

DE LAS «REFORMAS LABORALES» A UN NUEVO, E IRRECONOCIBLE, «ESTATUTO DEL TRABAJO SUBORDINADO»

[Comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo]

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

ESPAÑA sigue con una dramática singularidad de su modelo de relaciones laborales: aun creciendo, siquiera levemente, destruye empleo y, cuando decrece, multiplica de un modo exponencial la pérdida de empleos. Para hacerle frente sigue recurriendo a la misma terapia, que el tiempo ha mostrado no sirve para la cura, más bien lo contrario: la reforma de las reglas que regulan el contrato de trabajo y la negociación colectiva, a lo que llama sintética, pero no inocentemente, «reforma del mercado de trabajo». Así sucedió en 2010, así en 2011, y así ha sucedido en 2012, a través del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

Sobre esta profunda reforma ya hay múltiples opiniones, de todo tipo, tanto por parte de los economistas como de los juristas, sea por parte de los partidos políticos sea por la de los interlocutores sociales –organizaciones empresariales, sindicatos–, e incluso de la ciudadanía en general. La radicalidad de algunas de las medidas de flexibilidad introducidas, como todas las que tienen que ver con la liberalización y abaratamiento del despido, o con la ampliación de las cláusulas de descuelgue y la negociación de empresa, están provocando una fuerte tensión entre quienes las consideran agresivas pero necesarias y quienes las tienen por demoledoras, «injustas» e «ineficaces». El conflicto es tal que renace el mito de la huelga general.

Pero en este estudio, el autor ha procurado desligarse de análisis de opinión, sin duda todos legítimos, para volcarse en un estudio detenido, crítico sí, pero también muy operativo, práctico, de todas y cada una de las novedades que introduce la enésima reforma laboral. De ahí que el autor proceda a comparar de modo exhaustivo cada decisión legislativa con la situación jurídica precedente, no ya en la regulación legislativa ahora derogada y/o modificada, sino también en el conjunto del sistema de fuentes: jurisprudencia –que ahora, en medida muy relevante, es convertida en papel mojado– y negociación colectiva. El resultado es un más que detallado comentario de todos los puntos críticos de esta profunda reforma, que, por lo tanto, no se queda en los «grandes titulares», sino que entra a desmenuzar «la letra pequeña».

.../...

.../...

El resultado final, sin embargo, desborda esta ya sugerente labor de estudio pulcro y exhaustivo de los cambios, para proponer una conclusión más inquietante, pero quizás no menos práctica: no estamos, se diga lo que se diga, ante una reforma laboral más, más bien se ha producido una honda revisión del Estatuto de los Trabajadores (ET), tal y como había quedado consolidado tras la reforma de 1994, así como sus decenas de reformas desde entonces. En suma, el Real Decreto-Ley 3/2012 no solo reforma el ET, sino que, aun no dando lugar a uno nuevo, más bien lo revisa en profundidad –«*ET revisado*»–, en una dirección que altera netamente los anteriores equilibrios alcanzados, tanto en la ordenación de las relaciones individuales de trabajo –mercantilización del factor trabajo, enfatizando su condición de recurso productivo («capital humano», «emple(g)abilidad»– como de las relaciones colectivas –modelo dinámico, «descolgable» y descentralizado de negociación colectiva–.

Palabras clave: mercado de trabajo, políticas de empleo, despido, reformas laborales y «capital humano».

FROM DE LABOR REFORM TO A NEW AND UNRECOGNIZABLE «SUBORDINATE WORK STATUTE»

[Systematic comment for the Royal Decree-Law 3/2012, of labor market reform]

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Abstract:

SPAIN goes on a dramatically singularity of his labor relations model: even increasing, at least briefly, it's destroying employment and when a decrease exponentially multiplies a loss of jobs. To face up continues to use the same therapy that time has shown its not good for the cure, rather the opposite: the reform of the rules governing the employment contract and collective bargaining, to what he calls synthetic, but not innocently, «labor market reform». This happened in 2010 and in 2011, and has happened in 2012, by Royal Decree-Law 3/2012 of 10 February.

On this deep reform there is multiple views of all types, both by economists and lawyers, either by political parties or by the social partners, business organizations, unions, and even citizenship in general. The radical nature of some of the flexibility measures introduced, such as all having to do with deregulation and lowering of dismissal, or the extension of the opt-out clauses and negotiating company, are leading to a strong tension between those who considered aggressive but necessary and those who have as devastating, «unfair» and «ineffective». The conflict is such that revives the myth of the general strike.

But in this study, the author has try to disassociate from one opinion analysis, certainly all legitimate, to throw into a thorough study, critical yes, but also very operational, practical, of each and every one of the novelties introduced by the umpteenth labor reform. Hence, the author proceeds to exhaustively compare each legislative decision with the previous legal situation, not in the now repealed legislative regulation and/or modified, but in the whole system of sources: case law –that now, as very relevant, is worth the paper– and collective bargaining. The result is a more detailed commentary that all critical points of this profound reform, that therefore, does not stay in the «headlines», but went to break up «the fine print».

.../...

.../...

The end result, however, overflow this and suggestive work of neat and thorough study of the changes, to propose a more disturbing conclusion, but perhaps less practical: we are not, no matter what anyone says, to a more labor reform, rather there has been a profound revision of the Workers' Statute, as had been strengthened following the 1994 reform, as well as dozens of reforms from then. In sum, the Royal Decree-Law 3/2012 reform not only Workers' Statute, but which, although not leading to a new, rather it is reviewed in depth—«revised Workers' Statute»— in a direction that clearly distorts the balance achieved earlier, both in the management of individual employment relations—commodification of labor factor, emphasizing its status as a productive resource («human capital», «emple(g)ability»— as in industrial relations—dynamic model, «down» and decentralized of collectively bargain—.

Keywords: labor market, employment policies, dismissal, labor reforms and «human capital».

Sumario

I. Introducción.	13
II. Reformas en las políticas activas de empleo: El impulso al «mercado de la intermediación laboral» y del «capital humano» (formación).	21
III. La flexibilidad en la contratación: ¿Fomento del empleo indefinido o «blanqueo legal de empleo temporal»?	41
IV. La fe (ciega) en el «milagro laboral» alemán: Las medidas de política de fomento de la flexibilidad interna.	57
V. Las políticas de liberalización y reducción de los costes del despido por imperativo de eficiencia: «Una autopista con bajo peaje».	81
VI. Negociación colectiva: Una nueva vuelta de tuerca más hacia un modelo descentralizado irracional.	123
VII. El reparto de «sacrificios» entre los «empleados directivos»: ¿En busca de un «sistema justo» o de «cortinas de humo» mediáticas?	159
VIII. La «insoponible levedad del ser»: Reformas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.	167
IX. El tempo de la revisión estatutaria: Entre inmediatez, «cuentas con el pasado» y complementos de futuro inmediato.	177
X. Reflexión final: El futuro no se gana mirando al pasado, ni con la «fe en los milagros de Fátima».	181

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AINC	Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva
ASE	Acuerdo Económico y Social
CC	Código Civil
CCo	Convenio colectivo
CE	Constitución Española
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EEE	Estrategia Española de Empleo
EM	Exposición de motivos
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
FMI	Fondo Monetario Internacional
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
IPC	Índice de precios de consumo
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LE	Ley de Empleo
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIB	Producto interior bruto
SMI	Salario mínimo interprofesional
SPEE	Servicio Público de Empleo Estatal
STCO	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCO	Tribunal Constitucional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

Sumario

1. Introducción: «La guerra es paz, la libertad es esclavitud..., el abarantamiento del despido genera empleo» (ORWELL).
2. Una reforma laboral injustificadamente radical y desequilibrada: Del «dominante modelo germánico» al «intervenido modelo luso».

«El pasado ya no ilumina el porvenir, el espíritu humano camina entre tinieblas»

Alexis DE TOCQUEVILLE

«Recht ist das, was uns gefällt»

GOERING

«La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos»

Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la OIT

I. INTRODUCCIÓN

1. «La guerra es paz, la libertad es esclavitud..., el abarantamiento del despido genera empleo» (ORWELL)

El Gobierno español –y con él muchos sectores de opinión y de presión– está convencido de que nuestro país necesita «devaluarse» para ser más competitivo. Pero todos sabemos que ya no puede hacerlo a través de la «política monetaria» –reducir el precio de su moneda–, como en otras crisis recurrentes del pasado, porque ya no tiene ese poder, lo cedió a ese ente que, cada vez más alejado

de la ciudadanía y más cerca de los grupos económicos, se llama «Europa». Por tanto, ha decidido hacerlo a través de una política que sí retiene, al menos formalmente –realmente también lo ha perdido por la influencia extrema que tiene de los dictados que derivan de los «poderes económicos», los institucionales y sobre todo los «mercados financieros» –[la Exposición de Motivos (EM) del Real Decreto-Ley 3/2012 no olvida enumerarlos a todos]–, la de «ordenación del mercado de trabajo» nacional, a través de la reducción de las condiciones de empleo y de trabajo. Naturalmente, ni puede socialmente ni quiere políticamente reconocer directamente esta realidad, por lo que ha preferido construir un nuevo «oxímoron», ya mantenido por el Gobierno anterior y muy del gusto orwelliano. Si ORWELL pudo escribir en *1984* que «la guerra es la paz, ya la libertad la esclavitud, la ignorancia la fuerza»,¹ ¿por qué no iba el Gobierno a sostener que facilitando más el despido, a través de la objetivación de las causas y la reducción de sus costes, se creará empleo?

Seguro que, como evoca su nombre, la ministra de «Empleo» –toda una premonición de la (mala) suerte que le iba a caer al histórico «Trabajo»– cree en los «milagros socioeconómicos». En otro tiempo de Gobierno del PP, no tan lejano –algunos aspectos de esa etapa han resucitado (ejemplo: la eliminación de los salarios de tramitación)– se empezó a fraguar la leyenda del «milagro económico español», y sabemos en qué ha quedado. Hoy otro ha emergido, el llamado «milagro laboral» alemán, en virtud del cual incluso en situaciones de estancamiento económico, como la actual, crece el nivel de empleo de Alemania.

De ahí la fascinación que este modelo de relaciones laborales ejerce sobre sus socios comunitarios, en especial en el Gobierno homólogo español, hasta el punto de querer imitarle todos, generalizando sus recetas, basadas, y esto ya se dice algo menos, en reducir significativamente los costes de la mano de obra y multiplicando a marchas forzadas sus niveles de «trabajadores pobres» y su «riesgo de exclusión social» –en paralelo a la aceleración con la que reduce, esta sí, su «prima de riesgo», que pagan sus socios europeos con el incremento de la suya–.

Más allá de los «grandes titulares» de la enésima reforma laboral que nos disponemos nosotros a comentar y la sociedad española a padecer, la lectura de la «letra pequeña» del Real Decreto-Ley 3/2012 –RDL 3/2012–, evidencia cómo este está sembrado de estas fascinaciones casi exóticas. Así, y solo por poner algunos ejemplos en este momento iniciático, no extraña que, pese a hacer de la formación innovadora un eje esencial para alcanzar ese «El Dorado» que parece ser la configuración de un «nuevo modelo productivo», se acepte encadenar diversos contratos formativos en una misma empresa para un mismo trabajador; o que un trabajo «a tiempo parcial», por definición armado sobre la reducción de la jornada, sea compatible con «horas extraordinarias», además de, por supuesto, las «complementarias»; o que se asuma como una pieza fundamental para la eliminación de la dualidad del mercado de trabajo español y, por lo tanto, de la recuperación de la senda de la estabilidad en el empleo perdida, una modalidad de contrato «indefinido» basado en periodos de prueba de un año y en la conversión en salario de una parte de la prestación por desempleo, con consumo de esta; o que se promueva la desaparición del «despido exprés», eliminando los «salarios de tramitación» pese a declararse judicialmente la improcedencia y, en cambio, si readmiten sí hay salarios de tramitación... Pero si

¹ Como se sabe, es el eslogan de su novela *1984*, base de la estructura social y política que describe.

Alemania puede hacer «milagros laborales», ¿por qué España, con su tradición cultural y su fervor, no va a poder hacerlos, una vez más?

Convicciones o creencias al margen, el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral –BOE de 11 de febrero y corrección de errores del 18– probablemente tenga el mismo infortunio en su impacto sobre la creación de empleo que las que le han precedido, pero lo que no es dudoso es que provocará una profunda y extrema devaluación de las condiciones de trabajo, afianzando un sector de trabajos mal pagados e inestables, que aumentará aún más la ya extrema desigualdad salarial. Por supuesto no va dirigida a hacer funcionar un mercado de trabajo que, como todos aceptan, es extremadamente ineficiente, pues apenas se reforman los instrumentos adecuados para ello –políticas activas de empleo y servicios públicos de empleo–, sino a introducir una nueva ordenación de su marco regulador, la legislación laboral, de manera que conforme el régimen jurídico-laboral más flexible de cuantos hay hoy en la Europa «desarrollada» y, al menos otrora, «civilizada».

