de 50 trabajadores–. Este aspecto adquiere un importante relieve para el control de efectividad judicial, máxime tras la nueva vuelta de tuerca al mismo mediante la nueva degradación calificativa de los defectos de forma, arrumbando la doctrina judicial que se ha empezado a establecer al respecto. El reforzamiento de la efectividad de aquel periodo puede ser una buena vía de recuperar una parte del camino perdido, de forma que si una «nueva puerta se cierra, es posible abrir otra ventana», pues no es posible poner «puertas al campo» del control judicial.

En este sentido, el periodo de consultas se constituye como manifestación no ya de las facultades de consulta sino incluso del poder constitucional de negociación colectiva, vinculándose a los artículos 28.1 y 37.1 de la CE. Con ello se refuerza su sentido, en aras de hacer fiable su finalidad, esto es, su efecto útil, aunque los acuerdos que resulten, en su caso, de tal periodo no se equiparen plenamente a los convenios colectivos, según la jurisprudencia. Como ha entendido esta en fecha reciente, es un doble requisito constitutivo para que la negociación en tal periodo pueda alcanzar sus fines que –*SSTS, Sala 4.ª, de 30 de junio de 2011*, rec. num. 173/2010 y *18 de enero de 2012*, rec. núm. 139/2011–:

- Los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar, de manera razonable, la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, las consecuencias y efectos.
- La negociación colectiva sea efectiva, esto es, real y seria, de manera que se garantice un intercambio de propuestas y contrapropuestas concretas, con las consiguientes tomas de posición de unas y otras. La falta de aquellas o de estas supone una posición de «bloqueo negociador», aunque se asistiese a las diferentes reuniones, que frustra el «buen fin» de la institución.

Una garantía de control de la efectividad de este periodo aparece en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En el supuesto resuelto por la *STSJ de Cataluña, 13/2012, de 23 de mayo*, se deja constancia de esta utilidad en el hecho probado 9.º:

²⁶ Como expresa la *STSJ de Madrid 415/2012, de 30 de mayo*, hay que partir, a los efectos de determinar la obligación de información económica a acompañar con la decisión extintiva, no así para fijar el ámbito concreto en que valorar la concurrencia de la causa, que exige el concepto más restrictivo de grupo a efectos laborales, «de una definición amplia del grupo empresarial, determinada por la dirección unitaria y presumible por la situación de control». Una cualidad que «resulta desde nuestro punto de vista innegable en el conjunto de mercantiles que formalmente integran CLG y actúan en el mercado con tales siglas», pero «también en aquellas otras entidades participadas de una u otra forma con la misma situación de dirección unitaria y de control, aun cuando no actúen formalmente como CLG sino con otros nombres, como Nivotrol, El Paradón de Molina y la misma Talleres López Gallego, la cual es originariamente la base» (FJ 3.ª, *in fine*).

«La Inspección de Trabajo, que convocó a las partes... y mantuvo reuniones con ellas, emite informe sobre el desarrollo del periodo de consultas... en el que concluye que el aplazamiento del abono de la indemnización legal, incluso en los casos de las medidas sociales de acompañamiento, como es la recolocación diferida, podría afectar a la buena fe del proceso negociador...».

En la misma dirección se pronuncia la STSJ de Madrid, 415/2012, de 30 de mayo de 2012, que también consideró como incumplimiento invalidante del despido la falta o la inexistencia de un «verdadero periodo de consultas o de negociación, conforme exige el artículo 51.4 del ET...». La razón estribaría en que la empresa se limitó tan solo a:

«... exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ERE con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. El «acuerdo» solo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación, proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. (...) Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del periodo de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas» (FJ 2.º, *in fine*).

- c) Función de la autoridad laboral: la normalización condicionada del papel de mediación administrativa.

En la versión gubernamental la autoridad laboral se limitaba a velar por la efectividad del periodo de consultas, como acaba de indicarse. Tal función tenía, en el diseño normativo, un sentido puramente orientador y de recomendación, sin que pueda paralizar el procedimiento. La versión parlamentaria la confirma, pero la amplía.

En efecto, la ley de reforma laboral insiste en el papel, además, de mediador. De manera que ahora se le reconoce la posibilidad, ya actualizada con frecuencia e intensidad –cierto que más anómalamente pues era «juez y parte»– antes de la reforma, de actuar en típicas «funciones de mediación», si así se lo piden ambas partes de la negociación, «con el fin de buscar –y encontrar, se supone– soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo». Asimismo, y con el mismo fin, podrá llevar a cabo «funciones de asistencia», en este caso ya a petición de una de las partes o incluso «por propia iniciativa».

- d) El momento de notificación individual de los despidos decididos –apdo. 4 art. 51 ET–.

Hallamos una pequeña reformulación del enunciado del deber empresarial de notificar individualmente los despidos. En la versión gubernamental de la reforma se decía que, comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, en torno a los despidos, «el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1» ET. A tal fin se preveía que existiese un plazo mínimo –30 días– de mediación o intervalo entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido. Pues bien, en

la versión parlamentaria, tal notificación aparece en términos potestativos —«el empresario podrá notificar los despidos individualmente»—. A mi juicio, este cambio no tiene mayor alcance, sin que haya variado la exigencia del referido periodo mínimo de 30 días entre la comunicación de apertura del periodo de consultas y la fecha de efectos del despido.

e) Procedimiento de constatación de la fuerza mayor —art. 51.7 ET—.

Tanto la versión gubernamental como la parlamentaria exigen que la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deba ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, «previo procedimiento» de regulación de empleo tramitado de conformidad con lo previsto en el apartado 7 del artículo 51 del ET. Pues bien, la versión parlamentaria añade ahora, de nuevo sin significado regulador alguno, por tanto solo de «mejora técnica», que tal procedimiento se regirá por lo dispuesto en aquel apartado estatutario y «en sus disposiciones de desarrollo reglamentario» —no creo que merezca más comentario esta novedad basada en explicitar lo obvio—.

Junto a esta «precisión, y al margen de algunos cambios terminológicos —como la sustitución del término tradicional de «expediente» por el de «procedimiento»—, destaca la regla de transparencia contenida en el párrafo tercero *in fine* del apartado 7 del artículo 51 del ET. En la versión gubernamental se afirmaba que la resolución se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, surtiendo sus efectos desde el hecho causante de la fuerza mayor.

Pues bien, ahora, junto a esas exigencias, se concreta que la resolución debe «limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos». De este modo, se refuerza algo que también es obvio desde la eliminación legislativa de la autorización administrativa, pues ahora queda claro que la decisión reguladora del empleo corresponde, en todo caso, al empleador, limitándose la Administración a la constatación del hecho causante de la situación —la fuerza mayor—. Por eso, tiene sentido que la Ley precise que la empresa «deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral».

Al analizar las novedades en materia procesal se hará alusión al impacto que en este ámbito tienen tales reformas pues hay novedades de cierto relieve al respecto.

f) Efectos. Plan de recolocación externa obligatorio (art. 51.10 ET).

Entre las novedades que incorporaba, respecto a la gestión social del despido colectivo, la versión gubernamental de la reforma laboral estaba la obligación puesta a cargo de la empresa, siempre que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores, de ofrecer a los trabajadores afectados «un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas». Además, la norma fija una serie de contenidos mínimos —vigencia temporal, medidas a incluir— a tal plan de recolocación externa, evidenciando su debilidad protectora pero, al menos, su seriedad jurídica en cuanto estricta obligación empresarial exigible judicialmente.

En este sentido, se hacía referencia expresa a que el incumplimiento de tal obligación, o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, «podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento». Con vista a reforzar la credibilidad de

esta obligación jurídica y su protección en términos de efectividad, sin sustitución por equivalentes pecuniarios, la versión que se ha tramitado en el Parlamento adiciona dos garantías. De un lado, atribuye a la autoridad laboral, a través del Servicio Público de Empleo, el deber de verificar que se ha cumplido la obligación o, en su caso, el de requerir su cumplimiento.

De otro, reordena formalmente, pero sin cambio sustancial, el enunciado de la referida facultad reconocida a los trabajadores de reclamar en sus estrictos términos, esto es, *in natura* y no ya solo por equivalente pecuniario, el cumplimiento del deber o de la obligación empresarial de recolocación externa. Una regla de reconocimiento de la acción en juicio para reclamar este derecho que se entiende autónoma respecto de la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la obligación empresarial. A este respecto debe recordarse que constituye una infracción administrativa muy grave tal incumplimiento, conforme al nuevo apartado 14 del artículo 8 del de la LISOS, introducido por el RDL y que la Ley mantiene invariado.

En realidad no añade ninguna innovación jurídica ni refuerza significativamente la obligación, tan solo enuncia el mandato de una forma más correcta técnicamente y coloca a la autoridad laboral en sujeto colaborador del trabajador para exigir que esta obligación no termine vaciándose de eficacia.

Novedosa es también la disposición transitoria 14.^a, que introduce un régimen transitorio en relación con los *despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios*. En este sentido, conforme a su apartado 1, lo dispuesto en la disposición adicional 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, en la redacción dada por la ley de reforma (disp. final 4.^a), será de aplicación a los despidos colectivos iniciados a partir de la entrada en vigor de la misma. En este cada vez más complicado régimen también se introducen reglas especiales respecto del importe de la aportación económica en tales casos para despidos iniciados después del 27 de abril de 2011 y antes del 8 de julio de 2012.

La versión parlamentaria ha introducido alguna novedad también al respecto en relación con la versión gubernamental. De un lado, para el tipo aplicable para calcular la aportación económica, se modifica la escala relativa al número de trabajadores en la empresa (disp. adic. 16.^a 4 Ley 27/2011), por cuanto en la tercera columna, se situaba el umbral entre «501 y 999», si bien el número correcto es «101 y 999». De otro, se introduce un nuevo apartado 8, según el cual será exigible la aportación cuando la empresa proceda a la aplicación de medidas temporales de regulación de empleo que afecten a trabajadores de 50 o más años con carácter previo a la extinción de los contratos de tales trabajadores, cualquiera que sea la causa de extinción,

«siempre que no haya transcurrido más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador».

En todo caso, para el cálculo de la aportación económica se tomará en cuenta el importe de las prestaciones y subsidios de desempleo abonados por el SPPE, en los términos del apartado 2 (de la disp. adic. 16.^a que se está tratando), durante los periodos de aplicación de estos expedientes de regulación temporal de empleo previos a la extinción, incluidos, en su caso, los que pudieran corresponder en concepto de reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del canon fijo por trabajador que agotara la prestación por desempleo del nivel contributivo y comience a percibir el subsidio por agota-

miento de aquella o el de mayores de 52 años, en los términos previstos en el apartado 3 c) de la disposición adicional 16.^a comentada.

En el grupo de las novedades de la versión parlamentaria de la reforma debidas a estricta coherencia técnica del ordenamiento hay que hacer referencia, en el ámbito sancionador, a la nueva redacción asumida por la infracción administrativa muy grave prevista en el artículo 8.3 de la LISOS. En la redacción anterior a la tramitación por el Parlamento de la reforma, tal infracción se concretaba en «el cierre de empresa o el cese de actividades, temporal o definitivo, efectuados sin la autorización de la autoridad laboral, cuando fuere preceptiva». La derogación de esta autorización por el RDL no llevó a modificar este redactado, claro olvido del Gobierno-legislador, por lo que ahora el Parlamento enmendaría esta deficiencia técnica. El nuevo tenor de esta infracción, introducido en el apartado 3 de la disposición final 6.^a de la Ley, es realizar cualquier medida de regulación de empleo –extintiva colectiva, suspensiva, reducción de jornada o por fuerza mayor– sin el procedimiento establecido al efecto en los artículos 51 y 47 del ET, respectivamente.

1.3. *Los despidos colectivos de empleados públicos: la preferencia de continuidad del personal «laboral de pata negra»*

Por la importancia de su número y por la singularidad de su régimen jurídico, aunque la reforma mantenga una posición confusa entre la continuidad de su régimen especial y la aplicación desmedida de la regulación laboral «común», merece particular reflexión la única novedad sustantiva que presenta el régimen de despido colectivo del personal laboral público. El análisis de la disposición adicional segunda de la Ley en sus dos versiones, la gubernamental y la parlamentaria, arroja dos novedades, de valor muy desigual, si bien ninguna supone un cambio significativo del extremadamente liberal régimen acogido por la reforma para el empleo público. De un lado, se precisa mejor la fórmula empleada para identificar el ámbito subjetivo de este régimen de regulación colectiva de empleo, que será aplicable a las «Administraciones públicas», entendiendo por tales «a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público». Esta regla de remisión legislativa es idéntica a la versión originaria, por lo que no hay novedad de regulación alguna, solo de precisión técnica.

De otro lado, también con un sentido de precisión técnica más que de mejora de la protección, como ha querido «venderse», ha de tenerse la pretendida preferencia de continuidad en el empleo que ahora se otorgaría al «*personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto...*». En realidad, para estos casos no se justifica la diferencia de trato respecto de los funcionarios públicos. En consecuencia, además de no ser relevante, porque no les supone blindaje alguno, supone mantener una diferencia peyorativa injustificada. Aunque la jurisprudencia tiende a concluir reglas de favor hacia la gestión más discrecional de las plantillas, evidenciando un disfavor hacia el recurso a técnicas de gestión concertada como los procedimientos de regulación de empleo. Así lo entendió en relación con la extinción de contratos de interinidad, por ejemplo,²⁷ y en general para las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo.

²⁷ La doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo ha venido pronunciándose, desde hace más de 10 años, en el sentido de que las Administraciones públicas no necesitan acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 del ET para

En este sentido, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 –rec. núm. 4523/2007– y 7 de diciembre de 2010 (rec. núm. 181/2009) se afirma:

«no parece estar en discusión que el establecimiento –y la modificación– de las relaciones de puestos de trabajo, incluso del personal laboral, de los distintos departamentos y organismos autónomos de la Administración... es una potestad organizativa que corresponde en exclusiva a esa Administración y que no es objeto de negociación colectiva. Así, el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, define a la relación de puestos de trabajo como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto. Y sigue siendo un instrumento técnico de la Administración también cuando se refiere al personal laboral».

En este mismo ámbito del empleo público, y si bien fuera del despido colectivo, pero respecto del régimen extintivo, también ha de darse cuenta de una novedad que presenta la reforma en orden a una mayor racionalización del régimen del personal de empleo público, en particular respecto al control de su régimen de indemnización de ruptura, a fin de evitar las abusivas «cláusulas de blindaje». En esta importante materia se mantiene una sustancial continuidad entre la versión originaria y la versión parlamentaria. Ahora bien, sí se introduce una novedad relevante con el nuevo *apartado 7 de la disposición adicional 8.ª*, pues extiende el régimen –relativo a la indemnización, no el retributivo– *al sector público autonómico y local*, por lo que la propia denominación varía, hablando de sector público en general y no ya solo de sector estatal. Se trata de una mejora técnica relevante, incluso de coherencia reguladora. La extensión de los regímenes de racionalización retributiva e indemnizatoria se lleva a cabo, no obstante, de forma selectiva, al sector público autonómico y local –entes, consorcios...–:

«Lo dispuesto en el apartado dos; apartado cuatro, número dos, y apartado cinco será de aplicación a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.»

2. La incidencia de la tramitación parlamentaria en el régimen de despidos por causas objetivas: enmiendas «técnicas» y «humanitarias»

Aunque en la lógica de la reforma únicamente el supuesto de despido objetivo de la letra c) –despido por causas empresariales–, y acaso el de la letra e) –despido por falta de financiación del programa a cargo del cual se contrata al trabajador– del artículo 52 del ET parecían destinados a verse afectados, el resultado tras la tramitación parlamentaria es que todos los supuestos, salvo el primero (despido por ineptitud), lo han sido de un modo u otro. En algunos casos, como en el supuesto de la letra d) (absentismo laboral), de una forma extremadamente desproporcionada y, por lo tanto, con una justificación muy discutida y discutible, lo que, como veremos, no ha dejado indiferente al Parlamento, que ha intentado introducir algunas matizaciones que lo hagan más asumible socialmente, poniendo rostro humano, y no solo números, a las situaciones que están detrás de esta vía extintiva. La corrección, sin embargo, es, según se evidenciará igualmente, excesivamente tímida, y apenas alcanza un sentido de «mejora humanitaria», pero sin afectar al peligroso modelo (micro-relato en nuestra versión interpretativa) que subyace a la regulación vigente. Veámoslo brevemente.

amortizar plazas ocupadas por trabajadores interinos –SSTS, Sala 4.ª, de 12 de marzo de 2002, rec núm. 1223/2001 y 3 de mayo de 2011, rec núm. 3293/2010–.

- a) Una modificación indirecta o por remisión normativa: el despido objetivo por causas económicas y productivas.