No hay ningún atisbo de exageración si se evidencia que estamos ante la reforma más extensa e intensa del Estatuto de los Trabajadores (ET) desde su aprobación, superior incluso a la de 1994, aunque no haga sino culminar algunas de las líneas de desmantelamiento de las estructuras clásicas jurídico-laborales impulsadas por aquella reforma, también impuesta –por el poder público– y unilateral –por atender claramente más a unos intereses, los económicos, que a los de los otros, los de los trabajadores–. Ciertamente el sacrificio de las condiciones de trabajo se hace ante el «altar del empleo», noble causa social, no solo económica, pues. Las medidas de «devaluación del trabajo» –a falta de poder «devaluar la moneda», pues ya no tenemos esa competencia, la cedimos «a la Europa del euro»– de los que están ocupados no serían ni caprichosas ni unilaterales. Se justificarían no en razón de la protección del interés del empleador a la rentabilidad de su empresa, como podría hacer pensar el que las novedades más relevantes se concentren en la liberalización de trabas administrativas y judiciales a los despidos y la sustancial reducción de sus costes –generalización de la indemnización de 33 días por despido improcedente, eliminación de salarios de tramitación, salvo readmisión, favor hacia la indemnización de 20 días, periodos larguísimo de prueba...–, sino, más sutilmente, por la «obligación» que tendría el Gobierno, como servidor de los «intereses generales», de «garantizar y satisfacer los intereses de todos aquellos que estén buscando un empleo» –punto I *in fine* de la EM–. Al servicio de este objetivo de reducir la siniestra cifra de desempleo que sacude a España bien se legitimaría una reforma tan «agresiva» –en las palabras del ministro de Economía–, pues, al final, «todos ganan» (sic).

Pero, alejémonos de las lecturas «en caliente» y partidistas, en un sentido u otro, e intentemos ser fieles a nuestro modelo de análisis jurídico, que primero expone con cierto detalle las nuevas reglas y su impacto respecto de las precedentes, luego evidencia los más relevantes problemas aplicativos de las novedades introducidas, y finaliza con la valoración de conjunto a partir de las evidencias extraídas en la intervención de «cirugía jurídica» realizada sobre cada uno de los ámbitos –todos los de la relación de trabajo– afectados por la reforma. Solo a partir de un conocimiento más detenido de todas las novedades estará el lector en las condiciones adecuadas para obtener, como se debe, sus propias conclusiones. Veámoslo.

2. Una reforma laboral injustificadamente radical y desequilibrada: Del «dominante modelo germánico» al «intervenido modelo luso»

Nos recuerda permanentemente el artículo 3.1 del Código Civil –CC–, desde su privilegiada atalaya como norma que pervive pese a las convulsiones de los nuevos tiempos, que la comprensión de una ley debe hacerse siempre respetando «su letra», pero esta debe tener en cuenta, al mismo tiempo, que responde a una determinada «energía», los fines a los que se orienta, y que no vive sola, sino que debe interactuar en un contexto de normas, algunas de ellas incluso de valor superior. Esta misma idea la evidencia el no menos relevante artículo 9.1 de la Constitución (CE) en relación con el artículo del mismo cuerpo «súper-normativo», pero ya sabemos que en época de crisis el «código constitucional» es más vulnerable que el «código civil». La aceptación común de este enfoque explica que las leyes vayan precedidas de Preámbulos o EM, por cierto, cada vez más voluminosos y solemnes, tanto como vacíos se muestran luego, para dar una explicación coherente entre lo que postulan y las soluciones técnico-jurídicas que ofrecen a los problemas que dicen querer resolver. El RDL 3/2012, lejos de ser una excepción, hace «honor» a esta relativamente reciente cultura legislativa y franquea al cuerpo legislativo con una voluminosa EM, en la que trata de explicar el porqué se ha visto obligada a hacer una reforma laboral de este tipo que, como veremos, no es una reforma laboral más, sino una revisión profunda del ET que, originario de 1980, ha experimentado más de medio centenar de reformas en estos más de 30 años de vigencia. No es el momento de calificar este «ET revisado», cualificando con adjetivos que ilustren cuáles son las lógicas –«almas» decía un ilustre laboralista italiano– del nuevo ET en relación con el remodelado. Tiempo habrá.

Ahora, en el frontispicio del comentario detenido que nos proponemos afrontar, es muy importante pertrecharse de los elementos finalistas que deben inspirar, según el referido artículo 3.1 del CC, el proceso de comprensión o interpretación –hermenéutica–, según los sesudos juristas teóricos– del significado y alcance de las nuevas reglas introducidas, con deficiente técnica legislativa, eso sí, por el RDL 3/2012. Para ello, clave debe resultar el inicio del punto II de la EM:

«La reforma laboral que recoge... es completa y equilibrada y contiene medidas incisivas y de aplicación inmediata, al objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país.»

Más allá de las grandilocuentes y vanas frases del final, típicas de toda reforma laboral, pero también típicamente incumplidas –el Gobierno ya se ha apresurado a decir que ni esta ni ninguna reforma crea empleo, pese a «venderla» como vital para ello–, la clave para el jurista –y también para el ciudadano–, está en el primer inciso: una reforma «completa», «equilibrada» e «incisiva» (para el ministro de Economía este adjetivo se identificaría con «agresiva»). Para saber qué quiere decir el Gobierno-legislador, o mejor, qué quiere que creamos que dice con esta reforma –«dime de lo que presumes, y te diré de lo que careces»–, hay que situarse en un párrafo inmediatamente anterior. Según el párrafo final del punto I de la EM:

«El Gobierno encarna y sirve a los intereses generales y tiene la obligación de garantizar y satisfacer los intereses de todos aquellos que estén buscando un empleo. La reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de las empresas como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuar los niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos.»

Hasta aquí lo que se nos dice, enmarcando todo este planteamiento en una fórmula mágica –porque parece poderlo todo, en todos lados está, ilusionando sobre sus efectos, pero sirviendo para cubrir cualquier cosa, pues no tiene ningún contenido prescriptivo, más allá del que en cada momento el legislador quiera darle– bien conocida: la «*flexiseguridad*». Pero ¿tiene algo que ver esto con la realidad, tanto del contexto en que se formula –de directa imposición externa de la reforma por las autoridades económicas, tanto europeas como internacionales, a fin de salir de la crisis mediante políticas de consolidación fiscal (ajuste de costes)–, cuanto de los contenidos –una inusual facilitación del despido, a través de la eliminación de trabas administrativas y judiciales al control causal y un abaratamiento significativo de los costes, no solo mediante reducción de la cuantía de las indemnizaciones, sino mediante la supresión de otros conceptos, como los salarios de trámite– que se incrustan en las normas laborales, sobre todo en el corazón de las mismas, el ET? En otros términos: ¿por qué una reforma que se dice tan equilibrada gusta tanto a las organizaciones empresariales, por tanto a los representantes de uno de los intereses en juego, y, sin embargo, es demonizada de una manera visceral por los sindicatos, que representan a los otros intereses en liza?

Comprobaremos cómo el Gobierno-legislador ha cuidado en dispersar, incluso sembrar, a lo largo y ancho de tan extenso como caótico texto, algunas piezas que podían responder al objetivo de la «protección del trabajador». Pero, además de escasas, veremos que tienen más bien un valor nominal, actuando como cortinas de humo que encubren algunas trampas. Sin embargo, lo que está fuera de toda incertidumbre son sus efectos modificativos a la baja de las condiciones de trabajo, con dos objetivos muy concretos: mejorar la eficiencia del mercado de trabajo, de un lado, y fortalecer los instrumentos empresariales previstos para la «adaptación de las condiciones de trabajo» –las personas reducidas a factor productivo– a las «circunstancias concretas que atraviesa la empresa», de otro, –puntos IV y V EM–. En consecuencia, y como aquí se intentará evidenciar, la EM incurre en sí misma en una trampa, ofreciendo una imagen caricaturesca del problema –la pérdida de empleos en España muy por encima de lo sucedido en el resto de países europeos, en especial en Alemania que, aun estancada o incluso decreciendo, crea empleo– y una concepción puramente numérica de las soluciones –la norma como instrumento de reducción de costes–.

En resultado en ambos casos es que se ignoran o desdeñan los convulsos efectos en las condiciones de trabajo –a falta de poder devaluar la moneda, competencia cedida ya a ese ente que, alejado del ciudadano, es «Europa», se devalúan las condiciones de trabajo, para reducir el precio de la mano de obra y aumentar su demanda por parte de los empresarios, o mejor, «emprendedores»–. En realidad, el RDL 3/2012 se fundamenta en los conceptos de «capital humano» y de «empleabilidad», de modo que el primero reduce la persona del trabajador al estado de recurso productivo –dimensión mercantil del factor productivo–, y el segundo hace de aquella un útil

moldeable de continuo en atención a las necesidades de la empresa. Ciertamente esta imagen reductora y unidimensional no es caprichosa, sino que responde al modo en que se cree debe resolverse la singularidad del modelo de ajuste laboral español, pasando de recurrir a la regulación de empleo en momentos críticos a la devaluación de condiciones de trabajo –reducción del precio–. En suma, la larga y vacua EM hace pasar por «realidad» lo que, sin embargo, es puramente una «creencia», una fe, que está en la base de la elaboración de la normativa. Los valores inspiradores de la reforma son claros y responden a dos ideas fuerza, al servicio de las cuales se pondrá toda la transformación legal y experimental: la reducción de los costes de la «mano de obra» como estrategia para recuperar competitividad, muy por encima de la racionalidad económica y social de las reglas, eso sí, en la convicción –fe–, de que, cuando haya crecimiento económico, creará empleo.²

Por tanto, no es el modelo alemán en realidad el que está actuando de referencia para la reforma, por cuanto la flexibilidad interna queda en un segundo lugar, pese a los esfuerzos, sobre todo en relación con la promoción de la modificación unilateral de las cuantías del salario no fijadas por convenio y las cláusulas de descuelgue cuando sí lo estén, sino el intervenido modelo portugués, que se ha visto forzado a introducir fuertes reformas en la normativa de despido a fin de liberalizarlo y abaratarlo. En este sentido, y como veremos también con algún detalle, aunque la referencia político-institucional para la reforma está en un reciente pacto comunitario, el Pacto Europeo por el Euro Plus, un análisis detenido de ese pacto no exige, para el común de las economías y modelos de relaciones laborales europeas, el olvido ni el cambio convulsivo de sus tradiciones y modelos nacionales de relaciones laborales, incluida la negociación colectiva. Al contrario, promueve ajustes orientados a introducir espacios de libertad adicional y de mayor ajuste entre los mecanismos de regulación de condiciones de trabajo y las situaciones concretas por las que atraviesan las empresas.

Ahora bien, es en las economías intervenidas por parte de las autoridades europeas y en las instituciones de gobernanza económica internacional –Fondo Monetario Internacional (FMI)–, donde se ha exigido que esos cambios sean mucho más radicales, especialmente en relación con políticas de reajuste que tengan incidencia directa en el abaratamiento de los costes del despido, sea de los empleados del sector privado –Portugal–, sea también de los del sector público –Irlanda y Grecia–. Para estos modelos intervenidos el mercado se convierte en un principio jurídico general de regulación de la vida laboral –según la lógica impuesta por la vigilancia de los poderes financieros, que están en la base de sus crisis de deuda–, por lo que se obliga a los Estados, ignorando o desdeñando sus compromisos firmados en el marco de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, a hacer «como si» –ficción jurídica– el trabajo fuese una mercancía –un recurso productivo solo–. En consecuencia, al margen de cuál sea la «verdad científica» y de experiencia, lo que importará es establecer un sistema de incentivos que haga recuperar la «confianza» en las instituciones laborales de quienes contratan, los empresarios, y, a tal fin, por encima de las racio-

² Como se ha defendido magistralmente, tras estas reformas no están sino los indicadores de la Unión Europea para medir los rendimientos de los Derechos nacionales en esta materia, pero en ellos solo hay cálculos económicos, de modo que «no se interesan en las peripecias de los trabajadores que encuentran un empleo ni en su calidad. En fin, solo se interesan en las personas una vez han llegado al mercado de trabajo y son ciegos a todo lo que, con antelación, permitiría prevenir el desempleo». SUPLOT, A.: *El espíritu de Filadelfia. La Justicia Social frente al mercado total*, Península, 2011, pág. 86.

nalidades, estará la de eliminar sus temores. Y entre ellos están tanto las dificultades para ser comprendidos en sus razones para regular empleo –partiendo de que a ningún empresario gusta tales decisiones, pero se ven obligados–, cuanto los costes de ruptura, aunque se vinculen a decisiones arbitrarias –sin causa acreditada–. Por eso, por encima de lo demás, el eje de la reforma será «el régimen jurídico del despido».