Ni el RDL ni la Ley han modificado directamente este supuesto. Ahora bien, dado que su causa remite, desde las reformas de 2010, al artículo 51 del ET, queda claro que por esta vía de remisión formal es necesario contemplar en este supuesto todo el aluvión de cambios que acaecen sobre el artículo 51 del ET. La importancia singular de esta referencia reside en que, precisamente, y dado el diferente diseño competencial que existía hasta la Ley 36/2011, LRJS, ha sido en relación con este tipo de despido en el que se ha ido fraguando el cuerpo jurisprudencial de control de la causa que ahora, de forma, a mi juicio, algo temeraria, el legislador ha querido desarmar. Por eso, creo que resulta de especial utilidad práctica recordar la situación más reciente, a fin de hacer alguna previsión creíble sobre la suerte de este intento legislativo de objetivar y formalizar lo que probablemente ni se puede objetivar absolutamente ni se puede dejar de valorar materialmente, aceptando, por supuesto, que el juez nunca debe confundir su papel con el del empresario. No son juicios de oportunidad económico-laboral lo que incumbe hacer al juez, sino juicios de estricta legalidad, si bien estos no admiten solo análisis formales, sino que exigen ponderar otros bienes y valores jurídicos, que son también de aplicación y que se sintetizan en el principio de protección o tutela de la seguridad o estabilidad en el empleo ex artículo 35 de la CE (SSTCO 21/1981 y 192/2003; SSTS, Pleno de 29 de noviembre de 2010 –rec. núm. 3876/2009– y 16 de mayo de 2011 –rec. núm. 2727/2010–).

El cambio de enunciado significa que ya no es necesario acreditar la necesidad de una amortización individualizada de un concreto puesto de trabajo por causas de interés empresarial –económicas, técnicas, productivas–. Y esto flexibiliza en extremo la decisión empresarial. Ahora bien, eso no quiere decir que no deba exigirse, en aras de ese juicio de proporcionalidad en la ponderación de intereses legítimos y opuestos, una cierta gradación de las situaciones, de modo que siga siendo necesario que se constate la razonabilidad del despido objetivo económico para *«superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa ... a través de una mejor organización de los recursos»* (así, SSTS de 13 de febrero de 2002 –rec. núm. 1436/2001–; 12 de diciembre de 2008 –rec. núm. 4555/2007–; y 16 de septiembre de 2009 –rec. núm. 2027/2008–). En todo caso es cierto que incumbe al empresario probar la realidad de los factores desencadenantes de los problemas de productividad de la empresa, que debe identificar de modo preciso, de un lado, y que debe medir su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador, de otro. El control judicial exige comprobar si tales medidas son razonables conforme al estándar de conducta del «buen comerciante» (SSTs de 10 de mayo de 2006 –rec. núm. 725/2005– y 2 de marzo de 2009 –rec. núm. 1605/2008–), que no puede identificarse tras la reforma con el estándar del «simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial».

En suma, en absoluto se trata de discutir al empleador la racionalidad de la medida para la mejora de la eficiencia, productividad o competitividad de su empresa, de modo que pueda superar situaciones económicas negativas –causa económica– o mejorar su posición en el mercado –causas organizativas, técnicas, de producción–, pues solo a él le incumbe como titular de la empresa. De lo que se trata es de tener en cuenta, en el juicio de control, el efecto que tiene el deber de proteger otros derechos reconocidos en la Constitución, cuya tutela le atribuye directamente la Constitución al juez –art. 24 CE en relación con el art. 117 CE–. En suma, la reforma laboral no puede afectar, derrumbando, esta regla elemental del Estado social de Derecho, cuya tutela

«... no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho (STCO 192/2003, de 27 octubre, FJ 4). Lo que necesariamente invita... a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho... a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, *en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo*» (SSTS, Sala 4.ª, Pleno de 29 de noviembre de 2010 –rec núm. 3876/2009– y 16 de mayo de 2011 –rec núm. 2727/2010–).

Por enésima vez, surge el juicio de proporcionalidad como inexorable y la estricta consideración de derechos constitucionales que han de jugar necesariamente en el método de ponderación, pese a la deliberada exclusión del Gobierno, primero, y luego del legislador. Si los Altos Tribunales se empeñan, quizás no vayan descaminados.

- b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones del puesto de trabajo: ¿una enmienda solo de ajuste interno entre preceptos estatutarios?

La importancia recobrada por la formación, como presupuesto de empleabilidad, hace que también este supuesto se viera afectado. En la versión gubernamental, estas situaciones daban lugar a una suspensión del contrato de trabajo, si bien con un régimen especial, pues se interrumpía el trabajo pero no el salario. Así, se establecía que

«durante la formación, el contrato de trabajo quedará en suspenso y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo».

La versión parlamentaria elimina esta nueva causa de suspensión del contrato y considera que el tiempo destinado a la formación *«se considerará en todo caso de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo».* Esta reforma se explica por el grupo parlamentario autor de la misma como de estricta «mejora técnica», pues vendría exclusivamente exigida o urgida por la necesidad de concordar la redacción del artículo 23.1 d) del ET con el artículo 52 b) del mismo texto legal. En aquel se deja clara constancia de que se trata de un tiempo formativo considerado «en todo caso tiempo de trabajo efectivo», sin referencia alguna a una eventual suspensión del contrato durante ese periodo. En cambio, la versión gubernamental de la reforma sí evidenciaba tal efecto suspensivo.

Aunque puede pensarse que estamos ante una mejora no solo técnica sino de las garantías del trabajador, que no vería interrumpida su relación laboral por este periodo formativo, no parece que pueda expresarse un juicio favorable porque se incurre en notables contradicciones. Primero conceptualmente. No está nada claro que haya una coincidencia estricta de supuestos de hecho entre los artículos 23.1 d) del ET, que hace referencia a situaciones mucho más generales, y la más concreta prevista en el artículo 52 b) del ET. Segundo, en el terreno de la consecuencia jurídica, porque si no hay suspensión del contrato de trabajo, lo que resulta de todo punto razonable al tratarse de actividad inherente a la relación laboral, que incluye ahora la formación para la empleabilidad como un derecho subjetivo, ¿por qué no se mantiene el mismo salario mensual del trabajador, sin necesidad del parámetro del salario medio?

- c) El despido por absentismo laboral [art. 52 d) ET]: una enmienda de «rostro humano».

Plenamente enmarcada en la tendencia general de la reforma a la liberalización de las causas de despido, mediante el debilitamiento de sus límites, la reforma originaria del artículo 52 d) del ET incide con desigual, y desproporcionada intensidad, en la esfera del trabajador. Este no solo ve afectado su estatuto profesional sino su estatuto personal, su condición biológica y su derecho a la protección efectiva de la salud frente a una situación de enfermedad. Más allá del concreto alcance práctico, que no parece, al menos de momento, excesivo, evidenciando la experiencia un uso muy reducido, bien por sus dificultades de realización en las empresas de menos dimensiones bien por la existencia de otras vías de solución en las mayores, en esta modalidad de despido concurren aspectos de mayor relevancia, adherentes al sentido global de la reforma. Y ello al menos en un doble sentido.

Como se recordará, la clave de la reforma en la versión gubernamental está en que se eliminaba el criterio colectivo y se dejaba únicamente el individual:

«Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.»

En un plano más inmediato o visible, es manifiesto que esta reforma liberalizadora enlaza directamente con el eje central de la reforma, que se orienta a reducir costes en la gestión del factor trabajo. Existe un extenso y heterogéneo sector de opinión que viene evidenciando la conexión inmediata existente, real o pretendidamente, entre el absentismo (que para hacerla más asumible adjetivan de «injustificado»), y la reducción de productividad de las empresas españolas, *«perjudicando con ello la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y de renta de los trabajadores»*.²⁸ Partiendo de una presunción que no tiene refrendo estadístico, más bien todo lo contrario —se cree que España está muy por encima de la media europea en absentismo laboral, pero no es cierto, estamos en la media, incluso una décima por debajo—, son muchos los autores, y también algunas decisiones judiciales, que prestan su apoyo a esta visión objetivada del despido, por perjudicar la rentabilidad y poner en cuestión eventuales mejoras, desde otros ámbitos, de productividad. Con lo que se da una imagen de despido solidario socialmente, por cuanto se trata de castigar de forma eficaz a quien no solo no resulta rentable sino a quien perjudica, con su actitud, al conjunto de los trabajadores. Esta dimensión de perjuicio colectivo estaba en la base de la exigencia de criterios de medición objetiva y colectiva de los índices de bajas de este tipo o de absentismo laboral.

Pero en un plano también verificable objetivamente, pero algo más sutil y diluido, el carácter odioso de esta reforma reside en otro presupuesto, más ideológico, al que ha servido y que está igualmente presente en el conjunto de la reforma. Me refiero a que esta modificación no es episódica, una reforma más o aislada. Al contrario, ilustra con un caso muy concreto el imaginario global que pone en práctica el Gobierno, por tanto, el nuevo micro-relato que propaga a través de las principales medidas de reforma, presentando una imagen completamente invertida de la realidad conocida hasta ahora de las relaciones laborales y de su regulación jurídica. En efecto, el despido por absentismo se basa no en la constatación de una conducta realmente perjudicial para la empresa, *sino en la presunción de fraude*, por tanto de perjuicio, de la ausencia.

²⁸ Acuerdo Interprofesional para la Negociación Colectiva de 2007 –BOE 24 de febrero de 2007–.

La contradicción es flagrante. La ley parte de que las ausencias se justifican, pues están respaldadas por documentos públicos –partes médicos–, que las acreditan. Pero el legislador acoge un presupuesto sociológico: la convicción de que la baja, sobre todo si es de reducida duración, no es cierta. El presupuesto de la norma es claro: dado que todas, o prácticamente todas, las enfermedades de corta duración resultan falsas, debe sospecharse de ellas. Consecuentemente, hay que habilitar al empleador, que es un sujeto activo e innovador, estrictamente preocupado por la rentabilidad de la empresa y la racionalidad de su gestión para el bien de todos –emprendedor–, para que use su poder privado como instrumento de presión preventiva hacia el trabajador, que es un sujeto también activo, sí, pero del fraude. En suma, sobre aquel sujeto ha de hacerse recaer el esfuerzo de liberación de cargas, límites y responsabilidades por el ejercicio de sus poderes, facilitando su uso productivo, aunque restrinja posiciones de resistencia jurídica del trabajador, pues es sobre este sobre el que hay que hacer recaer más riesgos y responsabilidades por las pérdidas, actuales o estimadas, de las empresas.²⁹

En este contexto, cobran especial sentido las dos novedades establecidas en el texto definitivo respecto de la versión originaria, aunque no supongan una corrección suficiente de un modelo regulador tan cuestionable, por basarse en el pensamiento de la sospecha y la intervención preventiva basada en el ejercicio de poderes de presión por el miedo al despido. En primer lugar, porque se recupera una cierta objetividad con la exigencia de criterios más amplios, aunque ligados a la persona del trabajador. Así, en la versión definitiva la causa se delimita:

«Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses *consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles*, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.»

En este caso también la novedad busca mejorar la posición del trabajador. De ahí que se reintroduzca un criterio de cómputo global, con mayor perspectiva temporal de referencia. En este sentido, se atenderá al total de faltas de este tipo tenidas en los 12 meses anteriores al momento del despido, fijándose el límite o umbral en el 5 por 100 de las jornadas hábiles.

La redacción, no obstante, sigue planteando problemas técnicos.

La segunda novedad se encuentra en el catálogo de ausencias no computables para determinar el absentismo laboral relevante a efectos de despido. En esta línea, se incluyen como no computables: «... *las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*». De nuevo aparece la preocupación, de signo socio-humanitario, por la salud. Con carácter general, es evidente que esta reforma supone incluir una fuente de múltiples e intensas presiones de carácter laboral, al exigir mayor implicación de los trabajadores con peores expectativas de reconocimiento, promoción y retribución.

La inseguridad en las condiciones de trabajo, junto a la permanente «amenaza» en torno a la pérdida del empleo, constituye un factor claramente degradante de las condiciones de bienestar en general y, en consecuencia, de las condiciones de seguridad y salud. Ya se vio una referencia al derecho a la protección de la salud en el artículo 40 del ET, si bien se enmarca más

²⁹ Para un análisis crítico de las posiciones, doctrinales, judiciales, empresariales y «científicas» que avalan esta lectura, si bien con un exceso verbal que ideologiza en exceso su planteamiento, correcto en el fondo, *vid.* RUIZ CASTILLO, M.M.: «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», págs. 209 y ss.

en una renovada preocupación por el estatuto ocupacional de las personas con discapacidad. En todo caso, y pese a la debilidad de este argumento en la reforma tras el trámite parlamentario, no parece desdeñable la importancia que ha de tener el recurso al estatuto protector de este derecho constitucional, que pese a no tener el rango de derecho fundamental en sentido técnico-jurídico, queda claro que su tutela ha de hacerse en ese ámbito, siquiera sea por la conexión con el derecho del artículo 15 de la CE: la protección de la integridad personal. De gran interés al respecto, resulta, como se comentó en su día (*RTSS. CEF*, núm. 348), la STS, Sala 4.ª, de 31 de enero de 2011, rec. núm. 2940/2010, que a mi juicio no es residual ni aislada, una *rara avis* de rebeldía frente a la posición mayoritaria del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional respecto del carácter improcedente y no nulo de los despidos basados en la falta de rentabilidad de los trabajadores con mayor índice de absentismo laboral por enfermedad, sino que va a ser la jurisprudencia dominante en el inmediato futuro.

En esta sentencia se combate una práctica habitual de la empresa, que tras la reforma laboral irá en aumento: la presión a los trabajadores para una reincorporación apresurada desde la situación de baja. Esta práctica se anula por contraria al artículo 15 de la CE. A mi entender, esta doctrina enlaza directamente con las SSTCO 62 y 160/2007, señalando que «el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal» y «si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental», si toda conducta «que genere un peligro grave y cierto para la misma».

En cualquier caso, la reforma laboral acepta la posición de quienes vinculan de un modo directo el absentismo laboral con bajas indebidas, aun legales, de ahí que se llame la atención sobre la necesidad de reformar el control de la prestación de incapacidad temporal. La disposición adicional 4.ª establece un claro mandato de reforma, por enésima vez, del régimen jurídico de las Mutuas a los efectos de mejorar la gestión de la incapacidad temporal. Si el RDL daba un plazo de seis meses, la Ley lo reduce a tres.

- d) El despido objetivo por pérdida de la financiación externa de la que dependen los contratos [art. 52 e) ET].

La *disposición adicional 18.ª* de la Ley introduce una novedad en el supuesto de despido objetivo por pérdida de la financiación que soportan los contratos laborales. Se trata de una reforma también de coherencia técnica, pues viene exigida por la nueva regulación de los procedimientos de despido colectivo en la Administración pública, que hace inútil esta modalidad de despido en tal ámbito. Así, en la redacción anterior a la reforma parlamentaria –en la gubernamental no aparecía esta modificación– este supuesto se habilitaba tanto para las «entidades sin ánimo de lucro» como también para las «Administraciones públicas». Pues bien, ahora desaparecen estas y quedan solo las entidades sin ánimo de lucro:

«En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.»

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al que prevé el artículo 51.1 del ET se tramitará por este procedimiento –despido colectivo–.

Puede discutirse que estemos estrictamente ante los mismos supuestos, por cuanto siempre se ha considerado como una causa especial. Sin embargo, es cierto que la intensidad con que se abre el empleo público a los despidos colectivos hace innecesaria esta referencia.

3. El impacto del trámite parlamentario en las medidas de reducción de los costes económicos del despido: ¿se ha levantado el acta de defunción del «despido exprés»?

Junto a la liberalización de las causas, el otro eje básico de la reforma en esta materia, directamente en conexión con aquel, por supuesto, aparece el abaratamiento del despido. A este respecto no hay ninguna novedad en relación con el RDL, lo que ha de significar la consolidación de los dos principales –no únicos– recortes importantes introducidos por aquel, como sucede tanto (a) con la eliminación de los salarios de tramitación, que dejan de tener un carácter general para devenir una indemnización puramente residual, –cuando se declare la nulidad o se trate de la opción de los representantes de los trabajadores–, (b) cuanto con la rebaja de la indemnización por despido improcedente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, hasta un tope máximo de 24 mensualidades. En lo que concierne a esta vía de recorte de protección cuantitativa frente al despido, la reforma laboral previó un régimen transitorio más o menos preciso, pero no así respecto de la primera vía, la relativa a los salarios de tramitación, con lo que se suscitó una duda en torno a cuándo entender vigente esta regla excluyente de un derecho arraigado en nuestro Derecho, pues se remonta nada menos que al «derecho corporativo» de 1926.

a) El régimen transitorio de la regla excluyente de los salarios de tramitación.