II. REFORMAS EN LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: EL IMPULSO AL «MERCADO DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL» Y DEL «CAPITAL HUMANO» (FORMACIÓN)

Sumario

1. Las reformas del mercado de agentes de intermediación laboral: ¡Por fin lo consiguieron, las ETT ya son «agencias integrales de empleo»!
2. La formación profesional para el empleo: Un derecho-deber al servicio del nuevo mercado de «capitales humanos».
3. Las políticas de fomento del empleo mediante incentivos económicos: Entre la racionalización y el fomento del «efecto ganga».
4. El «milagro de la resurrección» de las medidas de empleo en el horizonte de la olvidada EEE 2012-2014: «Un apaño, mientras tanto...».
5. Las medidas de política de fomento del autoempleo juvenil: Ampliación de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo.
6. Un ejemplo de las inercias ineficientes en políticas activas de empleo para las personas desempleadas: La nueva prórroga del ¿PREPARA?
7. Valoración global: «Una asignatura pendiente para septiembre».

II. REFORMAS EN LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: EL IMPULSO AL «MERCADO DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL» Y DEL «CAPITAL HUMANO» (FORMACIÓN)

1. Las reformas del mercado de agentes de intermediación laboral: ¡Por fin lo consiguieron, las ETT ya son «agencias integrales de empleo»!

Aunque suele confundirse la «reforma del mercado de trabajo», que es en realidad lo que nos demanda esa cada vez más fantasmagórica e irreconocible «Europa», con la «reforma de la legislación laboral», que es lo que demandan sobre todo los «mercados económicos» –no solo los financieros, sino también los productivos–, lo cierto es que la mejora de la eficiencia del mercado de trabajo –un objetivo fundamental que, sin embargo, el RDL 3/2012 concentra en la liberalización y abaratamiento del despido– pasa por modificar de un modo, este sí radical, el funcionamiento de ciertas instituciones. En este sentido, sí resultaba absolutamente necesario introducir cambios sustanciales en la definición y la gestión de las políticas activas de empleo. Primero, proponiendo una reformulación radical de las mismas, ante la evidencia de su profunda obsolescencia –reconocida por el propio legislador, que ya había derogado buena parte de su entramado normativo, aunque provisionalmente todavía en vigor en espera de esa completa reordenación– y su agotamiento. Segundo, realizando una superior contribución económica (muy baja en relación con el alto nivel de paro, el 0,05% del PIB por punto de tasa de paro). Tercero, redistribuyendo de otro modo el gasto público en este tipo de políticas, reduciendo los incentivos a la contratación, que se ha mostrado de efectos muy limitados, e incluso contraproducentes, y mejorando los servicios públicos del empleo y la formación profesional, sobre todo la destinada a los parados.¹

Pues bien, como veremos con detalle y precisión, el Gobierno, completamente fiel a su ideología económica extremadamente liberal, ha seguido un camino radical, sí, pero muy diverso. Primero porque, como analizaremos al final de este bloque, prácticamente ha ignorado la reforma de las políticas activas de empleo, «resucitando» los marcos reguladores que, como se ha dicho, ya estaban formalmente derogados –y materialmente inservibles–. Segundo porque, respecto de la política de colocación, ha preferido dar carta blanca a la intervención de un nuevo sujeto como intermediario laboral, las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), cumpliendo de modo pleno con su histórica reivindicación de ser «agencias integrales de empleo». Tercero, porque las reformas en el ámbito de la formación profesional, con ser relevantes sin duda, aparecen muy dispersas y parciales.

No es casual que el primer artículo del RDL 3/2012, tras una nueva, larguísima, tediosa y en gran medida falseada EM, se dedique a abrir el mercado de la intermediación laboral a las ETT, que

¹ Vid. RUESGA, S.M., PÉREZ INFANTE, I. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «¿Qué reforma laboral?», *El País*, 10 de febrero de 2012.

ahora podrán actuar como agencias de colocación o, lo que es lo mismo, como «empresas de servicios de intermediación laboral», según las modificaciones introducidas en los artículos 16.3 del ET, 1 y 2.1 b) de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal –LETT– y 21 bis.2 y disposición adicional segunda de la Ley de Empleo –LE–. Conviene recordar que fue en 1994 cuando las ETT fueron liberalizadas. Aquel año no está tan lejos en términos de disfunciones de empleo. Hemos vuelto a una tasa de desempleo similar a la que se estimaba en 1994, situación que motivó la oleada reformista más intensa en materia laboral, a fin de reducir la extrema fluctuación del empleo que se vivía en aquel tiempo y que hoy, lejos de amortiguarse, se ha acentuado. Pues bien, una vez que en 2010 se reconoció la legitimidad de las «agencias privadas de colocación con ánimo de lucro» – art. 20 LE y RD 1796/2010, de 30 de diciembre–, 2012 supondrá la culminación de todo ese proceso, en el que el sector de las ETT ha presionado insistentemente para lograr su configuración como agencias integrales de empleo, en los términos del Convenio OIT 181 y según una orientación típica de las experiencias en los países europeos más relevantes –Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre–.

En suma, de una etapa de prohibición, se pasó a otra de reconocimiento limitado, pero sobre un marco de importantes restricciones al tipo de empleos y mercados a los que podía acceder –sector de la construcción, empleo público–, tanto en sede legal como convencional –cláusulas restrictivas de la contratación mediante ETT–. En 2010 se eliminan algunas de esas restricciones más significativas, para hoy culminar el proceso en una de plena liberalización de su actuación, quebrando la exigencia de exclusividad y reduciendo las técnicas de control. Tanto es así que se permite que las ETT puedan actuar de inmediato, con la entrada en vigor de la reforma, sin autorización específica como agencia de colocación –disp. trans. primera RDL 3/2012–, si bien sometida a sus mismas exigencias, incluida la gratuidad para los trabajadores –disp. adic. segunda LE–, bastando tan solo con una «declaración responsable», a través de la cual se manifieste el cumplimiento de los requisitos legales –art. 16.3 ET y 1 LETT–. En esta regla, sencilla en apariencia, se reflejan algunos de los rasgos más señeros del conjunto de esta revisión estatutaria profunda que se lleva a cabo, pues supone una intervención directa e inmediata sobre el sistema legal de reparto de competencias autorizadoras en materia, evitando cualquier resistencia autonómica.

Como es sabido, esta forma tan flexible de acreditación del cumplimiento de unos requisitos de carácter administrativo, sin necesidad de autorización de este tipo, que es la regla general, está prevista en el ordenamiento comunitario. En particular, la emersión de la «declaración responsable» como forma alternativa se liga a la promulgación de la Directiva de Servicios 2006/123/CE, y su transposición al derecho español por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación de múltiples leyes a aquella ley. Con ello, en el caso de las ETT, se trata de evitar la llamada «doble autorización», pues estas empresas ya contarían con una autorización para intervenir en el mercado de empleo, aunque no se trate de una autorización específica para la colocación –y/o recolocación–.²

El doble fundamento, en parte racional y en parte ideológico, de esta contemplación tan favorable residiría en la evidenciada insuficiencia de los servicios públicos de empleo para la gestión de

² Conforme a la disposición transitoria primera, apartado dos, las ETT «harán constar su número de autorización como empresa de trabajo temporal en su publicidad y en sus ofertas de servicios de reclutamiento y selección de trabajadores, colocación, orientación y formación profesional y recolocación, en tanto no les sea facilitado el número de autorización como agencia de colocación».

la colocación, «con unas tasas de penetración muy escasas dentro del total...», y la pretendida –solo por el Gobierno, porque no hay estudios científicos e imparciales (salvo los de parte, claro) que acrediten tal capacidad– configuración de las ETT «como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo». El Gobierno ha aprovechado la reforma para dar un impulso global tanto a este mercado de intermediación laboral como a la eliminación de trabas administrativas, dando un sentido positivo al silencio en caso de solicitud por alguna persona, física o jurídica, de autorizaciones para actuar como agencia de colocación. De este modo se sigue la regla general del artículo 43 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, conforme a la redacción dada, precisamente, por la citada Ley 25/2009.

En nuestro tiempo, el centro de gravedad del principio de seguridad en el empleo se desplaza de las garantías en la continuidad en un puesto –seguridad pasiva–, a la exigencia del que no sea excesivo o desmesurado el periodo que un trabajador pase sin tener una oportunidad real de desempeñar un nuevo puesto de trabajo –seguridad activa–. En última instancia, el mercado de trabajo no es, en su versión económica ortodoxa –hoy reforzada hasta el paroxismo– sino un mecanismo de ajuste entre trabajadores y puestos de trabajo, por lo que una clave de su regulación reside en facilitar que el contacto de aquellos con los puestos de trabajo disponibles –empleos– sea lo más eficiente –inmediata y fluida– posible.

Esa agilización de los tiempos de transición entre un empleo y otro respondería a un objetivo de eficiencia marcado como eje de la reforma, pues a menor tiempo entre uno y otro empleo, menor permanencia en el desempleo, con la consiguiente reducción de los costes de la protección por desempleo, que se han duplicado en estos años de crisis. A mayor eficiencia en la intermediación pues, que es lo que cuenta, y no tanto ya qué agencia de empleo la realiza, menor será el periodo de búsqueda y, por tanto, el volumen de puestos de trabajo vacantes en cada momento será inferior.

Esta transformación –ideológica y normativa– de modelo regulador de la «seguridad en el empleo» está igualmente presente en el artículo 51.10 del ET, que reduce el papel del poder público, eliminando la autorización administrativa, pero incrementa, si bien para las empresas de mayores dimensiones, los deberes empresariales de recolocación externa. Por tanto, también por esta vía, como veremos en su momento, se incrementa la cuota de mercado para las ETT, en cuanto que no solo se potencia el «mercado de la colocación» de trabajadores sino también el «mercado de la recolocación», que será asumido por «empresas especializadas» debidamente autorizadas. Como es natural, las ETT cuentan, con esta favorable regulación, con esa opción de prestación de servicios, con lo que las reglas de fomento de su presencia en tales mercados se multiplican. No en vano han sido sus estudios, por tanto de parte, los que más han alentado a promover en España este mercado especializado de servicios de empleo (*outplacement*).

En definitiva, las ETT además de ser «empresas de empleo temporal», serán «empresas de servicios de transición al empleo», supliendo al servicio público. Este servicio se confía, pues, a empresas en sentido estricto, en línea con un proceso de clara «re-mercantilización» del conjunto de los servicios que, en relación a los de empleo, ya consolidara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y hoy acogen los países más «avanzados» –Francia, Reino Unido, EE.UU., Países Bajos...–. En consecuencia, nuestro sistema acoge la evolución más flexible y liberal del resto

de sus socios comunitarios más productivos, conforme a las «posmodernas» pautas de los «Estados competitivos», ocupados en favorecer la competitividad en detrimento del bienestar.³

2. La formación profesional para el empleo: Un derecho-deber al servicio del nuevo mercado de «capitales humanos»

2.1. Nuevas garantías del derecho a la formación: Un singular derecho de titularidad individual, de uso compartido y financiación pública

Los análisis económicos basados en la teoría del «capital humano» –que reduce los valores personales a estrictas formas mercantiles, y que ya fue popularizado por STALIN antes de que poblara los estudios de la ciencia económica contemporánea– tienden a reducir la vertiente individual-liberal que tuvo la formación en su origen para promover, conforme a las exigencias de disponibilidad del nuevo modelo productivo, una dimensión más institucional. Las competencias para el empleo de las personas no constituirían ya un «capital vinculado» solo al individuo, permaneciendo este libre a la valoración del mercado –y de la empresa–, sino que se conforman como un «capital social» y, sobre todo, un «capital empresarial» y, en consecuencia, Estado y empresa deben invertir y decidir sobre la suerte de tales inversiones.⁴

Desde esta perspectiva, nadie duda de la centralidad que la mejora de la formación profesional tiene tanto para avanzar en un modelo productivo más cualitativo, basado en la innovación tecnológica y en la diversidad productiva, cuanto para mejorar la «tasa de empleabilidad» de las personas, pues les debe permitir resistir mejor las crisis de empleo –gestión preventiva– y ampliar sus oportunidades de encontrar un nuevo empleo en caso de perder el anterior. Pero conviene no establecer relaciones automáticas, mecánicas.

Hoy queda claro que el nivel de formación profesional no determina directamente el nivel de empleabilidad, ni mucho menos la tasa de empleo, como evidencia el que, en España, casi el 50 por 100 de la población juvenil está en desempleo, cuando una buena parte de ella tiene una elevada cualificación, tanta que son reclamados en otros países. Sea como fuere, el Gobierno vuelve sobre este tópico, reconociendo los méritos de los Gobiernos precedentes, pero también las necesidades de mejora. A tal fin, realiza una serie de iniciativas de cambio, si bien aparecen dispersas, pues afectan a diferentes instituciones –laborales, ocupacionales y educativas– de escasa cuantía, por la reducida dimensión de los cambios y dejadas, en algunas de las más relevantes medidas, al inmediato futuro, como la creación de la «cuenta formación» para el trabajador –disp. final segunda– y el «cheque formación» –disp. final tercera–.