No es baladí aclarar cuándo juega –temporalmente– tan irracional medida, que disuade –encarece– la readmisión e incentiva –abarata– la extinción sin causa, teniendo en cuenta que se trata de una norma restrictiva de derechos –históricos, como se ha recordado–. A la doctrina judicial inmediatamente dictada en aplicación de la reforma, en su versión originaria, evidenció posiciones, cómo no dispares.³⁰

Sin embargo, distinguiendo incluso entre el despido y la extinción causal por incumplimiento grave y culpable del empresario (art. 50 ET) o «despido indirecto», parece disponerse de una posición ya consolidada, al menos respecto de los despidos. Así, se ha considerado que la regla relativa a la indemnización minorada –de 33 días– tan solo es aplicable a los que se produzcan tras la entrada en vigor del RDL, pero no a aquellos que producidos antes de esta norma de reforma sean declarados judicialmente improcedentes tras su vigencia. En tales casos hay que estar a la normativa previa, porque si la nueva ley nada dice al efecto se ha de estar al principio jurídico general de irretroactividad de las normas que hallamos en el Código Civil –art. 2.3–, siguiendo la interpretación constitucional del mismo –STCO 210/1990–.³¹

Se confirma una vez más que la protección para el trabajador llegaría, paradójicamente, más desde los principios generales que de su «propio» estatuto jurídico –el laboral–, hoy reinventado o

³⁰ La Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– n.º 2 de León de 20 de febrero de 2012 entiende –también la SJS n.º 1 de Valencia de 29 de febrero de 2012– que la fecha que hay que tener en consideración es la de calificación por el juez y no la del despido y por lo tanto deniega los salarios de tramitación, aplicando el artículo 2.3 del CC. En <http://www.laboral-social.com/sentencia-juzgado-social-regula-salarios-tramite-tramitacion-real-decreto-ley-3-2012-reforma-laboral.html>

³¹ En este sentido SSTSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012 –rec. núm. 221/2012– (NSJ043626) y de Castilla-León/Burgos de 15 de marzo de 2012, relativas a un despido objetivo por causas organizativas –rec. núm. 37/2012– (NSJ043697).

repensado sobre todo como un estatuto protector-promotor de la productividad empresarial y la rentabilidad de la gestión del factor trabajo. A pesar de la contundencia de esta doctrina de duplicación todavía cabría plantearse, como se ha anunciado, si es posible introducir diferencias atendiendo a la naturaleza de la acción ejercitada. En este sentido, la *Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, número 75/2012, de 1 de marzo*,³² analiza un supuesto de solicitud de extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del ET, que fue presentada antes de la entrada en vigor de la reforma laboral y que, sin embargo, ha sido resuelta estando ya vigente esta norma. Con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al carácter constitutivo de la sentencia para entender hecha la extinción en términos jurídicos, a diferencia del despido, que es ejecutivo desde la fecha indicada por el empleador y sin perjuicio de la revisión judicial, resuelve el supuesto planteado en autos y concluye que, a pesar de haberse planteado la extinción con anterioridad a la reforma, *debe aplicarse la indemnización por despido improcedente calculada por tramos*.

b) La fijación del *quantum* indemnizatorio en los despidos improcedentes: la introducción de una regla legal de prorrateo correctora de la forjada por la doctrina judicial.

Pero también respecto del cálculo de la indemnización por improcedencia se han suscitado problemas interpretativos por omisiones legislativas. En este caso no, como se ha recordado, por ausencia de régimen transitorio, pues sí existe, sino por una regulación deficiente. Al respecto, cabe recordar que la indemnización minorada solo se aplicará a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, por lo que para aquellos despidos que se produzcan respecto a contratos de trabajo formalizados con anterioridad a la misma se establece un régimen transitorio en su disposición transitoria 5.^a, que dispone que para estos casos la indemnización se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior.

En cuanto a los topes, se dispone, como regla general, que el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario. La regla tiene, sin embargo, una excepción: que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de la reforma laboral resultase un número de días superior. En tal caso se aplicará este último como importe indemnizatorio máximo, y sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Pero esta regulación ha suscitado también dudas, como se decía. La citada disposición transitoria 5.^a, al contrario de lo que ocurre con el modificado artículo 56 del ET relativo a la indemnización por despido improcedente, no hacía mención alguna al prorrateo por meses de los periodos inferiores a un año para el cálculo de la indemnización. Por ello, en los casos en los que la indemnización se calcula en dos tramos se plantea la cuestión de a qué parte del periodo de prestación de servicios debe aplicarse el prorrateo, cabiendo en hipótesis cuatro interpretaciones posibles:

- a) Solo al tramo anterior a la reforma.
- b) Solo al tramo posterior a dicha fecha.
- c) A ambos.
- d) A ninguno.

³² NSJ043713

Pues bien, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona ha fijado doctrina al respecto de la *Sentencia 75/2012, del 1 de marzo* y en el Auto 1274/2011, de 22 de marzo. Para el juez, «la única posibilidad interpretativa» que cabe hacer del citado precepto transitorio es aplicar la tradicional regla del prorrateo únicamente al último de los tramos, aplicándose una regla aritmética pura para el periodo previo a la entrada en vigor. Con esta interpretación se evitan supuestos de «*doble cómputo de meses*», una regla preventiva acorde con el sentido restrictivo de recorte de costes.

Pues bien, con buen criterio a mi juicio, no opina lo mismo el Parlamento. Por eso debe llamarse la atención sobre la leve mejora que supone la precisión que ha introducido la disposición transitoria 5.^a respecto a la indemnización por despido improcedente. Ahora precisa la versión definitiva de la ley que se hará «por meses» y en ambos tramos. Una previsión absolutamente lógica o coherente que, sin embargo, será objeto de crítica por ciertos analistas, sobre todo en el ámbito de la consultoría de las grandes empresas, que consideran que con ello se produce un incremento de la indemnización correspondiente en tales casos, aunque reconocen que sus efectos prácticos son de escasa magnitud. Por eso, a mi juicio la solución legal puede que no sea la más correcta en el plano técnico,³³ pero sí es la más justa.

c) ¿Y del «despido exprés» qué?

Otra cuestión que se ha suscitado en ciertos foros de debate y consulta es la de si, desde que entró en vigor el día 12 de febrero la reforma, ha desaparecido o no la posibilidad de que el empresario reconozca la improcedencia del despido en la carta en que lo formula –o, como sería en todo caso más aconsejable, en un documento adicional– y, abonando simultáneamente la indemnización que por ello corresponda al trabajador, queda extinguida la relación laboral. En otros términos, si ha desaparecido o no el célebre «despido exprés».

La crítica del Gobierno no se ocultó en el RDL, evidenciando sus deficiencias y sus disfunciones, lo que parecía dar a entender que sí quedaba eliminada como figura racional en nuestro Derecho. Los cauces de agilización y abaratamiento del despido improcedente ahora serían otros.

Sin embargo, una vez más, son muchos los profesionales de la consultoría jurídica y de la abogacía los que consideran que realmente tal posibilidad no ha desaparecido, pese a la clara eliminación de la misma del artículo 56 del ET. A su juicio, tal revisión del texto legal es un exceso legislativo que para conseguir un objetivo legítimo, suprimir los salarios de tramitación en los casos en que no haya readmisión del despedido, se ha excedido en la «purga legal», hasta sembrar de dudas de si para conseguir ciertos efectos dignos de tutela, como el que se considere improcedente un despido sin tener que acudir al juez, o la exención de tributar por el IRPF de tal indemnización, ha de ser declarado como tal mediante sentencia o basta el reconocimiento de ello por parte del empresario, o ir a un acto de conciliación. Como se verá, si esta segunda situación –la tributaria– ha sido aclarada por la tramitación parlamentaria –exigiendo un acto de conciliación–, no sucede lo mismo con la primera.

A mi juicio, sin embargo, esta cuestión ha perdido buena parte de su sentido, pero no todo, en la medida en que está en juego la posibilidad de librarse de pagar los salarios de tramitación con el mero

³³ Los abogados critican esta solución de forma generalizada. Vid. <http://static.diariouridico.com/wp-content/uploads//kalins-pdf/singles/las-primeras-sentencias-sobre-el-calculo-de-la-indemnizacion-por-despido-tras-la-reforma-laboral.pdf>. O en http://www.tusmedios.es/economia_y_negocios/derecho/31348-reflexiones-sobre-el-calculo-de-la-indemnizacion-del-despido-improcedente-tras-la-ultima-reforma-labara.html

reconocimiento del carácter improcedente del actuar extintivo empresarial y el depósito, sin tener que esperar a la declaración en el juzgado de lo social o bien reconocerlo así en el acto de conciliación previa al juicio. La cuestión no es sencilla porque ni hay cobertura legal, más allá de la autonomía privada como fuente de regulación de las obligaciones, hoy reforzada, así como instrumento de evitación de litigios –acuerdo transaccional–, ni obedece a una estricta racionalidad jurídica, aunque este argumento sea hoy muy débil ante los excesos de irracionalidad de una parte significativa de la reforma. De nuevo, el contraste entre la regulación sustantiva y la regulación adjetiva, la nueva LRJS podría abrir interesantes relecturas interpretativas, en la medida en que apuesta por los acuerdos de transacción como instrumento para evitar litigios, o bien para resolverlos lo antes posible, teniendo reconocimiento en cualquier momento de la relación procesal, previo al juicio declarativo o posterior.³⁴

4. La afectación de la reforma legislativa a la protección de los créditos indemnizatorios por despido: «más reformas de ida y vuelta»

4.1. Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (art. 33.8 ET): el retorno al modelo de pago directo

Dos son las novedades que incorpora la versión parlamentaria de la reforma laboral que comentamos. La primera, a mi juicio muy importante, el «retorno» al modelo de responsabilidad directa del FOGASA respecto del 40 por 100 de la cuantía correspondiente a la indemnización por despido por causas empresariales procedente en las empresas de menos de 25 trabajadores. En efecto, conforme al tenor del artículo 33.8 del ET en la versión gubernamental de la reforma:

«En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de 25 trabajadores cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador **será objeto de resarcimiento al empresario** por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año. (...)»

La versión parlamentaria, sin embargo, vuelve al modelo tradicional –respecto al modelo o tipo de responsabilidad, no así respecto del parámetro cuantitativo, que sigue fijado en 8 días y no en el 40 por 100, como sucedía antes de la reforma por la Ley 35/2010; aunque podría pensarse que coinciden en el resultado no siempre es así–, y entiende que es el FOGASA el que **«abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario...»**. El procedimiento vuelve, pues, a la dinámica generada por el Real Decreto-Ley 10/2010, norma antecedente, como se recordará, a la Ley 35/2010 y que generó fuertes críticas por la limitación de tutela que introducía: liberaba al empleador del pago de una parte de la indemnización, sin que tuviera que acudir a un procedimiento de reintegro por el FOGASA, mientras que cargaba sobre el trabajador la apertura de un procedimiento de pago por el FOGASA de tal cantidad. Pues bien, evidenciando una clara vía de mayor flexibilidad, la Ley 3/2012 prefiere cargar sobre el trabajador el trámite de acudir al FOGASA, facilitando el despido al empleador, que tan solo tendrá que pagar, en estos supuestos, 12 días, no la totalidad y luego resarcirse del FOGASA.

³⁴ Apuesta por la no desaparición sino por la «mutación» del despido exprés, con una batería de argumentos sólidos, aunque no por ello resulte completamente convincente su posición, GORELLI, J.: «La reforma laboral de 1021 y su impacto en los despidos individuales». *Temas Laborales*, 115/2012. págs. 289 y ss.

La segunda novedad tiene que ver con el siguiente enunciado: «No será de aplicación el resarcimiento por el Fondo de Garantía Salarial en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia». De este modo se introducía una regla de coherencia, pues los fondos públicos solo deberían asumir deudas privadas cuando estas procedan de decisiones racionales, no cuando sean ilícitas, como sucedió con la reforma de 2010, que también socializó deudas derivadas de despidos improcedentes. Ahora se dice, en coherencia con el retorno al modelo de pago directo:

«No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización.»

En realidad estamos tan solo ante un cambio formal. Lo que sí revela el nuevo enunciado es la pretensión de dar mayor contundencia a la limitación de la obligación de pago por el FOGASA solo a las extinciones procedentes, enfatizando en paralelo la responsabilidad indemnizatoria única del empleador cuando se trate de rupturas sin una causa económica acreditada. Aquí está muy presente la historia reciente del FOGASA, que de ser un organismo público con superávit ha acabado siendo uno de los nuevos «agujeros negros» del sistema de la Seguridad Social. Sin duda por la crisis, pero también por decisiones irracionales gubernamentales –en este caso del anterior Gobierno– que convirtieron parte de una «deuda privada» en «deuda pública», incluso las debidas a malas prácticas de gestión empresarial –despidos improcedentes–.

Ahora se asume directamente como deuda pública el 40 por 100 –8 días– de la deuda privada –empresarial– por las indemnizaciones, pero tan solo si están justificadas las extinciones en razones de empresa y se trata de un tipo de empresa con menor solvencia, como son las de menos de 25 trabajadores. En cualquier caso, se confirma también por esta vía la instrumentación del Derecho del Trabajo al servicio de los intereses de la empresa, fomentando los ajustes de empleo como vía para salir de las situaciones negativas a través de la financiación de una parte del importe de la indemnización correspondiente.

4.2. *El retorno al régimen de exención fiscal anterior a la reforma laboral ¿y al SMAC?*

Los trabajadores con contrato indefinido tras la reforma laboral no solo vieron como se reducía su indemnización ante decisiones antijurídicas –despido sin causa–, sino que añadían una pérdida sustancial de la exención fiscal que tenían al respecto. La directa remisión –en blanco– de la legislación fiscal a la legislación laboral llevaba a asumir por parte de aquella los profundos cambios de esta. Por eso, con la reforma se suscitaban numerosas dudas en torno al tratamiento fiscal de la indemnización, pues los límites por debajo de los cuales se considera como renta exenta de tributación se reducen en la norma laboral a la que la fiscal remite –de 45 días se pasa a 33; la regla general promovida, para los despidos colectivos, es ir a 20 días–, en los términos del artículo 7 de la Ley sobre el IRPF –y normas análogas de las comunidades con Derecho foral, como es el caso del País Vasco y Navarra–.

En consecuencia, se planteaban algunos interrogantes. Por ejemplo, ¿forma parte la disposición transitoria 5.^a del RDL del ET o de su normativa de desarrollo, a los efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley del IRPF? ¿Seguiría estando exenta la indemnización por despido en el IRPF como hasta ahora? En caso de que continuara exenta, ¿en qué cuantía máxima lo estaría, en la calculada conforme a las nuevas reglas del despido improcedente (33 días de indemnización por año traba-

jado con el límite máximo de 24 mensualidades, nuevo art. 56 ET), o en la calculada conforme a la disposición transitoria 5.ª del nuevo RDL? Como es natural, y como sucede siempre que hay incertidumbre interpretativa, en el debate jurídico se han podido encontrar igualmente diferentes soluciones o respuestas, pero en todo caso se confirma la extraordinaria inseguridad jurídica derivada de una regulación tan improvisada como la que ha supuesto el RDL.

Puede pensarse que no tiene sentido una lectura restrictiva de la protección cuando todos los partidos, a finales de 2009, asumieron la mejora del tratamiento fiscal de la indemnización por despido improcedente. Ahora bien, sabido es que aquellos eran otros tiempos, aunque ya nos encontrásemos inmersos en la crisis. Ahora, no ya solo la política de austeridad presiona para eliminar buena parte de los beneficios de carácter fiscal, por tanto también con los relacionados con el trabajo, sino que un fin de la reforma laboral ha sido erradicar, o al menos reducir a su máxima expresión, la más que difundida práctica de pactar regulaciones de empleo con indemnizaciones por despido muy por encima de los mínimos legales, 45, 60 o incluso 90 días. La rebaja de la cuantía exenta de fiscalidad podría entenderse, entonces, como una forma indirecta de presión a los representantes legales de los trabajadores para que no siguieran con esa práctica. La realidad posterior a la reforma acredita, sin embargo, que se siguen dando estas situaciones, en las que decisiones extintivas cuestionables tanto en el plano jurídico como económico –el empleador decide abrir una semana después de dar por extinguidos todos los contratos, iniciando nuevos procesos de contratación– se legitiman con un pacto colectivo por ofrecer a los trabajadores una indemnización superior al mínimo legal.

Para intentar clarificar esta situación se ha incluido la disposición final 11.ª de la Ley. Esta modifica, con efectos desde la entrada en vigor del RDL, el IRPF –Ley 35/2006, de 28 de noviembre– a fin de mejorar el tratamiento fiscal a las indemnizaciones por despido. El apartado uno introduce una nueva redacción para la letra e) del artículo 7 de la Ley del IRPF. En virtud de la misma, quedarán exentas de la tributación:

«e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio por el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, *sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos... o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, *quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente*» –esto es, 33 días–.

Dos son las novedades básicas. Primero desaparece el segundo párrafo de esta letra, según el cual: «*Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que este hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas*». Esta eliminación se ha interpretado como exigencia de tener que acudir de nuevo al SMAC –o equivalente autonómico– si se quiere disfrutar de tal exención. Segundo, se le da nueva redacción al párrafo segundo, a fin de ajustarlo a la regla sustantiva que elimina la autorización de despido, con lo que en este segundo caso la reforma es de pura coherencia técnica.

El apartado dos de la referida disposición final 11.^a de la Ley introduce una nueva disposición transitoria 22.^a en la Ley del IRPF, a fin de fijar garantizar un régimen adecuado para las indemnizaciones por despido producidas desde la entrada en vigor del RDL hasta la entrada en vigor de la Ley. En este caso, quedan exentas tales indemnizaciones en la cuantía que no exceda de la correspondiente al despido declarado improcedente «*cuando el empresario así lo reconozca en el momento de la comunicación del despido o en cualquier otro anterior al acto de conciliación y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas*» –planes de prejubilación–.

Por lo que hace a las indemnizaciones por despido derivado de procedimientos de regulación de empleo, quedan exentas en la cuantía que no supere 45 días de salario por año de servicio, *prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de 42 mensualidades*.

VIII. LAS NUEVAS REFORMAS DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL INTENTO DE INSTRUMENTACIÓN DEL PROCESO SOCIAL AL SERVICIO DEL INTERÉS EMPRESARIAL

Pero si de reformas «de ida y vuelta» hablamos, no cabe duda de que un número muy relevante de ellas se acumulan en la nueva reforma que la LRJS sufre en poco más de seis meses de vida. No todas responde a esta lógica, siendo algunas de ellas muy importantes, pero si la mayoría, ocultando bajo la etiqueta de enmiendas de mejora técnica la formidable desidia del Gobierno-legislador.

Desde esta perspectiva, ilustrando de modo paradigmático la insoportable inestabilidad normativa de este tiempo que vivimos y la acumulación de deficiencias de técnica legislativa de todo punto injustificables, la versión parlamentaria de la reforma se habría visto obligada a llevar a cabo una relativamente amplia labor de modificación de la LRJS –Ley 36/2011–. El resultado más llamativo es la vuelta sobre los pasos dados por la versión gubernamental, restaurando en buena medida la redacción que la novísima ley tenía antes del RDL respecto de numerosos artículos. No obstante, como he anticipado, también encontraremos algunas novedades de regulación muy significativas y que están llamadas a generar una intensa polémica, social y jurídica. Me refiero en particular a la legitimación reconocida al empleador para obtener del juez una sentencia declarativa que prevenga el planteamiento de acciones individuales contra un despido colectivo decidido por aquel.

1. Reajustes de coherencia en materia de competencias

Claramente dentro del grupo de las denominadas «mejoras técnicas» ha de situarse la novedad presente en la letra n) del artículo 2 de la LRJS. Antes del cambio promovido por el RDL, esta letra rezaba de la siguiente guisa:

«n. En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal..., reducción de jornada y despido colectivo..., así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en material laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.»

La versión gubernamental de la reforma laboral 2012, en coherencia con la eliminación de las autorizaciones administrativas para la regulación de empleo, como regla general, suprimió de la competencia del orden social todo lo relativo a este tipo de resoluciones, dejando únicamente las otras dos materias:

n. En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical...

Pues bien, la versión parlamentaria, recordando con buen criterio que no se han eliminado todas las autorizaciones administrativas de regulación de empleo, por cuanto quedan la suspensión y la extinción por fuerza mayor –aunque se limite, como se vio, únicamente a constatar si existe o no esta causa–, ha procedido a restaurar una parte del texto eliminado por el RDL, adecuando mejor la normativa competencial en el plan procesal a la regulación sustantiva. De ahí que el nuevo enunciado, que espero sea definitivo, quede así:

«n. En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del ET, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás...».

Esta necesidad de corrección técnica se proyecta igualmente en el momento de ordenar la distribución de competencias entre los diferentes órganos judiciales del orden social. Así, en relación con los Tribunales Superiores de Justicia, en la letra a) del artículo 7 de la LRJS, se ha debido incluir como competencia de su Sala de lo Social «en única instancia», relativas a materia vinculadas a los procedimientos de regulación de empleo, junto a los procesos de despido colectivo en el territorio de su jurisdicción –la comunidad autónoma– impugnados por los representantes de los trabajadores, según el nuevo procedimiento colectivo previsto en el artículo 124 de la LRJS –adición en la versión gubernamental–, también:

«... los procesos de oficio previstos en la letra b) del artículo 148 de esta Ley y de los procesos de impugnación de las resoluciones administrativas recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 7 del artículo 51 del ET..., de conformidad con lo previsto en el artículo 151 de esta Ley, cuando el acuerdo o acto administrativo impugnado extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma» –nueva adición de la versión parlamentaria–.

Lo mismo se hace respecto de la delimitación de las competencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, modificando el apartado 1 del artículo 8 de la LRJS. La atribución competencial en estos supuestos es la misma que para la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, solo que respecto de cuestiones que extiendan sus efectos a un ámbito superior al de una comunidad autónoma.

En el ámbito de la atribución competencial al orden social, la versión tramitada en el Parlamento de la reforma también introduce una novedad, de nuevo de simple mejora técnica, en la letra h) del artículo 2 de la LRJS. En este caso no se corrige la versión gubernamental solo, sino una omisión del texto originario de la LRJS. Así, al listado de cuestiones atribuidas a la competencia del orden social se añaden las materias sobre «suspensiones y reducciones temporales de jornada».

2. Acumulación de procesos iniciados a instancia de la autoridad laboral

También claramente de mejora estrictamente técnica pueden entenderse las novedades en el ámbito de la acumulación de procesos, tanto en el artículo 31 como en el 32.3 de la LRJS. En ambos casos se trata de supuestos de acumulación de procesos obligatoria –la regla general es el carácter potestativo de esta acumulación–, cuya finalidad es evitar sentencias contradictorias (STS, Sala 4.ª, de 10 de julio de 2007, rec. núm 604/2006). En el primer caso, se trata de la acumulación entre procesos de diferente naturaleza, el de oficio, con una tramitación específica como modalidad procesal –art. 148 LRJS–, mientras que el otro, o los otros, iniciados por demanda individual, deben tramitarse por el proceso ordinario. Pues bien, en la redacción legal precedente a la tramitación parlamentaria de la reforma laboral, tal acumulación al procedimiento de oficio de los originados por la demanda individual procedía en todo caso, aunque se tramitasen en distintos juzgados de la misma demarcación territorial. Sin embargo, en el nuevo texto se hace referencia tanto a juzgados y tribunales –por cuanto puede producirse también en órganos judiciales colegiados, que conocen en única instancia ciertas materias–, al tiempo que desaparece la referencia a «la misma circunscripción». Por tanto, también será posible la acumulación de procesos cuando se conozcan por órganos judiciales de distintas circunscripciones.

En lo que concierne al artículo 32.3 de la LRJS, sobre acumulación de procesos que se refieren a actos administrativos con pluralidad de destinatarios, la novedad está en la adición, como en el caso anterior, de la referencia a los órganos colegiados. Así, el actual tenor literal reconoce que a las demandas de impugnación de un acto de aquel tipo se acumularán –obligatoriamente, pues– las que se presenten con posterioridad contra dicho acto, aunque inicialmente hubiera correspondido su conocimiento a otro juzgado –versión gubernamental– o «tribunal» –versión parlamentaria–.

De este modo, será posible la acumulación de procesos en materia de despido colectivo de los que conoce el Tribunal Superior de Justicia.

3. Nuevo procedimiento de impugnación colectiva del despido: la legitimación activa del empleador a efectos declarativos

Sin duda fue la principal novedad reguladora procesal del RDL y sin tiempo prácticamente para su aplicación ya se vuelve a modificar. Entre las principales novedades están –recuérdese que es de aplicación a los procedimientos de este tipo que se entablen desde la entrada en vigor del RDL–:

a) Legitimación activa.

Conforme a la versión gubernamental, la originaria, la legitimación activa para la acción impugnatoria de la decisión empresarial se reconocía por igual tanto a los «representantes legales» cuanto a los «sindicales» de los trabajadores, sin más criterio. Ahora, se mantiene tal cual estaba en la versión inicial la legitimación procesal propia de los «representantes legales de los trabajadores», pero se introduce una modificación importante respecto de los representantes sindicales. En la redacción del RDL, los sindicatos mayoritarios, estatales o autonómicos, cualquiera que fuese su base de representación en el concreto centro de trabajo o empresa afectados por el ERE podían impugnar la decisión, al menos atendiendo a su sentido literal.

Pues bien, ahora la versión parlamentaria exige que acrediten «*tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo*». Aunque pudiera pensarse que con ello se está introduciendo una regla de efectos restrictivos en la legitimación, con el efecto negativo que ello tiene en la eficacia de la acción representativa de estos sindicatos, exigencia a su vez del derecho a la libertad sindical, en realidad no se trata sino de reintroducir una regla prevista con carácter general para todos los procedimientos de conflicto colectivo –art. 154 LRJS–, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo –SSTS, Sala 4.^a, de 15 de febrero de 1999, 7 de febrero de 2001 y 28 de enero de 2010, entre muchas– y la doctrina constitucional consolidadas. En consecuencia, debe entenderse más bien como una regla de coherencia reguladora que como una norma restrictiva, si bien una cuestión a suscitar es qué ha de entenderse por «suficiente implantación».

Parece claro que a tal fin ha de estarse a la copiosa jurisprudencia en esta materia dictada para los procedimientos de conflicto colectivo.

Al hilo de esta referencia a la regla de conexión entre la legitimación y el ámbito del conflicto colectivo laboral –en este caso la regulación extintiva de empleo–, de especial interés resulta comentar la doctrina judicial recaída recientemente en esta materia en orden al reconocimiento o no de legitimación activa a las «comisiones ad hoc» elegidas por los trabajadores en empresas sin representación unitaria. La *STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2012* (rec. núm. 10/2012 –NSJ044332–), «ante la falta de referentes jurisprudenciales respecto de esta cuestión», considera que debe reconocer la legitimación activa también en tales casos. Para la referida doctrina judicial, la referencia literal a la representación legal de los trabajadores no permitiría inferir, por sí misma, una voluntad excluyente, cuando, al contrario, ha sido el mismo legislador el que ha habilitado esta opción para permitir una mayor interlocución, en la fase negociadora, a la empresa. Desde esta perspectiva afirmativa, concluye que carecería de sentido jurídico atribuirle la capacidad suficiente para negociar la decisión extintiva empresarial y luego privarle de la posibilidad de su impugnación, «*lo cual llevaría a una diferenciación no querida por el legislador entre las distintas representaciones para poder accionar bajo esta modalidad procesal*» –FJ 2.º–.

Ciertamente algunos de los razonamientos de esta decisión son discutibles. Por ejemplo los que se articulan sobre la referida equiparación de representaciones, pues tal equiparación de trato no existe en nuestro sistema, menos tras las sucesivas reformas, que priman unas formas representativas sobre otras, poniéndose de relieve el protagonismo de las sindicales.

Pero considero que la solución judicial es la correcta. Sería una inconsistencia reguladora privar a estas comisiones específicas de la posibilidad de acudir a los tribunales en relación con asuntos en los que tienen un interés directo, por cuanto son sujetos implicados en el procedimiento regulador de empleo, que puede terminar con una decisión empresarial extintiva sin atender a sus pretensiones, y sin que haya una autoridad laboral con un poder decisorio que pueda asegurar la atención a los intereses ajenos a los del empleador. La exclusión de esta forma de representación de la posibilidad de impugnar la decisión colectiva empresarial no ya solo limitaría, sino que vaciaría de efectividad la capacidad negociadora con que cuenta, «sin limitaciones para negociar, acordar o no acordar con la empresa los despidos colectivos».

No cabe argumentar, con razonable seriedad, que siempre queda abierta la vía procesal de la acción individual, pues el carácter preferente y destacado que atribuye la ley a esta nueva modalidad procesal, atribuyendo, como hemos visto, competencia de instancia a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional, hace de la misma un instrumento básico para el control judicial de estas decisiones extintivas. Como pone de relieve esta STSJ de Cataluña, se trata de

«una acción procesal... privilegiada por el legislador por cuanto permite una respuesta judicial única y rápida, en interés de todos..., empresa y trabajadores, factor que debe coadyuvar en una interpretación extensiva de la legitimación activa.»

Pero sin ninguna duda, lo más llamativo dentro de la legitimación activa aparece en el nuevo apartado 3 del artículo 124 de la LRJS. Según este apartado, si la decisión de extinguir no ha sido impugnada por los sujetos laborales legitimados, y ha transcurrido el plazo de caducidad de 20 días que tienen para ello, o bien tampoco lo ha sido por la autoridad laboral –de conformidad con el artículo 148 b) LRJS–, *corresponderá al empresario la acción para interponer demanda* «con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva». Para ello tiene un plazo de 20 días desde la caducidad de la acción de los representantes de los trabajadores. La sentencia tiene un carácter estrictamente «declarativo» –por lo tanto, con carácter general, no ejecutable en sí misma (STS, 4.^a, de 20 de marzo de 2012, que remite a su STS de 28 de mayo de 2002)– y «producirá efectos (positivos) de cosa juzgada sobre los procesos individuales», al igual que la sentencia de conflicto colectivo ex artículo 160.5 de la LRJS. La legitimación pasiva la tienen los representantes «legales» de los trabajadores.

Esta novedad suscita múltiples cuestiones. Unas de política del derecho y otras de carácter estrictamente técnico-jurídico.

En el primer plano, es llamativo que se confíe al empleador la declaración de firmeza de una decisión extintiva propia acudiendo, solo a efectos preventivos, al juez social, ámbito en el que, sin embargo, los empresarios dicen tener poca confianza. En este sentido, al margen de la subsidiariedad de esta acción, pues lo más probable es que, salvo mediación de acuerdo colectivo, todas estas decisiones se impugnen en la vía judicial por la representación de los trabajadores, destaca la confirmación de este cambio de imagen, confirmando que la norma laboral es un instrumento al servicio de los intereses empresariales. Ahora no ya la norma sustantiva sino también la procesal, cuando hasta el momento se ha tenido una imagen diferente, más bien opuesta.

En el plano de la técnica jurídica, se reprocha el que se reconozca legitimidad a una sentencia meramente declarativa, cuando el orden jurisdiccional social ha sido hasta hace muy poco reacio a asumir esta función, por cuanto no son consultores de los actores socio-laborales sino decisores de concretas cuestiones jurídicas. Ahora bien, sabido es igualmente el proceso evolutivo abierto en esta materia, hasta el punto de que, como evidencia el nuevo artículo 17 de la LRJS, incluso se reconoce legitimación para recurrir a quienes resultan beneficiados con una decisión, a fin de prevenir perjuicios en el futuro de acciones de otros sujetos. Esta opción legal no es pura especulación ni una opción arbitraria, sino una estricta imposición del Tribunal Constitucional al Tribunal Supremo, a fin de favorecer el derecho a la tutela judicial efec-

tiva de todas las personas. En este sentido, y pese a las fuertes y solventes críticas que ya se han levantado al respecto por una autorizada doctrina iuslaboralista, entiendo que no hay problemas técnicos en esta legitimación activa y tiene perfecto encaje en nuestro ordenamiento. En realidad, lo sorprendente estaría en su aplicación práctica, en la medida en que, a mi juicio, sería un claro ejemplo del cambio de modelo auspiciado por la reforma laboral, en la que se invierte la relación de la norma laboral con sus sujetos: atribuye riesgos económicos crecientes a los trabajadores al tiempo que ofrece mayor protección a los empleadores. En fin, toda una nueva verificación de ese «mundo al revés» que hoy padecemos.

b) Los motivos de impugnación.

También encontramos algunas novedades de relevancia en relación con los motivos para la impugnación de estas decisiones extintivas. No obstante, los cambios son más «cosméticos» que sustanciales y realmente no tienen más alcance que el incremento de la precisión técnica en la delimitación de los mismos, pero sin innovación jurídica.

Así, en el plano de la reformulación de enunciados, destaca la concreción legal del motivo previsto en la letra b) (del art. 124.2. Si la versión gubernamental se limitó a remitir de modo genérico a la inobservancia de lo dispuesto «en los artículos 51.2 o 51.7» del ET, la nueva versión, la parlamentaria, precisa que «no se haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET o no se haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo cuerpo legal». Por lo que hace al plano de la adición de supuestos, el nuevo texto incorpora expresamente en la lista el que la decisión extintiva empresarial se haya efectuado con la vulneración de los derechos fundamentales –nueva letra d)–.

No obstante, y como dije respecto de otras novedades de este tipo, es evidente que el legislador no tiene disponibilidad sobre este supuesto, de modo que si no lo incluye expresamente no por ello deja de estar vigente, de modo que «tanto monta, monta tanto» que esté o que no. Mejor si está, pero si no lo está no por ello sufre su vigencia efectiva. En suma, se confirma que en este punto solo hay reformas de mejora técnica.

c) Régimen de impugnación por parte de los representantes de los trabajadores.