³ Para el modelo francés *vid.* LEFÈVRE, G., MICHON, F. y VIPREY, M.: «Les stratégies des entreprises de travail temporaire», *Travail et Emploi*, n.º 89, 2002.

⁴ Aunque estas concepciones económicas dominantes y su proyección en las reformas normativas y en las políticas promueve un claro «retorno al individualismo», en realidad esta imagen es confusa, porque realmente el individuo aparece fuertemente condicionado por decisiones externas, tanto del empleador como de los interlocutores sociales y de los propios poderes públicos, de ahí que se hable de una suerte de «individualismo institucionalizado» (BECK). *Vid.* GAUTIÉ, J.: «Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el posfordismo», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 22, 2004.

El punto de partida del real decreto-ley es el «reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual» del trabajador, de ahí que aparezca como un aspecto inherente a todo estatuto profesional de la persona.⁵ Pero esta dimensión ya aparecía en el artículo 4.2 letra b) del ET. La novedad está más en el reconocimiento de algunas garantías para hacerlo efectivo.

De un lado, se especifica como contenido de ese derecho a la formación profesional la obligación empresarial de incorporar acciones dirigidas a facilitar su adaptación a los cambios o a las modificaciones introducidas en el puesto de trabajo –arts. 4.2 b) y 23.1 d) ET–, de manera que vendría a ser la contrapartida en términos de derechos de su incrementado deber de ajuste flexible al poder de novación empresarial de las condiciones de trabajo –deber de adaptación flexible a las demandas de cambio del empleador–. Esta formación se considera en todo caso como tiempo de trabajo efectivo. Como es natural, una prueba de la eficacia real de esta garantía residiría en el valor que se le dé como presupuesto necesario para proceder, en su caso, a un despido objetivo por inadaptación a los cambios, conforme a la previsión del artículo 52 b) del ET. Este precepto ha sido modificado para resaltar este deber empresarial de ofrecer previamente al despido objetivo un «curso dirigido a facilitar la adaptación de las modificaciones operadas». No obstante, el cambio es más nominal que real.

En cambio, y de otro lado, donde sí se produce una novedad jurídica importante es para la fijación de «un permiso retribuido de 20 horas anuales con fines formativos» vinculados al puesto de trabajo –art. 23.3 ET–. Este derecho, sin embargo, no se va a reconocer a todos los trabajadores. Al contrario, siguiendo con un modelo más general y problemático, como el de las «dobles escalas reguladoras» –lo que fragmenta el mercado (interno) de trabajo, en vez de equiparlo, cuando otro eje básico de la reforma es reducir los extremados dualismos de nuestro mercado de trabajo–, se exige una antigüedad en la empresa de al menos un año. El permiso formativo individual es acumulable por un periodo de tres años y la concreción del disfrute del mismo no es un derecho individual, sino que requerirá acuerdo entre trabajador y empresario. De este modo, el legislador formula claramente esa concepción de la formación como un bien colectivo, por lo que no solo se necesitaría «capital formativo», sino «capacidad» para hacer un «buen uso» de aquel. Para eso el trabajador no es libre de decidir, sino que requiere un pacto o acuerdo bilateral, de modo que el ejercicio de los derechos del trabajador vinculados a su puesto de trabajo no respondería al modelo de «individualismo patrimonial», pues tal goce no depende de una decisión individual sino de una negociación.

En todos los casos, la formación debe correr a cargo de la empresa, si bien el empleador puede obtener para ello los créditos destinados a la formación, que han ido creciendo exponencialmente en estos años y que ha llevado a que se trate de un deber empresarial asumido básicamente por los recursos públicos. De ahí que las célebres y recurrentes arengas sobre la importancia de la inversión en «capital humano» se han revelado más una llamada a la inversión individual y estatal que empresarial. Una socialización de este tipo de inversiones que se incrementa con el reconocimiento de importantes reducciones de cuotas sociales –el 100% en la mayor parte de los casos; art. 3 RDL 3/2012– si se celebran contratos formativos, como luego analizaremos al comentar las novedades en la política de contratación. El reforzamiento de la formación profesional para el empleo lleva aparejada su configuración

⁵ Para la pertinencia de estos conceptos de «estatuto profesional de la persona» y de los llamados «derechos sociales de giro», como típicos del principio de seguridad activa frente al de seguridad pasiva, por todos, SUPLOT, A.: *El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total*, Península, 2011.

como una responsabilidad compartida entre el empleador, el trabajador y los poderes públicos. Por eso, tanto la toma de iniciativas como sobre todo la financiación exigen de regulaciones articuladas, que combinen *participación en la toma de decisiones* de todos y *contribuciones de todos a su financiación*.

De ahí que la carga de la empresa aparece aliviada con los créditos públicos y las «cuentas-formación» individuales, extendidas en otros países –Francia, Reino Unido–, y que, prevista en el reformado artículo 26.10 de la LE, el Gobierno proyecta desarrollar –pero sin fijar ningún plazo– reglamentariamente (disp. final segunda del RDL 3/2012), así como, tras consulta con los interlocutores sociales, la creación del «cheque formación» –parece que sigue la fascinación por estos instrumentos de financiación, como sucedería respecto de los célebres y ya extintos «cheques-bebés»– para financiar el derecho individual –disp. final tercera–. Esta es una pauta que se repite a lo largo del RDL 3/2012, que expresa su preferencia por facilitar el ejercicio de las garantías de los derechos individuales a través de entidades privadas, en detrimento de los servicios públicos, pero con la financiación pública. Es el caso del referido «derecho individual a la recolocación externa» previsto por el artículo 51.10 del ET para todas las empresas que regulen empleo colectivamente, afectando a más de 50 trabajadores. En estos casos, la recolocación externa, que a diferencia de la recolocación interna no es derecho a un nuevo puesto de trabajo (en otro centro de la empresa o en otra empresa de su grupo) sino tan solo derecho a servicios de empleabilidad –formación, acciones de orientación, búsqueda activa de empleo...–, corresponde llevarla a cabo a través de empresas de recolocación y su planificación es competencia del empleador. Sin embargo, para la financiación solo se dice que no le corresponderá al trabajador, pero no se precisa a quién, por tanto ¿al Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE–?

En esta misma línea de socialización de los costes de la financiación, pero también de mayor disciplina de los desempleados, responsabilizados individualmente de su situación de falta de ocupación y orillando las responsabilidades sociales –y de los mercados financieros–, se introduce una reforma de la disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002 en relación con el artículo 228.4, párrafo tercero de la Ley General de Seguridad Social –LGSS–. Según este precepto, y «con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de los trabajadores ocupados» y, al mismo tiempo, de poder «incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados», se determinarán programas que permitan a las empresas la sustitución de aquellos por estos.

Precisamente, en tales casos se prevé la compatibilidad de las prestaciones por desempleo con este trabajo de sustitución, por lo que, dicho sea de paso, y en contra de lo que se comenta en muchos medios de comunicación, tal posibilidad no representará una novedad de la reforma de 2012. Pues bien, a este respecto, se introducen dos novedades en la referida disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002, de reforma de la protección por desempleo.

La primera supone una ampliación de las empresas beneficiarias de tal opción, pues la regulación anterior limitaba a las empresas de más de 100 trabajadores el acogerse a tales programas de sustitución durante el tiempo que sus trabajadores participaran en las acciones de formación financiadas públicamente, mientras que ahora permite que puedan acogerse a tal programa *«todas las empresas, cualquiera que sea el tamaño de su plantilla»*. La segunda supone una enésima medida de activación, y por tanto también de control disciplinario social, de los trabajadores beneficiarios de la prestación por desempleo, por cuanto tales programas de sustitución eran considerados antes

como estrictamente voluntarios para los beneficiarios de la prestación y ahora se convierten en *obligatorios*. Este cambio es comprensible en la lógica del mercado total que inspira la reforma, pues si la formación en la empresa aparece como un elemento clave de la «empleabilidad» de los desempleados, término que, como el de la flexibilidad, permite «meter en el mismo saco a los trabajadores y a los materiales»,⁶ es evidente que estos no pueden tener voluntad de elegir el modo de desarrollar su estatuto profesional discontinuo –entre trabajador actual y desempleado–. Sobre esta obligatoriedad hay que pensar, por coherencia con la normativa de desempleo, que deberá tratarse de una ocupación adecuada para el trabajador desempleado, aunque guarda total silencio al respecto.

La voluntad de reforzar la disciplina de los desempleados mucho me temo que hace pensar que no ha previsto esa conexión. En suma, nos hallamos ante una nueva manifestación del fundamentalismo funcional que hoy nos abruma.

2.2. «Una de cal, otra de arena»: La desaparición del perjuicio a la formación profesional como límite al poder de novación

Sorprende que una reforma que se dice favorecedora de la formación profesional como derecho subjetivo haya omitido diferentes referencias al mismo como límite al ejercicio de diversas potestades empresariales de novación de las condiciones de trabajo. Así sucede, de un lado, respecto de la potestad de movilidad funcional ex artículo 39 del ET. Si en la versión anterior a la reforma, el artículo 39.3 del ET establecía la prohibición de que la movilidad funcional pudiera afectar negativamente sea a la dignidad de los trabajadores sea a la formación y a la promoción profesional, ahora, el nuevo artículo 39 omite cualquier referencia a tal límite, dejando solo la mención a la dignidad de la persona, límite indisponible para el legislador por tener un fundamento constitucional directo.

En segundo lugar, también se ha reformado el enunciado del artículo 50 a) del ET. Como se recordará, este precepto habilitaba al trabajador para extinguir casualmente su contrato, por tanto con la indemnización típica del despido improcedente, cuando las modificaciones sustanciales de su contrato redundaban en perjuicio de su formación profesional. Pues bien, el nuevo enunciado omite, también, la referencia a este derecho, y deja, de nuevo, solo el valor limitativo de la dignidad de la persona, sustituyendo la formación profesional por la exigencia de cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET. Esto es, ahora se protege tan solo la adecuación de la modificación al procedimiento legal, pero no se establece un control de fondo en torno a los bienes lesionados en el ámbito de la profesionalidad del trabajador, sino tan solo en los bienes de la personalidad.

2.3. Dimensión institucional de la formación para el empleo: Una nueva apuesta por la intervención de entidades privadas

Junto a las reformas en el ámbito individual del derecho a la formación, el RDL 3/2012 incluye también diferentes novedades en el ámbito organizativo o institucional del sistema de formación

⁶ Vid. SUPLOT, A.: *op. cit.* pág. 139. El autor explica, con extraordinaria precisión y sin ningún exceso, cómo el concepto comunitario de «empleabilidad» no significa sino «el efecto de pegar a las personas a las necesidades de los mercados».

profesional para el empleo, cuya orientación recoge igualmente el *leitmotiv* de toda la reforma: la liberalización y la privatización del modelo para ampliar los actores, en aras de la configuración de una suerte de «mercado competitivo» interno al sistema. Así, se profundiza la tendencia aperturista de la anterior reforma, sobre todo con el reconocimiento a una amplia gama de «centros y entidades de formación», debidamente acreditados claro, de la posibilidad de participar directamente en este sistema de formación profesional para el empleo.

Una vez más, los objetivos son también aquí descentralizar el sistema, diversificar la oferta formativa y hacerla mucho más eficiente, según los típicos postulados del mercado. En última instancia, si, como hemos visto, el trasfondo de la lógica del «capital humano» que subyace a la regulación de la formación no es otro que la reducción del trabajador a «recurso económico de ajuste» a las demandas del mercado, interpretadas por la empresa, es coherente intensificar el cada vez más floreciente *mercado de la formación –de «capital humano»–*.

Además, de paso, se introduce un nuevo factor que ayude a debilitar la influencia de los sindicatos –en cierto modo también, al menos formalmente, de las organizaciones empresariales–. En efecto, ahora también tales centros de formación, –integrantes de la densa red prevista en la disposición adicional quinta de la LO 5/2002, de 19 de junio– aparecen como actores colectivos con derecho a participar en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo –art. 26.1 c) LE–. A partir del reconocimiento de esta cualidad de actor institucional protagonista del sistema de formación, reforzando el significativo mercado creado, tales sujetos aparecerán continuamente en el marco regulador.

Así sucedería, por ejemplo, respecto de la impartición de los programas formativos que integran la obligación adquirida en el marco de los contratos formativos –art. 11.2 d) ET–, que es objeto de una nueva reforma, como veremos al estudiar los cambios en esta modalidad contractual. Y también en relación con las entidades con las que será obligatorio que tanto el SPEE, cuanto los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, suscriban acuerdos de colaboración para la actividad formativa –nuevo inciso introducido por la disp. final séptima RDL 3/2012, en el art. 24.2 (programas estatales) y 3 (programas autonómicos) del RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo–.

Una previsión que de inmediato convierte a tales centros y entidades de formación –privados– debidamente acreditados en beneficiarios de las subvenciones previstas al efecto, según la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, que desarrolla el citado Real Decreto 395/2007 a los efectos de regular las cuantiosas subvenciones públicas destinadas a la financiación del sistema –que es modificada a tal fin por la disp. final octava RDL 3/2012–.

Esta normativa reglamentaria experimenta alguna otra modificación orientada ahora a la mejora de la transparencia de estos programas y a la certidumbre sobre sus fines, de modo que se exige que los Servicios Públicos de Empleo fijen de modo expreso en cada convocatoria de acciones formativas que «tengan carácter prioritario, sin perjuicio de las señaladas por las Comisiones Paritarias Sectoriales» –art. 22.3 RD 395/2007–. Con ello se quiere reforzar la capacidad de los servicios públicos para orientar la oferta formativa, al margen de las fijadas por los interlocutores sociales a través de la nego-

ciación colectiva. En esta dirección hacia un modelo más dirigido u orientado públicamente se llama la atención sobre la necesidad de que las acciones formativas prioritarias traten de «anticipar la formación al nuevo modelo productivo, apostando por los sectores más innovadores» –art. 22.3 y 4 RD 395/2007–. Aunque de este modo tan testimonial, tampoco el nuevo Gobierno se ha resistido a resucitar este auténtico «mantra», tan invocado como ignorado, que es el «nuevo modelo productivo».

De este modo tan lacónico, por tanto presumiblemente ineficaz, se afronta una de las más importantes insuficiencias del sistema de formación para el empleo actual, que no es tanto la limitación de recursos cuanto las carencias de planificación y de calidad, así como de adaptación a las necesidades reales de las empresas y de los mismos trabajadores.

Otro aspecto destacable en el ámbito de la formación profesional, que aúna dimensión individual y dimensión institucional, son las modificaciones introducidas en el contrato para la formación y el aprendizaje para potenciar el empleo juvenil, a través de la supresión de limitaciones injustificadas y la promesa de una reordenación reglamentaria de la actividad formativa incluida como objeto del contrato. Pero dado que forma parte este análisis de la política de fomento de la contratación entendemos más adecuado estudiar unitariamente las diferentes medidas de la reforma dirigidas a tal fin.

3. Las políticas de fomento del empleo mediante incentivos económicos: Entre la racionalización y el fomento del «efecto ganga»

3.1. Las reducciones de las cuotas sociales por la firma de los contratos para la formación y el aprendizaje: Empleos «a cuota social 0»

Al inicio del análisis de las novedades de la reforma en esta materia ya pusimos de relieve que era necesario una modificación sustancial de la distribución del gasto público en este tipo de políticas, extremadamente intenso en los incentivos a la contratación laboral, y relativamente reducido en otros ámbitos, como los Servicios Públicos de Empleo.

Sean los estudios económicos disponibles sean las propias instituciones públicas, incluido el Parlamento anterior, habían asumido la necesidad de revisar este sistema de incentivos. Esta necesidad estaría justificada por el llamado «efecto ganga» o de «peso muerto» de tal gasto –las contrataciones incentivadas se hubieran producido en cualquier caso, sin incentivos–, así como por el «efecto sustitución» –el empleo se reconduce a ciertos colectivos en detrimento de otros–. La EM reconoce estas limitaciones y apuesta por «racionalizar el sistema de bonificaciones..., cuya práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia» –punto III, último párrafo–. Sin embargo, no son estos los únicos incentivos económicos que contempla la reforma, sino que aparecen diversas técnicas de fomento económico dispersas a lo largo y ancho del texto. Por eso, y sin perjuicio de hacer referencia en otros ámbitos a tales previsiones, me ha parecido oportuno recoger en un mismo apartado, subdivididos atendiendo a las modalidades de contrato que se ven incentivadas, todos los incentivos previstos en la reforma, y que antes se recogían de modo igualmente disperso en diferentes leyes que se derogan parcialmente.

La primera técnica de incentivo orientada a reducir los costes laborales y orientar las preferencias de los empleadores por formas de empleo temporal y juvenil, al menos en teoría –la reforma ha ampliado en extremo las fronteras de edad–, es la relativa a las reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje –art. 3 RDL 3/2012–.

La norma legal prevé tres supuestos. A saber:

- a) Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de la reforma, *celebren contratos de este tipo* con trabajadores desempleados inscritos *en la oficina de empleo*,⁷ tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción de las cuotas empresariales sociales de todas las contingencias bien del 100 por 100, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas –en este caso realmente nos hallamos ante una exención–,⁸ bien del 75 por 100, si la plantilla es inferior a esa cifra.
- b) Asimismo, las empresas que *transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje*, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante 3 años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año.
- c) La reducción para los trabajadores es del 100 por 100 en todo caso, al margen de la dimensión de la empresa en la que se inserten.

Como puede verse, la regulación es análoga –en sus cuantías–, al régimen previsto en el artículo 2 del RDL 10/2011, de 26 de agosto, que ahora es derogado –disp. derog. única.1 g) RDL 3/2012–. Sin embargo, hay una diferencia fundamental con el régimen finado: mientras que el derogado exigía como un requisito básico para disfrutar del derecho al incentivo económico que la contratación –bien la transformación– implicara «un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa», con la nueva regulación, sorprendentemente, desaparece tal exigencia. En consecuencia, se eleva el riesgo de provocar el referido efecto sustitución en la plantilla, extinguiendo otros contratos de trabajo que no resulten clave para la actividad y sustituyéndolos por contratos formativos.

La integración de este requisito no puede producirse por la llamada que se hace a la aplicación supletoria de la sección primera del capítulo I de la Ley 43/2006. Esta norma pretendió ser la norma común y racionalizadora en este ámbito, pero ha terminado fallida.

Aunque en ese marco supletorio aparecen diferentes reglas de fijación de requisitos, limitaciones e incluso exclusiones, así como incompatibilidades, lo cierto es que no se recoge tal condición, pese a ser la clave misma para entender, en la lógica de política jurídica, este tipo de técnicas económicas: la creación neta de empleo. ¿Sorprendente? Sí en caso de creer que estas medidas sirven para crear empleo,

⁷ En su versión originaria, el real decreto-ley establecía una fecha –inscripción con anterioridad a 1 de enero de 2012–, sin embargo la corrección de errores publicada en el BOE de 18 de febrero la elimina, sin duda con buen criterio, porque no tenía sentido esa limitación, perjudicando a quienes se inscribiesen a partir de esa fecha. Como veremos, otras «correcciones» son más discutibles.

⁸ Acerca de la distinción entre exención, bonificación y reducción, en el marco de un estudio general sobre las bonificaciones en España, *vid.* GRAU PINEDA, C.: *Bonificaciones a la cotización y fomento del empleo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 74-98.

como figura en la EM. No sí, en cambio, se atiende a la estadística que, a pesar de lo reconocido en el lugar de las grandilocuencias y las frases vacías –la EM–, pone de manifiesto que los incentivos económicos no crean empleo neto, sino que tan solo conceden preferencias de empleo a unos colectivos respecto de otros –efecto sustitución–. La coherencia teórica parece reñirse, pues, con la práctica.

En consecuencia, el establecimiento de este tipo de requisito resulta contraproducente en la práctica, porque «solo contribuye a dificultar el acceso a la medida, impedir que las empresas puedan hacer un uso normal y generalizado de esta».⁹ En suma, fuera de la «tribuna» para las fórmulas mágicas, que todos –incluido quien las pronuncia– saben que tienen realidad, la EM, el Gobierno hace una clara concesión al realismo y a la sinceridad. No es la creación de empleo lo que se quiere fomentar, sino la contratación de determinados colectivos en detrimento de otros, en este caso los jóvenes, a través de los contratos formativos, que de nuevo evidencian, como veremos, su naturaleza de dispositivos de inserción laboral que no de mejora de la cualificación por la actividad formativa.

3.2. Limitación de las bonificaciones por transformación de empleo temporal en indefinido a las empresas de menores dimensiones

Aunque individualmente considerados, los incentivos económicos pueden parecer de una escasa cuantía, lo que debilita su eficacia para el fomento de la contratación, atendidos al montante total sí representan un volumen significativo –se calcula que la actual reforma va a costar para el 2012, en bonificaciones, casi 300 millones de euros–, por lo que es necesario hacer un uso adecuado de los mismos. Pues bien, la EM dice perseguir un objetivo básico de «racionalización del sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, cuya práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia». A partir de este diagnóstico, sustancialmente correcto, se adoptan una serie de medidas que, teóricamente orientadas a su corrección, terminan, a mi juicio, reproduciendo algunos de sus peores males, como son su probada ineficacia para la creación de empleo –debido al referido peso muerto– y su instrumentación al servicio de la segmentación subjetiva del empleo creado –debido al citado efecto sustitución–.

Como resume la EM, aunque el cuerpo articulado aparece algo más confuso, por lo que luego se dirá, las bonificaciones previstas se dirigirán ahora (a) «*exclusivamente a las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores*» –selección de los beneficiarios empresariales por la dimensión de la plantilla, a fin de favorecer el empleo en las empresas de menos dimensiones, el 95% de nuestro tejido empresarial–, bien (b) por la *transformación de contratos* en prácticas, de relevo o de sustitución de la edad por jubilación en contratos indefinidos, o (c) bien por la *contratación indefinida*, a través de la «nueva modalidad contractual» y solo respecto de «*jóvenes de entre 16 y 30 años o parados de larga duración inscritos como demandantes de empleo al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación*» –criterio de selección subjetiva de carácter laboral: colectivos de desempleados beneficiarios–. Dado que lo más novedoso de la reforma reside en esta nueva modalidad de contratación indefinida, que merece un estudio detenido y separado, aquí vamos a dejar constancia de las bonificaciones previstas en el artículo 7 del RDL 3/2012 para las referidas empresas que transformen en indefinidos solo determinados contratos temporales.

⁹ Vid. PÉREZ DEL PRADO, D.: *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 141.

En efecto, se trata de los «contratos en prácticas», los de relevo y los de sustitución por anticipación de la jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración. Se trata con ello de favorecer las inversiones en formación realizadas por la empresa, contribuyendo a reducir por esta vía la tan comentada «dualidad de nuestro mercado de trabajo», en la medida en que la continuidad de esos trabajadores quedaría favorecida a través de las bonificaciones a la transformación en indefinidos. El intento del legislador ha venido siendo hasta el momento bastante hueró al respecto, cuando es una clave básica para favorecer un modelo asentado en la flexibilidad interna respecto de la externa –rotación contractual y despido–.¹⁰

A estas restricciones de base contractual –solo determinadas modalidades temporales, sin referencia a la base subjetiva laboral de tales modalidades contractuales– se le añaden otras relativas al ámbito subjetivo económico de aplicación –empresas de 49 o menos trabajadores; trabajadores autónomos y sociedades laborales o cooperativas que incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas opten por un régimen de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena–. La cuantía de la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social es de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, que se aumentan en caso de ser mujeres las personas contratadas a través de tales contratos que ahora se transforman en indefinidos, siendo en tales casos la bonificación de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

Finaliza el precepto con dos previsiones que recoge un régimen comúnmente aplicable a este tipo de programas y presentes en la legislación anterior. La primera es la recurrente llamada al régimen supletorio de la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006 –su art. 4.2, relativo a bonificaciones adicionales en la contratación de mujeres está derogado–. La segunda, es la atribución de una preferencia a estos trabajadores en cualquier medida de política activa de empleo, en especial en las formativas, al objeto de incrementar su cualificación profesional. Se trata de una genérica o abstracta, pero en todo caso positiva, regla de conexión entre los instrumentos de fomento económico del empleo y las políticas cualitativas de empleo. Debe recordarse, en relación con esta última constatación, que ya la Ley 35/2010 preveía algunos desarrollos para este enfoque coordinado entre instrumentos de política activa de empleo, como la disposición adicional cuarta –que la disp. derog. única del RDL 3/2012 no deroga–, relativa a planes específicos de formación para jóvenes y otras personas desempleadas.

Asimismo, en esta dirección se movieron ciertas previsiones de los Reales Decretos Leyes 1 y 3/2011, en relación de nuevo con jóvenes, mayores de 45 años y desempleados procedentes de ese sector hoy «demonizado», como es la construcción. En todo caso, conviene poner de manifiesto que, según los estudios más recientes disponibles en la materia, un estricto análisis coste-beneficio en tales casos arrojaría la conclusión de que resulta al empleador más beneficioso la contratación indefinida que la transformación.¹¹

¹⁰ Vid. PÉREZ INFANTE, J.I.: «Luces y sombras del mercado de trabajo en España: problemas, situación y tendencias», *Economía Industrial*, n.º 367, 2008, pág. 43.