En este ámbito tampoco las novedades son de gran relieve. Como es sabido, la celeridad que se persigue con esta modalidad procesal determina que no exija el acudir a las vías de evitación del proceso contempladas en la LRJS. La primera novedad aparece a la hora de concretar el plazo de impugnación. Al respecto, establece la norma que la demanda deberá presentarse, como se ha recordado, en el plazo de caducidad de 20 días, computándose desde la notificación a los representantes de los trabajadores del despido colectivo adoptado por el empresario al acabar el periodo de consultas. Pues bien, el nuevo enunciado precisa que el momento de inicio de tal cómputo puede ser también, en caso de acuerdo, desde que se alcanzó el mismo en el periodo de consultas, y si no hay acuerdo, desde la referida notificación –art. 124.6 LRJS–. Además se precisa ahora que la presentación de la demanda colectiva, bien por los representantes de los trabajadores, o por el empresario, suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual contra el despido.

Si iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease demanda de oficio por la vía del artículo 148 b) de la LRJS se suspenderá este hasta la resolución de

aquel, lo que evidencia la urgencia y preferencia otorgada al mismo, que es «absoluta», salvo respecto del de tutela de los derechos fundamentales.

En la línea de mejorar también la celeridad, se agiliza la citación para juicio. Antes se preveía que, *transcurrido el plazo de 10 días hábiles desde la finalización del plazo para interponer la demanda*, el secretario judicial debía citar a las partes al acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los 15 días siguientes. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial de la que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba.

En la nueva versión, se entiende que será en la *«misma resolución de admisión a trámite»* donde el secretario judicial señale día y hora para la celebración del acto de juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los referidos 15 días siguientes «a la admisión a trámite de la demanda».

d) Contenido del fallo, ¿una nueva andanada contra la nulidad por fraude de ley?

Conforme a la previsión del artículo 124.11 de la LRJS caben tres opciones. Que se declare el despido ajustado a derecho, que no lo esté o que se determine su nulidad. Respecto a esta extraña denominación hay que precisar que responde al intento del legislador de no introducir confusión entre las calificaciones de los despidos a través de esta nueva modalidad procesal y la propia de los despidos individuales. En este sentido, es posible que un despido declarado en sede colectiva como ajustado a derecho, luego pudiera ser, en ciertos casos –por ejemplo, si no se ha respetado la preferencia–, declarado individualmente improcedente. Aunque en lo sustancial se mantiene la regulación de la versión originaria, hay que destacar una omisión en la nueva versión parlamentaria que tiene una gran relevancia y que va más allá de un simple ajuste técnico, pues reduce notablemente, una vez más, los supuestos de nulidad del despido, con lo que la vigencia de esta resucitada vía ha sido muy efímera. Conforme al RDL, la sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando:

- no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 – periodo de consultas y documentación adecuada– y 51.7 del ET –procedimiento de fuerza mayor–, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista,
- así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas
- o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Pues bien, la Ley 3/2012 introduce varias enmiendas de alcance en este aspecto determinante. De un lado, respecto al primer motivo o causa se perfila el enunciado dado en la versión anterior, de modo que no se remite de forma genérica a lo dispuesto en el artículo 51.2 del ET sino al procedimiento.

De otro, se elimina la opción de la nulidad de los despidos en fraude de ley o abuso de derecho en este ámbito.

En relación con los efectos, la nueva versión precisa ahora, pero es evidente que con ello no hace sino fijar una regla de clarificación, pero sin contenido innovador, que en tales casos el trabajador tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo, en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS.

Es interesante reparar en la cuestión de la nulidad, pues las novedades tienen que ver especialmente con la misma. En este sentido, verificada la concurrencia del grupo de empresas, en el sentido jurídico laboral del término, no en el más laxo sentido jurídico-mercantil, la trascendencia a los efectos de calificación judicial del despido colectivo se concreta por la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 –también de la STSJ de Madrid, 415/2012 de 30 de mayo– en la consideración como nula de la decisión extintiva, por concurrir, en el caso de forma conjunta, las dos causas que, según el artículo 124.9 de la LRJS, justificarían tal calificación:

1. Fraude de la decisión extintiva por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido de forma fraudulenta su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial.
2. Inexistencia de un auténtico y efectivo procedimiento de consultas a raíz de tal situación, por cuanto ni la documentación facilitada a los representantes de los trabajadores, ni el ámbito de la consulta, ni el nivel de información, se han podido ajustar a las exigencias de la normativa.

En efecto, a juicio del TSJ de Cataluña, no solo la documentación entregada y, por lo tanto, los elementos fácticos sobre los que descansa la concurrencia de la causa, adolecen de la no consideración de las circunstancias reales en las que se halla el conjunto de empresas que constituyen el grupo a efectos laborales, sin que por tanto las causas especificadas sean conformes a las exigencias dispuestas en el artículo 51.2 a) del ET. Al mismo tiempo identifica otras insuficiencias del actuar de la empresa que harían inefectivo, por tanto nulo, el procedimiento.

En este sentido, concluye que, incluso sin apreciarse la existencia de un grupo de empresas en el sentido jurídico-laboral como empresario real, procedería calificar el despido de nulo por ausencia de comunicación por parte de la empresa de información sobre la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido y la falta de la necesaria concreción en los criterios de designación de aquellos trabajadores. No bastaría, pues, con evidenciar que cualquiera del total de 41 afectados puede estar afectado, con unos criterios genéricos de designación, pues en tal caso se quebraría el efecto útil del procedimiento de consultas: ni se facilita el acuerdo, fin primordial, ni es posible un intercambio relevante de propuestas a fin de reducir o atenuar sus efectos, que es el objetivo mínimo de tal periodo. Desde esta perspectiva, se reafirma también el valor condicionante del plan alternativo para la efectividad del procedimiento, porque se enfatiza cómo resultaría:

«... imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden verse afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo. Lo que lleva también a una declaración de nulidad *por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.2 del ET* en relación con el artículo 124 de la LRJS» (FJ 5.º).

Además, de nuevo en la línea de intentar devolver parte de la racionalidad jurídica perdida por la regulación laboral tras la reforma, tratando de impedir que lo discrecional devenga en arbitrariedad de poder, considera que:

*«En el marco normativo actual, no existe previsión legal que permita dejar al arbitrio de la representación empresarial la designación sine die de los posibles trabajadores que vayan a ser afectados en el periodo de dos años, debiendo la empresa, por exigencia del artículo 51.4 del ET, proceder a la notificación individual a los trabajadores afectados, una vez finalizadas las consultas, sin que ello exija que la decisión extintiva deba ser efectiva de forma inmediata, por cuanto el propio artículo 51.2 del ET prevé que se puedan ejecutar las fechas del despido en periodos distintos pero no la afectación del mismo».*³⁵

En suma, puede comprobarse cómo a más se empeña el Gobierno, y ahora el legislador, en reducir los espacios para los juicios de valoración, incluso los basados en principios generales y técnicas elementales del Derecho —el fraude de ley, el abuso de derecho, el ejercicio antisocial del poder—, más se resisten los jueces a hacer dejación de su función de control no solo de la adecuada aplicación de las leyes sino también del Derecho. La Sentencia de la Audiencia Nacional —SAN 75/2012, de 25 de junio—, anulatoria del ERE de la empresa Tradisa Logicauto, que quiso aprovecharse indebidamente del cambio legislativo, es una muestra clara de esta tensión continua entre «Ley» y «Juez» por la producción del Derecho Justo. ¿Quién ganará este partido? De momento, la SAN utiliza como fundamento un precepto legal, el artículo 124.9 de la LRJS que, sin embargo, el Parlamento ya ha cambiado con toda intención, eliminando la nulidad por fraude de ley. El próximo movimiento le corresponde al juez, veremos quién gana esta lucha por el Derecho Justo.

e) Especialidades en la demanda individual contra el despido.

Alguna novedad encontramos también en relación con la delimitación del régimen de impugnación individual del despido colectivo. Conforme a la versión originaria, cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, deberá demandarse a los trabajadores beneficiados con tales preferencias y también a los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquellos. La nueva versión precisa ahora que esta legitimación pasiva se condiciona a *«que no se haya impugnado la decisión extintiva... por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo»* —art. 124.13, letra a), segundo párrafo—.

³⁵ En el caso concreto, se constata como hecho probado que, una vez finalizado el periodo de consultas, la empresa en el momento del acto del juicio solo ha notificado a 8 de los posibles 20 trabajadores afectados la decisión extintiva individual, desconociendo la plantilla y sus representantes quiénes serán el resto de los 12 trabajadores afectados por el presente despido colectivo, hecho agravado por la expuesta falta de concreción de los criterios de designación de los trabajadores afectados, según requiere el artículo 51.2 del ET, a fin de posibilitar «su negociación en el periodo de consultas y, en su caso, la ulterior revisión judicial».

4. Procedimiento contencioso-laboral (art. 151.11 LRJS)

En la misma línea de cambios de retorno a la versión originaria, por tanto de cierta marcha atrás, aunque con modulación para adaptarla a la normativa sustantiva revisada, ha de entenderse la reaparición del apartado 11 del artículo 151 de la LRJS, que el RDL eliminó. La reforma gubernamental, ante la supresión de la técnica de la autorización administrativa, quiso eliminar toda huella de la misma en la LRJS y dejó de lado que aún permanecían algunos supuestos en los que la autorización tiene sentido, como es el de fuerza mayor.

Ahora, la versión parlamentaria de la reforma recupera, pero adaptada, claro, la norma derogada. Conforme a la nueva versión, la sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo derivadas de fuerza mayor, conforme al procedimiento del artículo 51.7 del ET, declarará el derecho de los trabajadores a ser reincorporados a su puesto de trabajo. No obstante, es el empleador el que tiene la opción en tales casos a decidirse bien por la indemnización del despido improcedente bien por la reincorporación, debiendo ser ejercida la opción dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia. De optar por la reincorporación debe comunicar la decisión por escrito a los trabajadores e indicarles la fecha de reingreso, que deberá producirse en todo caso dentro de un plazo de 15 días siguientes a la firmeza de la sentencia.

De reincorporarse tiene el trabajador derecho a los salarios de tramitación, en los términos del artículo 123.3 y 4 de la LRJS. Si el empleador no readmite, pese a haber optado por ello, o lo hace de forma irregular, el trabajador podrá instar la ejecución de la sentencia en los 20 días siguientes conforme, en lo demás, a lo establecido en los artículos 279-281 de la LRJS.

En cambio, en el caso de dejarse sin efecto la resolución administrativa por apreciarse lesión o vulneración de derechos fundamentales, los trabajadores tendrán derecho a la readmisión inmediata y al abono de los salarios de tramitación. En tal caso podrán instar la ejecución conforme a los artículos 282 y siguientes de la LRJS.

De haber percibido prestaciones por desempleo en este tiempo se estará a lo que dispone el artículo 209.5 de la LRJS.

5. Microajustes en otras modalidades procesales laborales: procedimiento de conflicto colectivo (art. 153.1 LRJS) y procedimiento de oficio

Como de estricta coherencia técnica es la novedad que presenta, para la modalidad procesal de conflicto colectivo, el artículo 153.1 de la LRJS. Como en el caso de la reforma de la letra h) del artículo 2 de la LRJS, lo que hace la Ley es integrar dentro del ámbito de cuestiones objeto de esta modalidad procesal también las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del ET que afecten a un número igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 del ET. Asimismo, se remite al artículo 124 de la LRJS la impugnación de las decisiones de despido colectivo. No hay novedad.

Asimismo, la versión parlamentaria incluye una novedad en el procedimiento de oficio del artículo 148 b) de la LRJS que no estaba en la versión gubernamental. Conforme a este supuestos se tramitarán por el procedimiento de oficio

«... los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando esta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refiere el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del ET y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad, *dejando en suspenso el plazo para dictar resolución administrativa (...)*».

Ahora se suprime la referencia a la suspensión del plazo para dictar resolución, en la medida en que no hay resolución que dictar, pues ha desaparecido con el RDL.

6. Medios de impugnación y ejecución de sentencias

Por lo que hace a los medios de impugnación no hay más que una novedad y tiene que ver con las referidas enmiendas de mejora técnica. Así, se reforma el artículo 206.1 de la LRJS, relativo al recurso de casación ordinaria, añadiendo un nuevo párrafo conforme al cual:

«... serán recurribles en casación las sentencias dictadas en procesos de impugnación de la resolución administrativa recaída en los procedimientos previstos en el artículo 51.7 del ET».

Más relevante es la novedad que presenta respecto del proceso de ejecución, en especial de sentencias de conflicto colectivo. A la modificación introducida por el RDL en el artículo 281.2 letra b) de la LRJS (auto de resolución del incidente de no readmisión), en coherencia con el cambio introducido respecto de los efectos del despido improcedente –la remisión no es ahora al art. 110 LRJS sino al art. 56 ET–, la Ley ahora introduce una nueva modificación en materia de ejecución de sentencias dictadas en conflictos colectivos, que la nueva LRJS regula en su artículo 247. Concretamente, la modificación afecta al apartado 2 de este precepto procesal y, como la del RDL obedece a causas de estricta coherencia técnica, por cuanto lo que ahora se hace es extender esta forma de ejecución también a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos –acuerdos– que se produzcan en relación con la suspensión o reducción de jornada, conforme al artículo 47 del ET y no ya solo, como sucedía antes, en los supuestos de movilidad geográfica, o modificación de condiciones sustanciales de trabajo, de carácter colectivo.

IX. «PROMESAS DE UN FUTURO MUCHO MÁS SOLIDARIO»: MEJORAS ACTUALES Y PROGRAMADAS DE POLÍTICA DE EMPLEO

1. Persistiendo en «políticas activas de empleo» ineficientes y obsoletas: viejos programas, nuevas bonificaciones sociales

En el modelo originario y, si acaso, más creíble aun siempre incierto y ambiguo, de «flexibilidad» («flexicurity»), las medidas de flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales se corresponden siempre con una doble contrapartida, que realmente implica un desplazamiento del coste de aquellas a los poderes públicos: de un lado, la potenciación de las «políticas activas» y de los «servicios –públicos y privados–» de empleo, de otro, el reforzamiento de la protección social. La reforma laboral 2012 deja, sin embargo, completamente relegada esta doble dimensión, manteniendo el mis-

mo marco regulador, ya obsoleto y prácticamente derogado, junto a una muy importante reducción del presupuesto de las políticas activas de empleo.

Tan sonora es esta ausencia de una de las contrapartidas necesarias para que esta reforma laboral fuera mínimamente fiable y eficaz, que las dos organizaciones de carácter internacional líderes del «gobierno de la economía» que ha impuesto este tipo de reformas, el FMI y el Consejo Europeo, coinciden en indicar la importancia de avanzar en una revisión profunda de las políticas activas de empleo. En este sentido, el FMI ha considerado, como una «condición de éxito de la reforma», que «*la revisión prevista de las políticas activas de empleo es bienvenida*» (punto 18 de la Recomendación). En el mismo sentido, pero con más contundencia, la Comisión y el Consejo Europeos han recomendado (recordado-mandado) a España que, para «abordar plenamente el reto» de una «reforma global del mercado laboral», la reforma «*debe complementarse con una revisión más a fondo de las políticas activas del mercado de trabajo, a fin de mejorar la empleabilidad y la puesta en relación de las ofertas y las demandas de empleo*» (Recomendación del Consejo número 12, pág. 5).

El Parlamento no ha hecho completamente «oídos sordos» a esta «indicación» y han aprovechado la tramitación para incluir algunas referencias a estas exigencias. Ahora bien, como se dijo al inicio de este estudio, este bloque de novedades, pese a su apariencia creada por la extensión formal, representa, en el plano cualitativo, un apartado menor en el «relato reformador», apenas unos «versos sueltos» —como ya se ha indicado respecto de algunas normas de mejora de protección—, en ocasiones como escaso premio a la pretensión, más ambiciosa en su planteamiento pero frustrada en su realización final por el rodillo del relato de la mayoría parlamentaria, de los grupos parlamentarios minoritarios, en otras, las más, como un vía aprovechada por el grupo parlamentario dominante para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con ciertos colectivos y leyes recientes —por ejemplo es el caso de las personas con discapacidad, y de las víctimas de violencia terrorista—, por lo que tiene un sentido más «humanitario» que de mejora social sustancial.

Por eso, entiendo que no merece la pena detenerse en el comentario extenso de la mayor parte de estos temas, cuya exposición de síntesis ya se hizo en el epígrafe II. Aquí, me limitaré a dar cuenta con algún detalle de las novedades que he considerado más relevantes. Por eso, solo recordaré las enmiendas que *pretenden recuperar ciertos espacios competenciales perdidos por parte de las autonomías* —art. 1; disp. trans. 1.^a y nuevos apartados 2 y 3 de la disp. final 12.^a—. O los programáticos compromisos de modernización o renovación profunda, pero futura, del marco regulador de las políticas de inclusión de las personas con discapacidad —disp. final 12.^a, apartado 3; disp. final 16.^a— y en exclusión social —disp. adic. 12.^a de la Ley—.