¹¹ Vid. PÉREZ DEL PRADO, D.: *op. cit.* pág. 157, respecto del régimen precedente, análogo al actual. Distinto es el balance, a su juicio, para la contratación de las personas discapacitadas, pues en este caso sí resultaría más rentable la contratación temporal inicial y luego, en su caso, convertir el contrato en indefinido.

3.3. «Extraño modo de simplificar»: El sistema de incentivos económicos para la nueva modalidad de contratación indefinida

Pero, sin duda, la gran novedad en este ámbito de las políticas de fomento de empleo mediante la asignación de incentivos económicos que reduzcan los costes de la contratación de carácter indefinido está en el artículo 4 RDL 3/2007. En este precepto se crea una nueva modalidad de contrato indefinido para «apoyar a los emprendedores», derogando la regulada para el fomento del empleo indefinido en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 –que desaparece en virtud de la disp. derog. única, apartado 1, letra a) RDL 3/2012– y que se había revelado ya un sonoro fracaso. Lo primero que llama la atención –y no es lo más preocupante, desde luego– es que algunos integrantes del Gobierno se han pasado estos días hablando de la gran heterogeneidad de nuestro sistema de contratación laboral y de la necesidad imperiosa de su simplificación, sea o no a través del famoso e inconstitucional «contrato único», y luego se fie la medida más relevante de contratación indefinida a la creación de una nueva modalidad.

Por tanto, como veremos con algún detalle al analizar los cambios en las diferentes modalidades de contratación, el resultado final es el mismo: dos modalidades de contrato indefinido, una la general u ordinaria, y otra la selectiva o de apoyo a la iniciativa de los pequeños empresarios, a fin de que puedan contar con mano de obra para sus proyectos, al tiempo que contribuyen a reducir la escandalosa cifra de desempleados. Confiamos en que el balance final en términos de creación de empleos indefinidos no sea el mismo paupérrimo de la que ahora se sustituye. En cualquier caso, la nueva regulación está plagada de novedades, tanto en relación con su ámbito subjetivo –personas beneficiarias de este contrato–, cuanto a ciertas condiciones de contratación –más bien de resolución libre o *ad nutum*–, así como al sistema de incentivos económicos contemplados para estimular el recurso a esta modalidad contractual.

Dejando para el apartado dedicado a las novedades en materia de contratación el análisis del significado y alcance de esta nueva modalidad contractual de empleo «estable», aquí nos centramos en analizar las novedades del real decreto-ley relativas al sistema de incentivos económicos que hagan más atractiva su celebración. A tal fin, el artículo 4 diferencia las técnicas o instrumentos de incentivo en atención a los concretos colectivos de personas a los que quiere dar preferencia para esta contratación, favoreciendo la contratación de aquellas más jóvenes en detrimento de las «maduras» y en situación de desempleo prolongado. De este modo, por enésima vez asistimos a la perpetuación de efectos de estos dispositivos que se han revelado poco útiles para lograr sus objetivos, pero con el grave coste de la iniquidad, así como de la multiplicación de las desigualdades inherentes a todos los fenómenos de segmentación y de «doble escala de regulación –en este caso de incentivación–».

Desde esta perspectiva, lo más interesante es el *sistema de incentivos –deducciones– fiscales* a los contratos indefinidos de esta guisa a sumar, solo cuando se contrate a jóvenes de entre 16 y 29 años, ambos inclusive (art. 4.4 RDL 3/2012), a las *típicas bonificaciones de las cuotas sociales*, estas sí previstas tanto para los casos en que se contraten a jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, cuanto a parados mayores de 45 años y con una prolongada situación de demandantes de empleo –al menos 12 de los 18 meses anteriores a la contratación– (art. 4.5 RDL 3/2012). A su vez, se diferencian las deducciones fiscales entre que tales trabajadores jóvenes contratados resulten o no beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo. Por enésima vez, pues, se multiplican las reglas

de diferenciación o «señalización» de tratamientos según colectivos subjetivos –lo que luego lleva a la idea, equivocada pero sostenida por todo un ministro español de Economía en un artículo concedido a un célebre periodo inglés, de multiplicación de nuestros tipos de contratos–.

En efecto, caso de tratarse de beneficiarios de prestaciones por desempleo se prevé, como una clara medida de activación de estos desempleados, que a los *3.000 euros de deducción fiscal* lineal prevista con carácter general para tal supuesto –art. 4.4 a)–, se sume otra deducción fiscal cuya fijación se somete a parámetros más complejos y dependientes de la cuantía de su prestación por desempleo que aún le quedase por percibir al desempleado de 29 o menos años –repárese que los de 30 años no generan deducciones fiscales, solo bonificaciones–: una *deducción equivalente al 50 por 100 de la prestación pendiente de percibir en el momento de la contratación, con un límite de 12 mensualidades*.

No obstante, y para complicar aún más la previsión, se fijan una serie de reglas que condicionan el acceso a este beneficio fiscal.¹² Por cierto, que una lectura conjunta de los límites cuantitativos fijados a esta deducción y las condiciones para el acceso a la contratación deja al descubierto la gran precipitación de esta reforma en muchos de sus aspectos, pues el límite absoluto de los 12 meses es irreal, nunca llegará a alcanzarse en el actual ordenamiento, porque el máximo de protección por desempleo –en los raros casos en que un trabajador de estas características pueda llegar hoy a alcanzarla– es de 24 meses, la mitad por tanto 12 meses, sí, pero como se exige que haya recibido al menos 3 meses la prestación para contratarlo, parece claro –incluso para uno de letras como yo–, que el 50 por 100 del periodo máximo restante es *10,5 meses*.

Como puede comprobarse, la línea de política jurídica que traduce, en todo caso, es la de instrumentar una parte de los recursos públicos al servicio de la reducción de la estructura de costes laborales de los empresarios. Pero ahora, y recogiendo en cierto modo la crítica de ineficacia cuantitativa, no basta ya con bonificaciones sociales, sino que también se acude a los beneficios fiscales y, por si resultara poco potente el incentivo, hasta a la propia prestación por desempleo –como luego se analizará, la remuneración del trabajador se prevé que esté integrada, eso sí, de una forma voluntaria, al menos en teoría, tanto por el salario (probablemente muy reducido) cuanto por un porcentaje de su prestación (25%)–.

Con independencia de los incentivos fiscales anteriormente citados, las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de Empleo darán derecho a las siguientes bonificaciones, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

- a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante 3 años.

La cuantía se gradúa en sentido ascendente –para potenciar la continuidad– atendiendo al año de contratación: 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; 91,67 euros/mes

¹² Son tres reglas adicionales: el trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación; el importe de la deducción a que tiene derecho la empresa –siempre de 49 o menos trabajadores– quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral, de modo que no se modificará por ninguna circunstancia posterior; la empresa requerirá al trabajador un certificado del SPEE sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

(1.100 euros/año) en el segundo año, y 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. Cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores económicos en que estén infrarrepresentadas, las cuantías se incrementarán nada menos que en la «estimulante» cantidad de 8,33 euros/mes (100 euros/año).

El libérrimo régimen de resolución contractual del primer año hubiera exigido introducir mayores incentivos a las bonificaciones previstas para los siguientes, a fin de que actúen de modo efectivo como disuasorios de la ruptura antes de la finalización de los incentivos y pese a su carácter formalmente de indefinido.

- b) Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los 18 anteriores a la contratación, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante 3 años.

De nuevo se prevé un pequeño incremento cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado: 125 euros/mes (1.500 euros/año). Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social. Una vez más, se remite, como derecho supletorio –en lo no establecido en este art.– a las previsiones contenidas en la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006.

Para la aplicación de los incentivos –tanto fiscales como bonificaciones– se contemplan dos requisitos específicos. De un lado, el empresario deberá, según la típica regla establecida con carácter general en estos programas, *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. Con ello se querría evitar que se contratase solo «al calor» de los incentivos económicos y luego se olvidara de la continuidad en el empleo. Como es habitual en este tipo de regulaciones, se establecen una serie de causas que legitiman la continuidad del beneficio pese a la resolución del contrato.

Desde esta perspectiva, se entiende cumplida la obligación de mantenimiento del empleo pese a la extinción realizada del contrato de trabajo bonificado, cuando obedezca a un despido disciplinario procedente –declarado o reconocido como tal–, o a causas de extinción no obedientes a la voluntad del empresario, sino del trabajador –dimisión–, o a otros factores jurídicos vinculados a este –muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez–.

De otro lado, el apartado 8 del artículo 4 del RDL 3/2012 establece que, «a los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación». A mi juicio, no queda claro qué quiere significar estrictamente, aunque parece que está reintroduciendo, si bien de una forma difusa, lo que ha llevado a diversos autores a criticar que esta modalidad contractual no se vincule a la exigencia de incremento neto del empleo. Por lo tanto, bien pudiera sostenerse que con esa formulación, tan beneficioso –potente– sistema de reducción de los costes laborales solo será posible cuando el contrato estable signifique aumentar la plantilla respecto del momento de la contratación. La fórmula elegida es, sin embargo,

crítica y puede dar lugar a las más diversas lecturas. En todo caso, a mi juicio, ha de evidenciarse cómo selecciona diferentes parámetros en unos casos –reducción de cuotas para los contratos formativos–, y en otros –contrato indefinido para la promoción de la actividad de los emprendedores–. Así que tanto confía el Gobierno en que estos instrumentos crean empleo, y no solo lo «mutan» o lo «focalizan» hacia los colectivos priorizados, como deja de confiar en ello –art. 3 RDL–.

El régimen de exclusiones de este contrato será analizado al estudiar las novedades de las diferentes modalidades contractuales en su dimensión laboral en sentido estricto.

3.4. *Las medidas de transparencia y control de las bonificaciones y reducciones de las cotizaciones sociales*

El legislador completa este régimen de los incentivos económicos a la contratación con una serie de reglas, recogidas en la disposición adicional primera del RDL 3/2012, dirigidas a dar mayor transparencia a esta farragosa dimensión de las políticas de fomento de empleo. Si en un primer apartado clarifica –«cada oveja con su pareja»– la financiación de los incentivos –las bonificaciones de cuotas a cargo del SPEE y las reducciones a la TGSS–, en el segundo precisa el modo en que deben operar tales beneficios para las empresas –se aplicarán por los empleadores *con carácter automático en los correspondientes documentos de cotización*. Como es natural, todo ello sin perjuicio de su control y revisión por los organismos públicos competentes [Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y SPEE]–.

Para el buen funcionamiento del sistema de incentivos se establece una serie de deberes de comunicación interadministrativa periódica que facilite el control de una adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma.¹³ Un ámbito en el que los fraudes no son infrecuentes.

4. El «milagro de la resurrección» de las medidas de empleo en el horizonte de la olvidada EEE 2012-2014: «Un apaño, mientras tanto...»

«Lázaro, ¡levántate y anda!». Ese «poder de resurrección entre los muertos» –aquí, por fortuna, solo jurídicamente– ha creído conveniente ejercer el Gobierno –confiado no solo en el «milagro alemán», sino en los «nuevos milagros de Fátima»– al enfrentarse a ese inmenso y abigarrado mundo que es el de los programas de empleo y su marco regulador, dejando su necesaria y urgente ordenación para un momento posterior, para la segunda oleada de reformas del mercado de trabajo, que seguro hará en relativamente poco tiempo. En efecto, de todos es sabido que las políticas

¹³ De un lado, la TGSS facilitará mensualmente al SPEE– «el número de trabajadores objeto de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, desagregados por cada uno de los colectivos de bonificación, con sus respectivas bases de cotización y las deducciones que se apliquen de acuerdo con los programas de incentivos al empleo y que son financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal» –apartado 3–. De otro, y con la misma periodicidad, la Dirección General del SPEE, facilitará a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social «la información

de fomento en empleo en España están agotadas desde hace más de dos décadas y su ordenación adolece de un extraordinario caos que se propuso, con nulo éxito, corregir el RDL 3/2011, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y reforma de las políticas activas de empleo. Su disposición derogatoria única derogó la práctica totalidad de las existentes, si bien las mantuvo en vigor de forma provisional –disp. trans. tercera–, hasta que fuese aprobada la Estrategia Española de Empleo (EEE) 2012-2014, instrumento clave para definir el marco que había de regir el nuevo enfoque estratégico de las políticas de empleo en el territorio español durante este periodo, teniendo en cuenta los objetivos que se recogen en la Estrategia Europa 2020.