Como compromiso de futuro es el anuncio de una nueva reforma del régimen jurídico-social del *Servicio del Hogar Familiar*, pese a haber sido renovado con gran intensidad en el 2011 y a resultas del balance que se haga del mismo, sobre todo a partir del 2 de julio, cuando haya culminado el plazo para la inclusión de ese personal en el nuevo sistema especial del Régimen General de la Seguridad Social que se crea —así aparece en la disp. adic. 10.^a de la Ley—. Un doble esquema de regulación programática —anuncio de balance aplicativo (evaluación)— y compromisos, a resultas de aquel, de renovación normativa (programa de modernización reguladora), que aparece con carácter general, en esa cláusula de cierre que supone la remisión obligatoria, ya recurrente como se dijo —desde la Ley 43/2006, pero sobre todo desde la Ley 27/2009—, pero hasta ahora fallida, a una política de evaluación de todas las medidas y, en consecuencia, a partir de ahí, incluyendo la publicidad

de todo ello en la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, reiniciar –continuar más bien– el programa –relato– reformador –disp. adic. 14.^a y 15.^a de la Ley–.³⁶

Buena prueba del limitado eco que tiene esta política de evaluación es que, en los casos en que se ha hecho, y bien, apenas se le hace caso, como sucede respecto del régimen de incentivos o estímulos a la creación de empleo. A este respecto, pese a que la Comisión Europea le ha reprochado a la reforma que sigue apostando mucho por una fórmula fallida, los estímulos a la contratación, se persiste en ello. De ahí la nueva *bonificación para estimular nuevas altas en el RETA de familiares, incluida la pareja de hecho*,³⁷ que colaboren con el autónomo (disp. adic. 11.^a), o para *fomentar la prolongación en ciertos meses del periodo de actividad de los fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería* –disp. adicional 12.^a de la Ley–, que son los que siguen manteniendo la cara en esta difícil coyuntura, cuando otros –la construcción– se han desplomado.

2. El programa de equiparación en materia de empleo de las víctimas de violencia terrorista con las víctimas de violencia de género

En este mismo ámbito de política de derecho del empleo debe situarse el amplio programa de reformas orientadas a equiparar el tratamiento de las personas víctimas de terrorismo con las víctimas de violencia de género, a raíz de la aprobación para estas, de un estatuto de protección integral análogo al de aquellas. Por eso merece la pena detenerse brevemente en exponer el cuadro de cambios a tal fin. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, a partir de esta reforma, el colectivo referido se convierte en uno de los más prioritarios en los programas de empleo. Entre las medidas más relevantes a tal fin, destacamos aquí:

- a) Su inclusión como un colectivo preferente, al mismo nivel que las mujeres víctimas de la violencia de género, y de las personas con discapacidad –en el plano biológico, y en el plano social (en situación de exclusión social)–, a fin de mejorar sus «oportunidades de inserción ocupacional» por ser un «colectivo con especiales dificultades» a tal fin [modificación de la letra f) del art. 25.1 LE a través de la disp. final 10.^a, apartado uno de la Ley].

A fin de introducir certeza en torno a qué ha de entenderse por tal colectivo a tales fines de políticas activas de empleo, la nueva disposición adicional 9.^a de la LE, que incluye en este

³⁶ Si no fuese por la seriedad del problema de fondo esta disposición genera una completa hilaridad. Dejando a un lado que no se señala claramente si por «indicadores del mercado de trabajo» son solo los cuantitativos, o también los cualitativos, parecería poco serio solicitar un informe de este tipo sin más objetivo que «colgarlo en internet» para conocimiento generalizado. Evidentemente un informe de este tipo no tiene razón de ser si no es para promover, en sede parlamentaria, y a través del diálogo social, una reflexión de conjunto y realizar las correcciones necesarias. Pero si se trata tan solo de tener una información estadística disponible para todos difícilmente se legitima una disposición programática de este tipo.

³⁷ «2. A efectos de lo establecido en el apartado primero, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca la legislación específica».

cuerpo legislativo la disposición final 10.^a, apartado dos, remite de modo expreso a la definición que aporta el artículo 34 de la Ley 29/2011, de 22 de diciembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Conforme a este artículo 34 («políticas activas de empleo»), que es, a su vez, objeto de modificación –apartado cuarto disp. final 14.^a–. Las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos a causa de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad durante al menos dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos, tendrán derecho, de conformidad con el artículo 3 bis y previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia firme, a ser beneficiarios de las medidas de políticas activas de empleo previstas en la legislación específica.

- b) Es colectivo preferente para las bonificaciones de contratos temporales, en los mismos términos que para las personas con discapacidad, en situación de exclusión o víctimas de violencia familiar (art. 1.2 Ley 43/2006).

Como es sabido, esta técnica de incentivo económico del empleo asalariado presenta un carácter excepcional, pues la orientación dominante, al menos en un plano oficial o formal, de la política activa es el empleo indefinido –así se recoge en el artículo 1.1 del referido precepto de la citada ley de fomento de empleo–. No obstante, para los colectivos con una prevalencia mayor del desempleo se sigue previendo la legitimidad de tales medidas, aunque se constate su fracaso.

- c) Se añade un nuevo apartado 4 bis al artículo 2 de la Ley 43/2006 para establecer la cuantía concreta de aquellas bonificaciones, diferenciando según se trate de contrato indefinido o temporal.

Así, para los empleadores que contraten indefinidamente a personas víctimas de terrorismo, sin que se exija la condición de desempleado, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial o, en su caso, por su equivalente diario, de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante cuatro años por trabajador contratado. La cuantía es inferior a la prevista para las personas con discapacidad –375 euros, o 425 euros al mes para ciertos colectivos con discapacidad más severa–, pero superior a la prevista para otras víctimas de violencia –70,83 euros al mes–. Estas bonificaciones serán de aplicación igualmente para los casos de transformación del contrato temporal en indefinido. Por lo que hace a las bonificaciones para la contratación temporal, sí se equiparan las cuantías para todas las personas víctimas de violencia, sea cual sea la modalidad –de género, doméstica o de terrorismo– en relación con la bonificación por contrato temporal –50 euros/mes– durante toda la vigencia del contrato.

- d) Derechos laborales de las víctimas de terrorismo: reconocimiento y garantías.

Dentro del nuevo estatuto de protección integral de las víctimas de terrorismo, el artículo 33 de la Ley 29/2011, modificado para incluir expresamente la delimitación de aquel colectivo, ordena el apartado dedicado a los derechos laborales. Tales víctimas tendrán igualmente derecho a la «reordenación de su tiempo de trabajo y a la movilidad geográfica». A tal fin, en primer lugar, se delimita quiénes son las víctimas que se tienen como titulares activos de estos derechos. Para ello se incorpora una nueva disposición adicional 22.^a al ET, relativa a la «consideración de víctimas del terrorismo a efectos laborales».

En ella se remite para la atribución de tal titularidad de derechos laborales a las personas referidas no en el artículo 34 de la Ley, a efectos de políticas activas de empleo, sino en los artículos 5 «amenazados» y 33 de la Ley 29/2011.³⁸

En segundo lugar, para hacer efectivo el referido derecho de adecuación del tiempo de trabajo a la necesidad de protección integral de la víctima de terrorismo se modifica el artículo 37.7 del ET. Este cambio tiene como efecto incluir, junto a las víctimas de violencia de género, a las víctimas de terrorismo, como titulares del derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Estos derechos, cuya finalidad es contribuir a hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, esto es, una garantía de efectividad de tal derecho, se podrán ejercitar en los términos que para tales supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados.

En suma, no se trata de derechos de ejercicio directo e inmediato, en beneficio del interés de su titular, sino que exigen la mediación de un pacto de autonomía privada, ya sea colectivo ya individual. Ahora bien, de no mediar tal acuerdo, la concreción de su ejercicio le corresponde, como es sabido, según se prevé con carácter general, a la persona víctima de la violencia —originariamente solo de género—, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado 6, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias, que remite al procedimiento judicial del artículo 139 de la LRJS.

El problema reside, como también se conoce, en que el RDL modificó un aspecto importante de dicho régimen.

Así, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada corresponderá al trabajador, sí, pero ahora se precisa, de un lado, que «dentro de su jornada ordinaria». Con lo que sin duda se reduce la flexibilidad puesta a disposición del trabajador con antelación al cambio. De otro, se prevé que los convenios puedan «establecer, no obstante, criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada». Para ello atenderán, claro está, a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador —en el caso aquí analizado a la situación psicofísica de la víctima de terrorismo—, pero también se dice, conforme al principio de rendimiento o de defensa de la productividad que anima toda la reforma, atendiendo a «las necesidades productivas y organizativas de las empresas». Finalmente, y respecto al plazo de preaviso, se dice que el trabajador, «salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de 15 días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada».

³⁸ El artículo 5 de la Ley 29/2011 entiende por «amenazadas» a todas las «*personas que acrediten sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas*», respecto de las cuales se predica «especial atención, en el marco de sus competencias, por parte de las Administraciones Públicas». Por su parte, el artículo 33 de la Ley 29/2011 remite al artículo 4.1 del mismo cuerpo legal, según el cual son titulares de los derechos y prestaciones de la ley «*Las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista y que, a los efectos de la Ley, son consideradas como víctimas del terrorismo*». El artículo 3 de la Ley 29/2011 define la acción terrorista «*como la llevada a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*».

Es evidente que la diferente naturaleza de los derechos y situaciones en juego nos exige una interpretación adaptadora, dando mayor relieve a la protección integral del interés esgrimido por la víctima que al interés de la organización, sin perjuicio de que sea siempre exigible una ponderación conforme al juicio de razonabilidad. Un juicio inherente al principio jurídico de proporcionalidad, de vigencia inexorable en este tipo de conflictos entre derechos e intereses constitucionalmente protegidos.

En tercer lugar, por lo que concierne al también referido derecho a la movilidad geográfica, se modifica el artículo 40.3 bis del ET a fin de incluir, de nuevo, a las víctimas de violencia terrorista como titulares de derechos de preferencia otorgados a las mujeres víctimas de violencia de género. De este modo, también a las personas víctimas de terrorismo se les reconoce, como a las víctimas de violencia de género, una preferencia a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, cuando la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo y siempre que con ello se contribuya a hacer efectiva su protección integral ante situaciones en las que las víctimas se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde lo venían prestando. En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa estará obligada a reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores. Finalizado este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo, decayendo en este caso aquella obligación de reserva.

3. La política de protección de la continuidad del empleo de los trabajadores de mayor edad

3.1. Otra vuelta a la «Enmienda Telefónica» y el control de los despidos de mayores en empresas con beneficio: ¿«pagando justos por pecadores»?

Entre las políticas activas de empleo ocupan un lugar especial las orientadas no ya a la creación o fomento de nuevo empleo, sino al mantenimiento del existente. Desde una perspectiva laxa, toda la reforma, orientada a mutar –solo en el relato formal o en el discurso oficial, no así en el real, en el sociológico– el modelo de ajuste vía empleo por el ajuste vía (reducción-devaluación) condiciones de trabajo, responde a este fin. Ahora bien, en la Ley, como en el RDL, hay una disposición final 4.^a que, ahora con un contenido remozado y más amplio, reza: «medidas para favorecer el mantenimiento de empleo de los trabajadores de más edad». Como también recuerda en repetidas ocasiones la Comisión Europea, en las evidenciadas recomendaciones, esta materia debe enmarcarse dentro de una política mucho más amplia, integrada por la conocida «Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)».

Esta Estrategia pretendía convertirse en la hoja de ruta que orientara la actuación de las Administraciones públicas respecto de las medidas dirigidas al colectivo de trabajadores de 55 o más años y coincide su vigencia con la de la Estrategia Española de Empleo. En ella se establecen cuatro objetivos generales:

- a) Elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de este colectivo.
- b) Favorecer el mantenimiento en el empleo para prolongar su vida laboral.
- c) Mejorar las condiciones de trabajo, sobre todo en seguridad y salud laboral.
- d) Promover su reincorporación al mercado de trabajo, asegurando una adecuada protección social durante su situación de desempleo.

Sin embargo, frente a este relato oficial del modelo de relaciones laborales que se perseguiría, nos encontramos el real, aunque a menudo ocultado, con complicidad de todos, o aceptado por todos, como se quiera. Este relato realista evidencia que una parte determinante de la reestructuración empresarial de las empresas de mayores dimensiones, y también de mayor solvencia económica y rentabilidad, se ha basado en la inclusión de trabajadores de 50 años o más –en algún tiempo incluso con menor edad– de forma masiva en los procedimientos de regulación de empleo, contando con el «silencio» que supone garantizarles un régimen favorecido o privilegiado de protección económica –combinación de complementos, prestación por desempleo y facilidades de acceso a la jubilación, como culminación de esta singular «carrera de inactividad precoz, voluntaria y fomentada –premiada–». La modernización ha pasado, pues, por la reducción drástica y el rejuvenecimiento de plantillas.

Sin remontarnos más en los precedentes, muchos y contradictorios, lo que aquí interesa evidenciar es que el RDL ha intentado poner coto a esta instrumentación de recursos de la Seguridad Social para la satisfacción de intereses eminentemente privados. Una situación contradictoria –aun en un contexto general de conversión en deuda pública de la deuda privada– por ser beneficiarias empresas con beneficios. Para ello incluyó retoques orientados a hacer más gravoso para la empresa este recurso en el régimen introducido a tal fin por la Ley 27/2011 –disp. adic. 16.^a–, a través de la conocida «*Enmienda Telefónica*», por haber sido el uso de esta empresa el que generó una mayor alarma social, al anunciar de manera simultánea beneficios de miles de millones de euros al tiempo que presentaba un ERE que afectaba –afecta– a miles de trabajadores.

Pues bien, la reforma laboral aprobada por el Congreso amplía notablemente el campo aplicativo de este régimen de aportaciones –o retornos– al Tesoro Público. Así, ahora se incluye a las **empresas con al menos 100 trabajadores**, en vez de los 500 previstos originalmente, siempre que hagan despidos colectivos en los que se incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad. Ciertamente, puede pensarse que tampoco son tantas empresas si, como nos recuerda el preámbulo –en esta ocasión con verdad–, tales empresas apenas representarán algo más del 2 por 100 del total. Ahora bien, téngase en cuenta que ese número no se mide por empresa aislada, sino atendiendo al «grupo de empresas» al que pertenece, cuya suma total sea de al menos 101 trabajadores. Y el problema reside en que no se define el grupo, luego puede ser el jurídico-laboral –más restrictivo– o el jurídico-económico –mucho más amplio–.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el presupuesto fundamental para incurrir en esta aportación, cuyo montante final puede ser de gran envergadura y condicionar claramente la viabilidad de la medida de reducción de plantilla por esta vía, es el que se constate *haber tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores* a aquel en que el empresario inició el procedimiento de despido colectivo. Este aspecto no ha sido modificado, como tampoco, salvo naturalmente para incluir el nuevo umbral mínimo, la escala prevista para aplicar el tipo aplicable, cuya fijación se hace atendiendo a un doble criterio, el número de trabajadores de 50 o más años que se vean afectados y el porcentaje de beneficios de

la empresa sobre los ingresos –apartado 4 de la disp. final 4.^a, uno de la Ley–. Por lo tanto, parece claro que el objetivo es desincentivar la inclusión de personas mayores de edad en el *ERE*, pues a más personas de las «protegidas» mayor será el tipo aplicable.

Ciertamente, el rigor que puede llegar a alcanzar en tales casos a empresas de menores dimensiones –pero siempre dentro de las incluidas, claro–, ya ha llevado, también aquí, a consultoras y despachos de cierto relieve a promover estrategias alternativas a fin de reducir el impacto de este régimen de desincentivo del recurso a reajustes de plantilla si se está en el presupuesto legal –beneficios económicos en dos años anteriores–. Se esgrime a favor de estas tácticas de elusión que, de no hacerlo así, vería neutralizada la prometida flexibilidad extintiva por esta vía. En todo caso, ya se ha dicho que el recurso a tales procedimientos se ha multiplicado tras la entrada en vigor de la reforma, luego no parece significar una gran barrera.