Pues bien, tal EEE fue finalmente, cierto que con extrema precipitación, aprobada a través del Real Decreto 1452/2011, de 31 de octubre. Las líneas acordadas sobre esta reforma, y que son tenidas en cuenta en el citado RDL 3/2011, tienen como principal objetivo *mejorar la eficiencia de nuestras políticas de empleo*, un objetivo que se manifiesta con mayor necesidad y urgencia de alcanzarlo en la coyuntura actual de la economía y el empleo dadas sus repercusiones en el funcionamiento y la situación del mercado de trabajo. En este marco de renovación y coordinación de tales instrumentos, «corto y perezoso», el Gobierno ha procedido a una contrarreforma en este punto. La razón reside en que ha derogado a su vez, con una disposición derogatoria única, con una extensión tal que prácticamente agota el abecedario español –llega hasta la u–, las disposiciones derogatoria y transitoria indicadas del RDL 3/2011, con lo que nos devuelve a la situación –insostenible por el abigarramiento que ha alcanzado ya el listado, incomprensible e incontrolable– anterior a ese real decreto-ley.

Al tiempo, y «por el mismo precio», aprovecha para re-centralizarlas. De modo que hace de todas ellas «medidas estatales», por lo que hace saltar en añicos el intento de la EEE, y su marco regulador, «de lograr un mejor encaje entre la competencia normativa de las políticas activas de empleo que corresponde al Estado, con la de su ejecución, que corresponde a las Comunidades Autónomas», sin perjuicio de preservar, al mismo tiempo, «la unidad en la atención de las personas en situación de desempleo». Una garantía de coherencia y coordinación que, como se sabe, brilla por su ausencia en el actual modelo español, que sigue asistiendo impasible a una ruptura real entre las políticas pasivas –competencia básica del Estado– y las activas –competencia fundamental de las comunidades autónomas–.

5. Las medidas de política de fomento del autoempleo juvenil: Ampliación de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo

La instrumentación de la protección por desempleo al servicio de la creación de empleo es una constante desde hace largo tiempo, y cada reforma sucesiva lejos de evaluar su eficacia real refuerza un uso que, sin duda, afecta a la propia sostenibilidad del sistema, al igual que las deducciones fiscales suponen una merma de los ingresos públicos para dedicarlos a los intereses generales. Entre las medidas más consolidadas de utilización de las prestaciones por desempleo para favorecer la creación

necesaria sobre el número de contratos comunicados objeto de bonificaciones de cuotas, detallados por colectivos, así como cuanta información relativa a las cotizaciones y deducciones aplicadas a los mismos sea precisa, al efecto de facilitar a este centro directivo la planificación y programación de la actuación inspectora que permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma».

de empleo está la llamada modalidad de pago único de la prestación contributiva por desempleo, que persigue favorecer la creación de autoempleo, esto es, la facilitación del crecimiento del tejido empresarial español mediante la ayuda a la financiación de pequeñas empresas, ya en régimen de autoempleo individual –establecimiento como trabajadores autónomos– ya en régimen de autoempleo colectivo –creación de fórmulas de trabajo asociado o empresas de economía social–. Con ello se persigue que la capitalización de la protección, a través de *un solo pago* de la prestación por desempleo, sirva para financiar –capitalizar– una actividad profesional como socio de una *cooperativa de trabajo asociado* o de una *sociedad laboral*, o como *trabajador por cuenta propia o autónomo*.

La reforma laboral aumenta, a tal fin, el importe a recibir hasta el 100 por 100 cuando los beneficiarios sean hombres de hasta 30 años de edad o mujeres de hasta 35, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud. El límite se fijaba anteriormente en el 80 por 100. Con la nueva regulación –disp. final decimotercera RDL 3/2012, que modifica la regla 3.^a del apartado 1 de la disp. trans. cuarta de la Ley 45/2002–, la regla general para tal capitalización a efectos de establecerse como trabajador autónomo sitúa el límite máximo en el 60 por 100 del importe total de la prestación que tenga pendiente de percibir.

Sin embargo, ni para las personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100 ni para los colectivos jóvenes indicados es aplicable tal límite. Recuérdese que una vez percibida la capitalización, están obligados a iniciar, en el plazo máximo de un mes, la actividad laboral, presentando ante la entidad gestora la documentación acreditativa del inicio. Asimismo, quienes perciban su prestación en esta modalidad de pago único no podrán volver a percibir prestación por desempleo hasta que no transcurra un tiempo igual al que capitalizó las prestaciones, ni solicitar una nueva capitalización mientras no transcurran, al menos, cuatro años. Con lo que se evidencia que estos trabajadores corren severos riesgos de quedarse sin protección si el negocio no resulta sostenible.¹⁴

6. Un ejemplo de las inercias ineficientes en políticas activas de empleo para las personas desempleadas: La nueva prórroga del ¿PREPARA?

Un buen ejemplo de la incapacidad de nuestros gobernantes para adoptar medidas realmente eficaces en este ámbito de las políticas activas de empleo la encontramos en los programas de «recualificación» pretendida de quienes llevan tiempo en desempleo, agotada ya incluso la protección por desempleo y que estableció el Real Decreto-Ley 1/2011, habiendo recibido ya dos prórrogas, la primera por Real Decreto-Ley 10/2011, y la vigente a través del Real Decreto-Ley 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. La *Resolución de 15 de febrero de 2012 del SPEE* acaba de ordenar el modo de articular la presentación de solicitudes para recibir ayudas económicas al respecto. Debe recordarse que el apartado III, del Acuerdo Social y Económico (ASE) incluyó el «Acuerdo sobre políticas activas de empleo y otras materias de índole laboral». Entre las medidas de carácter coyuntural para el periodo 2011-2012 se incluía la futura regulación de un «Programa de recualificación profesional de las personas que hayan agotado su protección por desempleo». El programa sería de carácter nacional (corriendo su financia-

¹⁴ La regulación está en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento de empleo.

ción a cargo de los presupuestos estatales), e incluiría de forma conjunta medidas de política activa de empleo y ayudas económicas de acompañamiento. Que el programa era de ámbito estatal, al igual que lo fue el PRODI (Programa Temporal de Protección por Desempleo e Inserción) quedaba claro en el ASE, al disponer que «el Servicio Público de Empleo Estatal será el encargado de la gestión y pago de estas ayudas económicas de acompañamiento». Tanta prórroga evidencia no solo la persistencia del problema, sino la inutilidad de la terapia.

7. Valoración global: «Una asignatura pendiente para septiembre»

Vista con cierto detalle la regulación que el comentado RDL 3/2012 hace de esta vertiente determinante de la reforma del mercado de trabajo –que, se insiste, no debería confundirse, como hace el Gobierno, con la de la legislación laboral, prácticamente la única afectada por la misma–, puede comprobarse que poco, o nada, se ha avanzado en la mejora necesaria en este ámbito. La confesada búsqueda de la «flexiseguridad» del mercado de trabajo –otro engendro comunitario que formula una dirección de política del Derecho laboral tan ambiciosa como vacua, de ahí su carácter «mágico» (como sinónimo de iluso), al igual que la utilizada de forma conjunta y simultánea, la de «empleabilidad»– y respecto de la cual no existe un solo modelo en la Unión Europea (UE), requiere cuando menos, para ser un poco creíble o fiable, compensaciones externas potentes. Así, la seguridad que se pierde en la relación laboral –tanto en las condiciones de empleo y de trabajo como en la estabilidad del puesto– a favor de la libertad que gana el empleador –esto es la flexibilidad ansiada y ahora lograda casi plenamente–, se mantenga o se recupere a través de la eficiencia de las políticas activas –colocación a través de los servicios de empleo y potente formación para el empleo, que reduce al mínimo tiempo la espera entre empleo y empleo, enriqueciendo mientras tanto el «patrimonio (capital) formativo» de las personas– y la garantía de la protección por desempleo.¹⁵

Sin embargo, lamentablemente, esa dimensión vital de la reforma, que podría merecerle la calificación de «equilibrada», ha sido objeto solo de tangenciales referencias, quedando en gran medida pendiente, por enésima vez, de una reforma seria, que es lo que sí necesita nuestro mercado de trabajo. Sin embargo, como se ha visto, la reforma perpetúa buena parte de los errores evidenciados hasta ahora, limitándose realmente a abrir –liberalizar– todas estas actividades de servicio público a un mercado competitivo de entidades privadas o «empresas de servicios de empleo» y «capitales humanos». No es que esos mercados y entidades no existiesen ya, solo que ahora se convierten en la gran apuesta pública en este ámbito.

¹⁵ Esta concepción tridimensional del «mercado de trabajo» como «institución social», por tanto, no como puro «mercado económico», está presente en la EM del RDL 3/2012, e ilustra el prometido enfoque «equilibrado» que el Gobierno dice perseguir, otra cosa es que, como quedará suficientemente acreditado –eso espero– en este estudio, ha pesado muchísimo más el factor «liberal» respecto del relativo a la «seguridad». En este sentido, aunque sea más cara a la galería, el Gobierno no tiene ningún empacho en afirmar con tono grandilocuente –a algunos quizás les parezca más bien sarcástico–, el propio de esta cada vez más inútil pieza de una norma que es la EM, que la reforma, inspirada en el valor de la «flexiseguridad», no trata sino de «... garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos», incluidos «los intereses de todos aquellos que estén buscando empleo» –EM, apartado I, *in fine*–.

III. LA FLEXIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN: ¿FOMENTO DEL EMPLEO INDEFINIDO O «BLANQUEO LEGAL DE EMPLEO TEMPORAL»?

Sumario

1. La *rara avis* de los contratos indefinidos: «Una modalidad muerta, otra más potente y resolutoria en su puesto».
2. La novedosa, pero parca y confusa, regulación del teletrabajo como nueva forma de organización descentralizada de la actividad profesional.

III. LA FLEXIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN: ¿FOMENTO DEL EMPLEO INDEFINIDO O «BLANQUEO LEGAL DE EMPLEO TEMPORAL»?

1. La rara avis de los contratos indefinidos: «Una modalidad muerta, otra más potente y resolutoria en su puesto»

El Gobierno actual –como el anterior– no se cansa de repetir machaconamente que el objetivo fundamental de la reforma es potenciar la flexibilidad interna en la gestión de la «mano de obra» –esta cosificación del factor trabajo aparece continuamente en el trasunto de la práctica totalidad de las reglas de reforma–. Pero realmente el paradigma al que responde esta «reforma completa» –al menos en su aspiración– es el propio de la «flexibilidad integral». Esto es, se quiere un margen de disposición empresarial de las personas que emplean y de las condiciones de trabajo que «disfruta» operativo y máximo –óptimo– en todas las fases de la relación de empleo –la de entrada (acceso mediante la contratación, que lejos de simplificarse se complica con nuevas modalidades), la gestión (desarrollo de la prestación de servicios o condiciones de trabajo a través del ejercicio de los poderes de ordenación y de cambio empresariales) y la de salida (a través de la facilitación, causal y económica, de la resolución del contrato celebrado)–. Si la primera y la última constituyen la llamada «flexibilidad externa» –de entrada y de salida–, la de en medio articula la «flexibilidad interna».

Aunque el énfasis se pone en esta, la que de verdad ha salido reforzada es la flexibilidad externa de salida, presentándose esta incluso como el principal aliciente de la flexibilidad de entrada, por paradójico que pueda resultar, en la medida en que el mayor aliciente para contratar que se propone es garantizar la confianza de los empresarios en que podrán desvincularse fácilmente, y en todo caso a un precio razonable –incluso reducido, en ocasiones, a cero euros– de los contratos firmados. El mejor ejemplo de esta instrumentación de las facilidades de resolución contractual al incentivo de la contratación indefinida lo hallamos en el principal reclamo establecido para la nueva modalidad de contratación «estable» en apoyo a los emprendedores, recogida en el ya referido artículo 4 del RDL 3/2012. Sin perjuicio del potente sistema de incentivos económicos –fiscales, bonificaciones sociales– concedidos para animar esta nueva modalidad, que sustituye a la prevista y ya desde hace años

fracasada modalidad de contrato indefinido regulada en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 –que ahora se deroga, como dijimos–, sus mayores atractivos están en la flexibilización –y debilitamiento– de dos condiciones, una de empleo y otra de trabajo.¹

Ambas novedades, la primera ciertamente mucho más intensa e inquietante para el jurista que la segunda, pues ya se contemplan medidas de este tipo –que combinan prestación por desempleo y salario en nuestro derecho– generan múltiples dudas.

Por un lado, en torno a su eficacia para conseguir el objetivo confesado por la EM, el fomento de empleo estable, ante los riesgos de que consiga precisamente todo lo contrario, la intensificación de la tasa de rotación del empleo, ya muy elevada en nuestro país. De otro, su propio encaje constitucional ante la necesidad de que el «derecho legal» no disturbe, por muy nobles que sean los objetivos de empleo que busque, el derecho constitucional a la causalidad de las extinciones laborales, según las previsiones del artículo 35 de la CE acorde con la doctrina constitucional y con la normativa internacional vigente, y por fortuna no disponible para cada legislador nacional, a la luz del Convenio 158 de la OIT.