La segunda novedad que presenta la Ley respecto de la versión originaria, y que se ha de enmarcar en la misma dirección de agravar los costes de los despidos de este tipo si ha habido una trayectoria reciente de beneficios, es la de incluir también en la obligación de aportación al Tesoro Público *cuando se haya acudido a regulaciones temporales de empleo –ERE suspensivos–* y afecten, como es natural, a trabajadores de 50 o más años de edad–, antes de la extinción de contratos de trabajo. Esta norma sí que presume que pueda haber situaciones elusivas e incluye a cualquier modalidad de extinción del contrato de trabajo, por tanto no solo colectivos, siempre y cuando no haya pasado «más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador» –según el nuevo apartado 8 incluido en la disp. adic. 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en la redacción dada por la referida disp. adic. 4.^a, uno de la Ley de reforma laboral–.³⁹

3.2. «Más a vueltas» con la prohibición de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: la técnica de la «puerta giratoria»

Pero puestos a ajustar cuentas con el pasado –en unas ocasiones para intentar liquidarlo (la feroz crítica del «despido exprés», aunque luego sea dudoso que «muriera» realmente); en otras para «recuperar la memoria» y darle vida actual– sorprende aún más que la versión parlamentaria incluya una nueva medida pretendidamente de favor hacia la continuidad en el empleo de los trabajadores que alcancen la edad ordinaria de jubilación. En efecto, convertido ya más que en un «micro-relato» en un auténtico culebrón, el nuevo apartado dos de la disposición adicional 4.^a de la Ley da nueva redacción a la disposición adicional 10.^a del ET, relativa a las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y que tenía una nueva redacción, conforme a lo dispuesto también por la Ley 27/2011. En su nuevo enunciado puede leerse la siguiente prohibición:

«Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento... del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas.»

³⁹ En todo caso, para el cálculo de la aportación económica se tomará en cuenta el importe de las cantidades realizadas por el SPEE, según el apartado 2 de la disposición adicional –importe de las prestaciones por desempleo, incluidos subsidios–, «durante los periodos de aplicación de medidas de regulación temporal de empleo previos a la extinción, incluidos, en su caso, los que pudieran corresponder en concepto de reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo...».

La regulación que ahora se deroga tenía un sentido opuesto, favorable a esta opción de política convencional de empleo basada en el reparto solidario del empleo entre generaciones de trabajadores. Así, se reconocía la potestad de los convenios colectivos para establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que cumplieren dos requisitos:

- a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

Este requisito, relativo a la vinculación directa de la cláusula convencional con una medida de política de empleo, se incluyó en la redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio, singularmente dedicada a restablecer la vigencia de este tipo de cláusulas, que habían desaparecido del ET con la reforma de 2001 (primero con el RDL 5/2001 y luego con la Ley 12/2001, que «ratificaría esta derogación»), y desde tal momento ha permanecido invariado. Esta condición es la exigida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –art. 14 en relación con los artículos 35 y 40 CE (SSTCO 22/1981 y 58/1985)– y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –directiva– para dar validez a estas cláusulas, en otro caso contrarias a la prohibición de discriminación por razón de la edad.

- b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización *que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por 100 a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión*, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Este requisito es fruto de la modificación introducida en la redacción inicial, dada por la citada Ley 14/2005, a través de la disposición adicional 36.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Si anteriormente se exigía que tuviera cubierto el periodo mínimo de cotización, o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, ahora se precisa que aquel periodo mínimo le debe permitir obtener un porcentaje mínimo de un 80 por 100 de la base reguladora. Aunque esta modificación está en vigor desde la publicación de la Ley 27/2011 –recuérdese que con carácter general entra en vigor a 1 de enero de 2013–, se habilitaba al Gobierno para demorarla «por razones de política económica».

Ahora, sin embargo, vuelve a derogarse, siguiendo una típica técnica de «puerta giratoria» tan extendida en la Ley 3/2012, pero en esta ocasión no obediente a las deficiencias de la versión gubernamental, sino a una diferente opción discursiva del Parlamento. Por lo tanto se reabrirá el debate que ya se tuvo en 2005. La opción es tanto más criticable cuando se constata que ya se había conseguido cierta estabilización, tanto en la práctica convencional como en la jurisprudencia, que habría sabido decantar una comprensión realmente equilibrada y transaccional, alejada de los extremos –cláusula sí, sin apenas condiciones, cláusula no, aunque tenga condicionantes–. De nuevo aparecerá la tensión o pugna entre el poder legislativo y el poder convencional, ahora en un escenario en el que aquel ha decidido prescindir en buena medida de este.

Una vez más removiendo arenas del pasado, hay que recordar que el argumento para su desaparición se situó por el Gobierno-legislador de 2001 –también del PP– «*en el entendimiento de que dicha disposición estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas*». Aunque esa derogación no estaba en ningún momento acompañada de otras medidas legales que invalidaran de forma automática, o que imposibilitaran, este tipo de cláusulas de los convenios colectivos a la vista del poder originario de regulación reconocido y garantizado por el artículo 37.1 de la CE a los convenios, el Tribunal Supremo interpretó, en síntesis, y también tras haber sufrido su jurisprudencia una radical metamorfosis, que la norma legal tenía el valor de «norma legal habilitante de la negociación colectiva en esta materia». Por tanto, en su ausencia, no era posible establecer en los convenios colectivos cláusulas con esta finalidad, con lo que se generó un notable disgusto en los interlocutores sociales y una significativa inseguridad jurídica en la negociación colectiva. Por esas razones, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas solicitaron al Gobierno –ya del PSOE– que promoviera una reforma normativa que dotara de legitimidad cierta a la negociación colectiva. Esa fue la misión de la referida Ley 14/2005, de 1 de julio.

Con ella se pretendía conciliar de forma equilibrada los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos vinculados a una política de reparto del empleo, en especial en un tiempo en el que se vuelve a dibujar como un bien muy escaso. De este modo, se superaba tanto la posición jurisprudencial de finales del siglo XX, que legitimaba casi cualquier cláusula convencional de este tipo, como la pendular que prohibía, a principios del siglo XXI, cualquier cláusula de tal guisa. En el primer plano, se protegía tanto la libertad individual de trabajar hasta un tiempo razonable cuanto las expectativas de los trabajadores para acceder en buenas condiciones a la jubilación. Conforme a la interpretación efectuada, entre otras, en las SSTS, Sala 4.^a, de 11 de abril de 2011 (rec. núm. 1600/2010) y 3 de mayo de 2011 (rec. núm. 3594/2010), en relación con la invocada jurisprudencia comunitaria en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE (SSTJUE de 12 enero de 2010, asunto C-341/08 –Petersen–, y de 18 noviembre de 2010, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09 –Georgiev–), la Sala entiende, en relación con el precepto del convenio colectivo de AENA con los controladores aéreos –cuyo régimen laboral de excepción fue premonitorio de toda la devaluación posterior (pero claro, como la cita de Brecht, ninguno éramos entonces –ni ahora– controladores)– que:

- a) La profesión del demandante, controlador aéreo, es una «actividad de gran responsabilidad por el riesgo de graves accidentes que provoca gran estrés...»;
- c) El Acuerdo de 24 de febrero de 2000, por el que la AENA se obliga a dotar un plan de pensiones que asegure al controlador la totalidad de sus retribuciones al tiempo de la jubilación.
- d) En el referido convenio colectivo existen concretas cláusulas que fomentan la contratación en prácticas y la relación laboral indefinida (arts. 2 y 3), así como la estabilidad en el empleo prohibiendo la reducción de plantilla (acuerdo 14.^o), concediendo al trabajador la opción para optar entre la indemnización y la readmisión en caso de despido improcedente (art. 28) y excluyendo la posibilidad empresarial de extinción contractual en los supuestos de merma de la capacidad operativa (art. 27.2) o de ineptitud sobrevenida (art. 162).

- e) La demandada ha contratado a un total de 930 controladores aéreos, 173 en prácticas, luego convertidos en contratos indefinidos, y se han jubilado forzosamente por edad en dicho periodo un total 182.

Esta solución transaccional es la que se entendía más acorde con la situación del mercado de trabajo y la regulación vigente de la jubilación en España en 2005. ¿Qué ha cambiado? Como es sabido, no la contradicción de una política de prolongación extrema de la edad de jubilación que convive con otra que tolera prejubilaciones a los 50 años, si bien las compensa con exigencias de aportaciones económicas adicionales, sino la gran presión externa –internacional y de mercado– contra los sistemas de pensiones, de modo que la sostenibilidad pasa por la reducción de las pensiones de jubilación. Una vía para ello es la continuidad en el puesto de quienes puedan sostenerse en él. Por lo que aquí respecta, la principal novedad de esa norma es el retraso de la edad de jubilación 2 años, pasando de 65 a 67 años.

No es momento de entrar en un estudio en profundidad de esta reforma en su dimensión de política del derecho. Pero no podemos dejar de reflejar los excesos de ideología que concurren de nuevo en este tipo de reglas, pues no hay una solución única o ideal, como prueba el que en Francia hayan vuelto a los 60 años. Aquí seguimos disciplinadamente –como en otros tantos ámbitos– el modelo alemán, así como el neerlandés. Ambos países líderes de la política de austeridad –«fíeles» a su fervor luterano y/o calvinista– retrasan la edad de jubilación de 65 a 67 años, pero la aplicación es mucho más gradual.

Como ha constatado recientemente la OCDE, los 65 años se mantienen como la edad típica en la que la gente normalmente obtiene sus pensiones en 17 –la mitad– de los países de la OCDE en el caso de los hombres y 14 de las mujeres. Sin embargo, **los 67 –o más– se están convirtiendo en la media.**⁴⁰ El motivo es, como siempre, económico: las previsiones que barajan los técnicos es el ahorro de unos 5.000 millones de euros por cada año que se retrase la jubilación (medio punto del PIB). Además de ese ahorro, lo que se persigue es retrasar la actual edad media de jubilación, que está en los 63,5 años. Una edad que viene facilitada por diversas medidas, entre otras la ausencia de incentivos reales a la continuidad en el empleo, pues, entre otros aspectos, sabido es que las pensiones están topadas en nuestro sistema, lo que significa que no resulta un buen negocio esperar al final de la edad de jubilación, pues con menor edad se puede conseguir, no obstante los coeficientes reductores, el máximo previsto.

De nuevo, la OCDE recomienda incentivar las pensiones privadas, incluso con carácter obligatorio, porque prevé que en el futuro se reducirán los beneficios de los sistemas públicos. Los trabajadores actuales y los del futuro tendrán que trabajar más tiempo antes de retirarse y tendrán pensiones públicas inferiores, en torno al 25 por 100. Lo que confirma que tampoco eran realistas las aseveraciones que hacía el anterior Gobierno en relación con la reforma, de la que se negaba produjera recorte alguno. Así, se garantizaba que las prestaciones serían más altas en 2027, fecha en la que entrarán plenamente en vigor estos aspectos de la reforma.⁴¹

⁴⁰ Informe «Perspectivas de las Pensiones» 2012. En <http://www.oecd.org/dataoecd/23/9/50560110.pdf>

⁴¹ A partir de 2027 quienes quieran jubilarse a los 65 tendrán que haber cotizado 38,5 años. **En 2013 será necesario tener 65 años y un mes para poder jubilarse**, pero no tendrán que sumar ese mes quienes acumulen en ese momento un total de 35,5 (35 años y seis meses) de años cotizados. **El retraso de la jubilación será de un mes más por año transcurrido hasta 2018**, que se incrementara **en dos meses a partir de este año hasta 2027**. Mientras, por cada dos años transcurridos habrá que sumar seis meses más de cotizaciones necesarias a los 35 años (que permiten jubilarse con el 100% de la base reguladora) para jubilarse a los 65. Se ha introducido un **factor de sostenibilidad** para actualizar el sistema, de tal manera que a partir de 2027 se revisará la evolución de la esperanza de vida cada cinco años para «hacer los ajustes» necesarios.

La disposición transitoria 15.^a establece un régimen transitorio para las cláusulas de los convenios colectivos relativas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Conforme a su apartado 1, el nuevo régimen incluido en la disposición adicional 10.^a del ET por la versión parlamentaria de la reforma se aplicará a todos los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de la Ley (8 de julio de 2012). Para los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, la aplicación se realizará en los siguientes términos:

- Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de tales convenios se produzca después de la entrada en vigor de la ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización.
- Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de la ley, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha.

En suma, de nuevo seguimos la ley del péndulo, o una prohibición radical o una libertad plena. Habría que preguntarse para cuándo una legislación a estos efectos en que prime el interés social y la racionalidad, promoviendo regulaciones estables en las que se indique con coherencia, certeza y continuidad los necesarios equilibrios entre los intereses en juego, entre los que deben estar los relativos a políticas favorables al empleo de personas desempleadas más jóvenes articuladas, por qué no, a través de los convenios colectivos.

4. Una nueva reforma des-localizada y de recorte: la integración de lagunas de cotización en las pensiones de jubilación

Sin embargo, la ideología de la austeridad y las políticas de recortes de pensiones se sigue imponiendo. En la *Recomendación del Consejo sobre el Programa Nacional de Reformas de 2012 de España*,⁴² considerando 9, queda plasmada esta cuestión, evidenciando la conexión entre la reforma de las pensiones, la reducción del déficit público y la contribución de la reforma del mercado de trabajo. En este sentido, a través de una enmienda en el Senado, el Parlamento ha dado una vuelta de tuerca más –sí, en este estudio ya debe ser la enésima vez que aparece este término, pero es una cuestión de coherencia con el relato de la realidad normativa impuesta– a la reforma de pensiones y el atraso de la edad de jubilación, poniendo de manifiesto que, una vez más, vamos por el buen camino, pero no vamos lo suficientemente rápido, por lo que si no se intensifican estos cambios –retraso de la edad de jubilación todavía más–, la reforma de las pensiones puede diluirse ante el deterioro «de las perspectivas de la economía española».

En efecto, ahora a través de la nueva disposición final 20.^a de la Ley de reforma, se modifican otros preceptos de la citada Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a fin de «clarificar» el régimen de cómputo de las bases reguladoras de la pensión de jubilación –también de la de incapacidad permanente– cuando haya lagunas de cotización. Como se sabe, esta ley introduce importantes cambios en el sistema de pensiones, sobre todo

⁴² *Op. cit.*, pág. 4.

en relación con la edad para acceder a la edad de jubilación, con el objetivo de fomentar un retraso de la misma hasta los 67 años. Aunque la reforma es compleja y evidencia novedades de diferente signo, unas de indudable empeoramiento de tutelas en aras de una mayor proporcionalidad del sistema, como exigencia básica de sostenibilidad financiera del sistema, y otras de mejora de la protección –por ejemplo en relación con las personas que ejerzan sus derechos de conciliación, garantizando la continuidad de las carreras de seguro–, el aspecto más conocido socialmente de la misma es el citado tránsito desde la edad de 65 a la de 67 años como tiempo de jubilación «normalizada». Eso sí, tras un largo periodo transitorio. Pues bien, como también se anticipó, ya empiezan a evidenciarse voces críticas con esta reforma y se promueve una revisión, aún más restrictiva, claro.

Sea como fuere, la citada disposición final 20.^a, de un lado, da nueva redacción a la letra b) del apartado 1 del artículo 140 de la LGSS, relativo al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. Conforme a la nueva redacción, al resultado obtenido en razón a lo establecido en la letra a) de este apartado, se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del artículo 163 de la LGSS. A tal efecto se considerarán como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por 100. Sobre la base reguladora así calculada se aplicará, para obtener la cuantía de la pensión, el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido. Aquí el cambio es meramente de redacción, sin novedad jurídica.

De otro, da nueva redacción al apartado 4 del artículo 140 de la LGSS. En la versión anterior a la modificada, si en el periodo que hubiese de tomarse para calcular la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas debían integrarse de acuerdo con estas reglas:

- a) Primera. Si durante *los 36 meses previos* al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de 24, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.
- b) Segunda. Las *24 mensualidades con lagunas más próximas* al periodo al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.
- c) Tercera. El resto de mensualidades con lagunas de cotización se integrarán con el 50 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.

Según el nuevo tenor, que sí implica una novación del régimen previsto antes de esta reforma, la regulación se simplifica notablemente. Las tres reglas que da son las siguientes:

- a) *Las primeras 48 mensualidades* se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento.
- b) El resto se integrarán con el 50 por 100 de dicha base mínima.
- c) En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para tal cómputo la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo –cotización parcial–, procederá la integración señalada *solo por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar*, pero solo si la base de cotización propia del primer periodo no alcanza la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía –esta regla es idéntica a la anterior a la reforma–.

Finalmente, ya en relación con el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, se da también nueva redacción al apartado 1 del artículo 162 de la LGSS. Como es sabido, este precepto regula el modo de calcular la base reguladora de tal pensión atendiendo, como se ha visto para la pensión de incapacidad permanente, a que haya o no lagunas de cotización. La novedad que presenta este precepto es, por lo tanto, idéntica a la apenas comentada para aquella pensión, pues coincide el modo de cálculo de ambas pensiones. En consecuencia, respecto del modo de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, la fórmula queda como estaba: será el cociente que resulte de dividir, por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante –esta regla se mantiene invariada–.

El cómputo de estas bases se realizará conforme a las siguientes reglas, cuya expresión matemática refleja el propio precepto y que se mantiene inalterado. A saber:

1.^a Las bases correspondientes a los 24 meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal.

2.^a Las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo desde el mes a que aquellas correspondan, hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el periodo a que se refiere la regla anterior.

$$B_r = \frac{\sum_{i=1}^{24} B_i + \sum_{i=25}^{300} B_i \frac{I_{25}}{I_i}}{350}$$

Siendo:

B_r = Base reguladora.

B_i = Base de cotización del mes i -ésimo anterior al mes previo al del hecho causante.

I_i = Índice general de precios al consumo del mes i -ésimo anterior al mes previo al del hecho causante.

Siendo $i = 1, 2, \dots, 300$

En cambio, donde encontraremos los cambios es en relación con el cómputo de los periodos en que se presenten lagunas de cotización. A tal fin, se reproduce, como se ha dicho, las mismas reglas que para este caso en la pensión de incapacidad permanente.

Recuérdese que el sistema queda como sigue, diferenciándose la escala según las edades de jubilación y el periodo de cotización –disp. trans. 20.^a LGSS–:

Año	Periodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 3 meses	65 años y 1 mes
2014	35 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 6 meses	65 años y 2 meses
2015	35 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 9 meses	65 años y 3 meses
2016	36 o más años	65 años
	Menos de 36 años	65 años y 4 meses
2017	36 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 3 meses	65 años y 5 meses
2018	36 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 6 meses	65 años y 6 meses
2019	36 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 9 meses	65 años y 8 meses
2020	37 o más años	65 años
	Menos de 37 años	65 años y 10 meses
2021	37 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 3 meses	66 años
2022	37 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 6 meses	66 años y 2 meses
2023	37 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 9 meses	66 años y 4 meses
2024	38 o más años	65 años
	Menos de 38 años	66 años y 6 meses
2025	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 8 meses
2026	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 10 meses
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 6 meses	67 años

X. REFLEXIÓN FINAL: TRAS LA LEY, LA REFORMA LABORAL CONTINÚA, PERO CAMBIA DE ESCENARIOS, A LA ESPERA DE OTRA INICIATIVA LEGAL

Dicen, quienes lo han estudiado con ahínco, que para don Miguel de Unamuno, en la vida, lo más *«pesado es que te quiten una soledad sin, a cambio, darte una nueva compañía»*. El Gobierno, asediado por las violentas y extorsionistas presiones de los mercados financieros, y compelido por las «recomendaciones» de las instituciones más relevantes en el «gobierno de la economía», que le reclamaban una devaluación de los precios de forma indirecta, mediante la reducción de las condiciones de trabajo, hizo una profundísima reforma de la regulación de las relaciones de trabajo –que no del mercado de trabajo, aunque así aparezca en el título de la norma–, a través del RDL. Con él, no solo quería recuperar la senda del crecimiento y el empleo, sino propagar a todo el mundo una determinada forma de aprehender y concebir la realidad del mundo del trabajo, presentando una suerte de «nuevo relato» del mismo, donde la tradicional distribución de los riesgos y de las responsabilidades que el contrato de trabajo, y su sistema de fuentes –ley, convenio y jurisprudencia–, se invirtiera, desplazando buena parte de los mismos a los trabajadores –y sus representantes–, al tiempo que se liberaba a los empresarios, que ahora se les reescribe como «emprendedores», y sus organizaciones, de una buena parte de los suyos. A tal fin, se reducían significativamente los límites y contrapoderes del «trabajo», también reinventado a través del neo-lenguaje laboral, como «capital humano», y se reforzaban los poderes empresariales hasta niveles hasta ahora desconocidos. Todo ello con un claro objetivo: el nuevo reparto de riesgos y poderes llevará a un retorno a la competitividad empresarial española y, a partir de ahí, a la mejora de los niveles de empleo, eso sí, siempre y cuando se retome también la senda del crecimiento económico.

Pero pese a sus esfuerzos, solemne y machaconamente expuestos en ese relato –nada breve– de la inversión del modelo que es el preámbulo, ni siquiera quienes lo han visto con «buenos ojos», como la CEOE, la avalaban plenamente. A todos les parece insuficiente, aunque, eso sí, se le dé una palmadita en la espalda diciendo que va «en la buena dirección». Al igual las instituciones del llamado «gobierno económico» mundial, pues todas insisten en la «buena dirección», pero, como se ha recordado, evidenciaban al tiempo sus dudas, tanto en relación con su validez, por la confrontación constitucional, como a su eficacia, pues *«aunque hay... señales tentativas en sentido positivo, los salarios no son todavía suficientemente sensibles a la muy elevada tasa de desempleo»* (FMI).

En este contexto de relativa incomprensión de todo el esfuerzo reformador, el Gobierno quiso encontrar alguna «compañía» más en el camino, y aceptó tramitar en el Parlamento su reforma, aun marcando claramente su intención de no variar las claves de aquella. Las evidentes deficiencias técnicas y los excesos «mercantilistas» en parte de sus medidas abrían la puerta a ciertos cambios legales no determinantes pero sí relevantes. Por supuesto que nunca en la línea pretendida por la posición crítica, muy crítica frente a esta reforma, por considerarla radical, una mutación constitucional sin legitimidad, ni formal ni material para ello. Resultado de ello es una Ley, como la que aquí hemos expuesto, en sus nuevos textos y en los «micro-relatos» que pretenden dar a conocer el sentido de los mismos, sobre todo de sus novedades respecto de la inicial versión gubernamental, en la que se han incorporado 85 enmiendas, resultado de un notable esfuerzo de transacción, pero entre grupos parlamentarios limitados.

Sin embargo, además de que, salvo por CiU, Unión del Pueblo Navarro, Foro Asturias, y por el Gobierno –claro está, sostenido por su grupo parlamentario con mayoría absoluta–, la reforma laboral cuenta con un absoluto rechazo de la oposición parlamentaria, el Gobierno tampoco ha logra-

do cambiar la imagen inicial de la reforma. Al contrario, la palabra que ejercía la hegemonía en el relato gubernamental del nuevo modelo a instaurar, legitimador de cualquier sacrificio del edificio jurídico laboral anterior en el «Altar de la productividad» y en el «noble Evangelio del Empleo», lejos de compensarse con otra equilibradora, sale reforzada. Cualquiera que tenga curiosidad por conocer cómo se presenta la reforma, tras la tramitación parlamentaria, encontrará una y otra vez el mismo relato, ya sea para expresar su favor ya para criticarlo: «*El Congreso aprueba la reforma laboral definitiva: horarios flexibles y convenios más flexibles*», «*los salarios se verán más reducidos*» y el «*despido resultará más fácil y barato*». Ni rastro en los periódicos y demás medios de comunicación, como se pretendía, de la referencia a una reforma laboral que «*dará más oportunidades a 5 millones de desempleados*», como defiende «con uñas y dientes» la ministra, probablemente fiada en la existencia de los «milagros», como recientemente ha manifestado.

En suma, casi cinco meses después la reforma del Gobierno aparece más sola que nunca, recelada por sus partidarios, porque no la consideran todavía suficiente, y ya le piden más –CEOE, FMI, Comisión Europea, OCDE–, y desmentida por la realidad. Hasta el punto de que ha crecido un 44 por 100 los expedientes de regulación de empleo extintivos, siendo el aumento del 53 por 100 en los despidos individuales por causas objetivas, pese a que los salarios en España ya son más de un 11 por 100 inferiores a la media europea, creciendo los salarios nominales por debajo de la inflación.

Un ferviente partidario desde siempre de ese tipo de reformas, el Banco de España –cierto que de credibilidad también hoy dilapidada, por acción propia y ajena–, ya ha advertido del fracaso también de esta «devaluación interna de condiciones de trabajo» si no hay un compromiso empresarial –por cierto, ninguna reforma ha habido nunca orientada a cambiar culturas empresariales al respecto, solo las laborales–. En su último informe anual, ha denunciado que las empresas están canalizando el ahorro de los costes laborales derivado de la reforma hacia la recuperación de sus márgenes de beneficio –función de acumulación de ganancia–, ya que los precios no bajan al ritmo que era de esperar. De ahí que insista en la necesidad de impulsar la competitividad a través de medidas que impidan que *los beneficios empresariales no absorban y amortigüen las ganancias derivadas de la moderación de costes laborales*, como, por cierto, ya promovía el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva 2012-2014 –relato dialógico autónomo de la crisis–, que hoy duerme el sueño de los justos. Aunque en la lógica de ese informe de nuevo la clave pasaría por más liberalización de los mercados de productos, una vez que ya se ha hecho en el del «factor trabajo».

Pero si los hechos –datos estadísticos– son tan tozudos y las críticas tan serias, incluso desde sus avalistas, ¿no habrá otra razón distinta a su eventual efecto positivo en la creación de empleo, que ya hemos visto que no se confirma en la realidad, a la que responsabilizar de una reforma como esta? Como nuestro oficio sigue sin ser el de profeta, y menos el de «gurú», entiendo que una vez más hay que rastrear en busca del verdadero relato de las cosas a través de los «documentos» que narran y explican lo que quiere el Gobierno. Y para ello, como hace años me enseñara mi maestro Vida Soria, nada mejor que acudir a la «Memoria» que acompaña estas reformas. Pues bien, en ese documento oficial, el Ejecutivo es más claro y cierto que en el preámbulo: cuando «el riesgo de despido es muy reducido, se desincentiva el esfuerzo y se genera una excesiva resistencia a la adaptación a nuevas necesidades» –riesgo moral–. Por eso, «*el objetivo esencial de la reforma es reconducir la mayor parte de los despidos hacia los despidos objetivos y colectivos procedentes*». Esto es, el trabajador emerge como un sujeto de abuso y/o fraude y el empleador, obligado a innovar y dinamizar

la organización, se ve impelido a pagar precios altos para cumplir su noble función, pues ningún empresario en su sano juicio querría despedir nunca.

Este pensamiento de la sospecha de fraude laboral extendido –y de la racionalidad de las decisiones empresariales, incluso de su justeza intrínseca– explica el nuevo papel de las ETT. Con su mayor intervención se «permitirá que los desempleados sean contactados más frecuentemente para acudir a entrevistas de trabajo o ser contratados. De esta manera, *si están trabajando de forma fraudulenta* o no están verdaderamente interesados en trabajar, serán expuestos y perderán la prestación».

Por supuesto, ese mismo presupuesto se tiene también respecto de quienes, de un lado, ejercen una función de tutela de sus derechos e intereses, a través del poder de negociación colectiva. El principio de soberanía convencional centralizado se revelaría como un elemento disfuncional para la función productiva de la empresa, pues no permite las adaptaciones de esta a la situación de mercado en cada tiempo, de ahí que se prefiera bien el contrapoder colectivo en espacios próximos al poder del empresario –preferencia de la unidad de empresa; régimen jurídico de acuerdos de descuelgue generalizados–, bien directamente el poder empresarial, para normalizar las decisiones de adaptación –modificativas, suspensivas o extintivas–. Pero se tiene también respecto de quienes se consideran protectores institucionales de los derechos e intereses de los trabajadores, los jueces. Por lo que otro eje básico de la reforma, que la tramitación parlamentaria ha aceptado y reforzado, si bien no en los términos más radicales que pretendían otros grupos parlamentarios partidarios de la reforma –CiU–, es el intento de reducir los controles judiciales.

Y ello ¿por qué? Pues porque se piensa, como dice la referida Memoria, que «los tribunales suelen interpretar de forma laxa cuándo un despido es procedente». En suma, el legislador prefiere, para el gobierno de las relaciones laborales –como en general para el gobierno de todas las cosas– los «monólogos» –del Gobierno, del legislador, del empresario...– al «diálogo».

Pero una cosa es «querer y otra poder». En un Estado social de Derecho, aun tan cercado como está en estos nuevos tiempos bárbaros, donde la sinrazón de los mercados financieros domina todo, la producción del Derecho y el gobierno de las cosas que pretende ordenar, no son resultado de la palabra de uno solo de los poderes, del relato de la realidad que solo uno, el dominante, más si tiene la mayoría absoluta, o si responde al «linaje de tener» –como diría Sancho Panza–, da o (im)pone a los demás. Producido el texto –legislativo–, este sabe y dice cosas que su autor ignora, silencia o, en todo caso, no puede controlar, porque los sujetos o actores del relato global de esta esfera de la vida, que es el trabajo –no solo asalariado, como se ha visto con el creciente favor por el autónomo, y por la economía social–, son más y a ellos se les reconoce, originariamente, sin necesidad de mediación legal, poderes de regulación con fuerza creadora. Los interlocutores sociales a través de su poder de autonomía colectiva, blindado por un derecho fundamental y un estatuto internacional que no es disponible para el legislador, ni siquiera el absoluto –de mayoría–. Y el juez por su sujeción no solo a la Ley sino al «Derecho» –arts. 24 y 117 CE y 5 Ley Orgánica del Poder Judicial–. De ahí que estos ya hayan empezado a hablar, a construir su propio relato –de inconstitucionalidad el Auto del Juzgado de lo Social núm. 30 Madrid, de 16 de abril de 2012, por ejemplo; de interpretación extensiva de los controles de nulidad y del juicio de razonabilidad por las SSTSJ de Madrid y Cataluña analizados–.

El «Manifiesto de Jueces para la Democracia» (14 de marzo de 2012) es claro al respecto: «*Nuestra obligación como jueces garantes de los derechos fundamentales de los trabajadores es*

continuar aplicando las leyes laborales conforme a los principios y valores constitucionales, poniendo freno a los posibles abusos que tan amplias posibilidades de disposición del contrato de trabajo... se otorgan a la empresa». En suma, el relato no solo no ha terminado, sino que está por construir dialógicamente, de manera que, de un lado, se venzan ciertas resistencias de jueces y representantes de los trabajadores a una visión más dinámica, flexible y productiva de las relaciones laborales, pues entre los principios y valores constitucionales están también los del artículo 38 de la CE, y, de otro, se corrijan los excesos –que los tiene– de la reforma legal, recuperando el papel de los principios y valores asociados a la protección del trabajo, que tampoco es disponible para el legislador. A mi entender, para esta reconstrucción comunicativa –transaccional, justa y eficiente– en los diversos escenarios jurídicos, que no agota ni el Gobierno ni el Parlamento, sería necesario huir de la radicalidad, de las actitudes puramente resistentes, en un sentido u otro.

En este sentido, si la necesidad de flexibilidad es inexorable en las actuales economías globalizadas, no lo es menos el imperativo de la seguridad, pero no solo para los mercados financieros, sino para todas las personas. Decía el Nobel W. FAULKNER, quizás el más acabado ejemplo del subgénero llamado «gótico sureño» –centrado en relatos de un «Sur» derrotado por el Norte–, en joyas como *El ruido y la furia*, que «el día en que los hombres (pongamos ahora personas) dejen de tener miedo (a la palabra, a la miseria, al fracaso, ¿al desempleo?...), volverán a escribir obras maestras, es decir, obras perdurables». Pero para él, tan creativo como debe ser el «escritor de una obra» –autor del relato– debería ser «el trabajo del lector» –intérprete–.

En consecuencia, no es el miedo –a nada–, sino la confianza, lo que mueve las capacidades de acción de las personas y las sociedades. De ahí la insoslayable exigencia de volver al espíritu de Filadelfia –y de la Constitución española–, según el cual la prosperidad económica implica personas –hombres y mujeres– realmente libres –no solo, aunque también, los empleadores– (art. II, a), y capaces no solamente «flexibles, empleables y reactivos». Si el desafío o reto social común es la prosperidad de las personas y las comunidades, entonces el camino no consiste en volver a las personas absolutamente «empleables», sino en procurarles las condiciones y oportunidades necesarias para que puedan «utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común» (art. III, b) de la Constitución de la OIT.⁴³ A tal fin, estoy convencido de que ni el legislador puede tener la última palabra, más bien todo lo contrario, correspondiéndoles ahora el turno a sus «lectores» –intérpretes–, ni el Gobierno ni el Parlamento han escrito la definitiva, por lo que los relatos, y su crítica... continuarán.

⁴³ Vid. SUPLOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, op. cit., pág. 129 y ss. Recuerda con certeza el texto del artículo II a) de la Constitución de la OIT –Filadelfia 1944–, según el cual «todos los seres humanos... tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades». En cierto modo, y parafraseando lo que se ha dicho del clásico de FAULKNER, *El ruido y la furia*, que tiene la virtud de seguir revelándose a cada nueva lectura, y a cada generación de lectores (vid. RODRÍGUEZ RIVERO, M.: «El gótico sureño», *El País*, 3 de julio de 2012, Sección Cultura), puede decirse lo mismo tanto de la Constitución de la OIT como de la Constitución de España. Aunque con un discurso quizás en exceso ideologizado, por tanto de crítica político-jurídica radical, que no comparto en su extremo, sí es absolutamente certera su visión de la producción del Derecho –según la formulación típicamente hermenéutica y la jurisprudencia de valoración– como «capacidad de reconstruir el momento jurídico como un espacio abierto en el que se deben preservar los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos». De ahí que sea «muy decisiva para la administración concreta de la reforma una vez se convierta en ley por el parlamento», como acaba de ocurrir. La legitimidad de la norma es también «resultado de quienes la estudian y la interpretan, de quienes la analizan y explican». Vid. BAYLOS GRAU, A.: «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», *RDS*, n.º 57/2012, págs. 15-16.