Fuera del ya comentado sistema de incentivos típicos de una política de fomento de empleo indefinido, los aspectos más relevantes en el estricto plano jurídico-contractual de esta nueva modalidad de contrato pretendidamente estable son tres. El primero tiene que ver con el también referido ámbito subjetivo de aplicación, esto es, con los sujetos contratantes, tanto del lado del empleador como del trabajador. Aquí ya han surgido las primeras dudas en torno a su legitimidad constitucional. Primero porque «señaliza» –incluso «discrimina»– fuertemente los colectivos beneficiarios, reduciendo los titulares potenciales de tales contratos solo a los jóvenes de 30 o menos años –aunque, eso sí, como vimos, con diferente tratamiento de beneficios económicos para el empleador según la edad, lo que puede resultar caprichoso en el caso de los trabajadores de 30 años que, a diferencia de los de 29, su contratación no conlleva beneficios fiscales de los previstos en el art. 4.4 a) y b), sí bonificaciones– y a los mayores de 45 años que lleven inscritos en las oficinas de empleo al menos 12 meses en un perio-

¹ Para la distinción, *vid.* STS, 4.ª, de 11 de abril de 2005 (NSJ019482). Más recientemente, profundiza en esa distinción el interesante voto particular formulado por el magistrado Martín Valverde a la STS, 4.ª, de 31 de marzo de 2011 (NSJ040441). Esta sentencia enjuició la legitimidad de un pacto contractual que establece un plazo de preaviso superior al del convenio colectivo, entendiendo que era ilegítimo porque 1) el pacto contractual se refiere a «derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral» y por tanto no puede establecer «en perjuicio del trabajador» «condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones de los convenios colectivos»; y 2) que la ampliación a dos meses del preaviso de extinción cumple estos dos requisitos fijados en el artículo 3.1 c). En cambio, para el voto particular, «el pacto de preaviso enjuiciado, al ser bilateral, no es un pacto en perjuicio del trabajador, sino un pacto en el que los sacrificios se imponen a ambas partes del contrato. Por otra parte, no se trata tampoco de un pacto contrario a las previsiones del convenio colectivo, habida cuenta de que lo que ha contemplado es un preaviso mínimo de extinción y no un preaviso de extinción rígido o inmutable. En cualquier caso, y esta es la objeción principal a la posición de la mayoría, el preaviso de extinción no es un derecho o una obligación "concerniente a la relación laboral", es decir, una condición de trabajo en sentido propio y estricto, sino una obligación concerniente a la extinción de la relación de trabajo, es decir, perteneciente al género de las cláusulas o condiciones de empleo en el sentido técnico que tiene la expresión de acuerdo con la doctrina científica y con nuestra jurisprudencia». Pues bien, en el ámbito de las «cláusulas de empleo» relativas a la extinción del contrato de trabajo «el canon de enjuiciamiento de las condiciones pactadas no es ya el *favor laboratoris*, sino, como apunta el artículo 49.1 b) del ET, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes limitada por el abuso de derecho. Así las cosas, yo no encuentro rastro alguno de abuso de derecho en una cláusula bilateral de ampliación del preaviso a dos meses en el contrato de trabajo de la "directora de oficina" de una ETT. Parece lógico que tanto la empresa como la directora adopten acuerdos de este tipo, favorables en principio a sus intereses respectivos, en virtud de los cuales es factible conocer con una antelación de dos meses la decisión extintiva de la otra parte».

do de 18. Segundo, porque tan solo permite beneficiarse, del lado del empleador, a las empresas de menos de 50 trabajadores —49 o menos, por tanto—, convirtiéndose en un instrumento de apoyo a las medianas y pequeñas empresas, en detrimento de las más grandes.

Pues bien, a mi juicio, ninguno de estos dos reparos son suficientemente sólidos y, en consecuencia, pueden superar perfectamente el juicio de constitucionalidad, pues se trata de «acciones positivas» a favor de colectivos que, en el caso de los trabajadores, queda más que sobradamente probado en el plano estadístico que sufren con mayor rigor la crisis. En el caso de las empresas de menores dimensiones sabido es que en los orígenes mismos del Derecho del Trabajo y desde luego en el ET está escrito el gen de la diferencia reguladora entre las empresas atendiendo a su tamaño y, por lo tanto, esa dimensión modula la configuración de las instituciones laborales. En consecuencia, para los trabajadores no es sino un conjunto de medidas que persiguen, otra cosa es que lo hagan con la suficiente eficacia, compensar la peor posición que estos colectivos tienen en el mercado.

Para los empleadores —aunque el precepto prefiera mejor el recurso a ese concepto de moda, pero que no es sino un eufemismo para evitar el verdadero, y a lo que se ve poco «simpático», concepto, el de «empresario»— se trata de favorecer la creación de empleo a través de iniciativas que se demuestran más eficaces en la creación de empleo y que también sufren más la crisis por tener menor liquidez y, por lo tanto, mayores dificultades económicas. En suma, no es la restricción de su ámbito subjetivo —económico y laboral— lo que debe suscitar mayores dudas de constitucionalidad, sino más bien lo contrario, su generalización subjetiva, promoviendo un sistema de dualismos reguladores conforme al cuestionado y cuestionable esquema de las «dobles escalas».

En cambio, extremadamente dudosa es la legitimidad constitucional del segundo de los aspectos relevantes aquí, la cláusula legal de empleo relativa al periodo de prueba. En este caso, el establecimiento de un plazo tan extraordinariamente largo —nada menos que un año—, que dobla el periodo máximo fijado por la regla general del artículo 14 del ET, sí que incide de un modo muy negativo en la configuración de esta modalidad contractual como causal. Aunque formalmente el contrato se configura como «por tiempo indefinido» y «a jornada completa», sin más excepción reguladora estatutaria que la relativa al artículo 14 del ET (periodo de prueba), la introducción de una *norma de orden público económico-laboral* que establece ese plazo en «un año en todo caso», por tanto indisponible —para la autonomía colectiva, por supuesto, no así para la autonomía privada—, lleva a una profunda desnaturalización de este contrato como indefinido. En realidad, al incluir obligatoriamente la ley un periodo de prueba, a diferencia del carácter potestativo que tiene en el artículo 14 del ET, se está configurando un contrato sometido a un larguísimo plazo de libre desistimiento para el empleador —la posibilidad prevista igualmente para el trabajador es pura formalidad siempre, pero en un contexto de profunda crisis de empleo resulta casi un sarcasmo—, que reduce a pura formalidad el carácter estable pretendido.

Cierto, hay algún ejemplo en la UE que establece periodos de prueba de esta extremada duración, como es el caso de Reino Unido. Pero además de resaltar que se trata de una importante singularidad respecto al resto, como prueba que la mayoría lo sitúan en seis meses (Alemania, Italia, Suecia), u 8 meses máximo (Francia), debe tenerse en cuenta que se trata del modelo más desregulado y de tradición liberal de todos. Su tradición es la de dejar al margen la regulación legislativa y propiciar la contractual, lo que contrasta fuertemente, o, mejor, contrastaba abiertamente —tras la

reforma revisionista del ET el juicio debe ser más moderado en torno a nuestras diferencias, ahora más bien convergencia— con el continental.

Por tanto, a mi juicio, una *cláusula contractual ex lege* de esta guisa resultaría en gran medida desproporcionada, porque supone un sacrificio excesivo para el derecho constitucional del trabajador a una causa justa de extinción. Téngase en cuenta que ya se ha flexibilizado y abaratado mucho la extinción, por lo que el empleador goza de suficiente flexibilidad externa como para no tener sujeto al trabajador a una situación de libre desistimiento durante un plazo tan prolongado —por tanto sin causa y sin indemnización (un sucedáneo jurídicamente anómalo pero económicamente muy útil del despido libre y gratuito)—.

Podría pensarse que la exigencia legal de una continuidad de al menos tres años para mantener los beneficios económicos sirve de suficiente disuasión para que no se produzcan esas extinciones tan anticipadas, pero no menos cierto es que tradicionalmente ningún incentivo de este tipo ha sido suficientemente relevante para frenar tales decisiones. Si no ha servido el pago de 45 días de despido —más del doble de la media europea— para impedir una destrucción masiva, no parece que la amenaza de pérdida de los incentivos económicos vaya a ser un desincentivo.

Se abre, pues, un intenso debate, debiendo desempolvarse la doctrina constitucional, según la cual el artículo 14 del ET «no puede ejercitarse de forma arbitraria» —STCO 166/1988—, aunque la haya esgrimido y desarrollado para evitar comportamientos por parte del empresario discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales. No obstante, hacía interesantes reflexiones en torno al deber del empleador de probar una causa resolutoria o de desistimiento «razonable, excluyente de la violación del derecho constitucional, que ampara la igualdad en el acceso al trabajo (art. 35 CE)». Y también del Tribunal Supremo, en torno a la necesidad de relacionar la duración del periodo de prueba con el tipo de relación y el nivel de cualificación, a fin de evitar resultados desproporcionados y abusivos. A este respecto, debe recordarse que la experiencia convencional española conoce casos de periodos de prueba muy largos —incluso de dos años—. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo asentó como doctrina que «una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho periodo, bien puede sugerir —como ha puesto de manifiesto la doctrina científica— que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social» (STS, 4.ª, 20 de junio de 2011, —NSJ042403—).²

² Sigue diciendo esta sentencia, que, en tales casos, «contrariamente a lo que entiende la sentencia recurrida, los Tribunales Laborales pueden declarar su nulidad bien sea a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, bien lo sea por la modalidad del conflicto colectivo o, en su caso, los Tribunales pueden dejar de aplicar la cláusula en cuestión, cuando se invoque por un trabajador la figura del fraude de ley. En este sentido, la sentencia de esta Sala de 27 de diciembre de 1989, ya calificó de fraudulenta la libertad empresarial de desistimiento a la que hace referencia el número 2 del repetido artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores ..."en tanto que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de esta prueba". De ahí que concluya, con la STS, 4.ª, de 12 de noviembre de 2007, RCU 4341/2006, que la «desvirtuación de la razón de ser en el presente caso de la institución del periodo de prueba conlleva a que declaremos nula por abusiva la cláusula contractual de un año de duración del periodo de prueba, y siendo ello así, es claro que el cese —transcurridos ya 360 días de prestación de servicios— amparado en la no superación de tal periodo de prueba, constituye un despido improcedente, al que deben anudarse las consecuencias legalmente establecidas».

La cuestión aquí está en determinar hasta qué punto el legislador sí puede quebrar la finalidad tradicional de la institución, y transformarla en aras de un mayor reclamo para el fomento del empleo de jóvenes que soportan el 50 por 100 de las tasas de desempleo. Y es aquí, de nuevo, donde resurge el argumento de la proporcionalidad. El legislador puede introducir un sacrificio de derechos individuales a favor de políticas de empleo, siempre que haya motivos objetivos y razonables. Y aquí los hay. Ahora bien, no puede hacerlo con tal magnitud que suponga un sacrificio excesivo de sus derechos, eludiendo la estabilidad del artículo 35 de la CE, sin ninguna indemnización de ruptura. Por tanto, la situación del trabajador quedaría aún peor que con el viejo, derogado y contra-productivo contrato temporal de fomento de empleo sin causa, que al menos preveía una indemnización de 12 días de salario.

Al respecto, y a mayor profundidad de argumentos, debe tenerse en cuenta que no estamos formalmente ante un contrato temporal, por lo que la norma legal no impide, salvo fraude de ley o abuso de derecho –pero entonces hay que probar tales anomalías jurídicas–, que puedan encabalgarse diferentes contratos de este tipo con la misma persona y la misma empresa –o integrante del mismo grupo empresarial–.³ Desde esta perspectiva, no estaría de más profundizar en la posibilidad de acudir a la jurisprudencia del TJUE –Sentencia de 23 de abril 2009, Asunto Angelidaki y otros (NSJ028129)– relativa a la prohibición de reglas legales que permitan de un modo general y abstracto enlazar contratos. Es verdad que lo afirma para los contratos temporales, y este no lo es, pero no menos cierto es que defiende el efecto útil de las normas comunitarias, y una regla de este tipo puede burlarlo pues, como recordaba el Tribunal Supremo, el efecto es en realidad el mismo. En este sentido, el derecho comunitario se opone –o debería oponerse– a normas nacionales que proponen una suerte de «blanqueo legal de empleos temporales», eludiendo las normas de protección de estos. En suma, el legislador puede, y puede mucho, pero no lo puede todo, y los principios jurídicos, tanto constitucionales como comunitarios, son una fuente del derecho que modulan su poder, aun con mayoría –autoridad– absoluta.

Finalmente, debe comentarse la especialidad jurídico-retributiva que supone para este contrato de fomento de empleo pretendidamente estable el que se prevea la posibilidad de combinar una parte de la prestación por desempleo, nada menos que el 25 por 100 de la misma, con el salario –art. 4.4 b) segundo párrafo RDL 3/2012–. De este modo, se confirma una vez más que el trabajador sí asume una parte del riesgo de empresa, pero no sus beneficios.

En este caso, en mi opinión, no hay ningún problema de legalidad formal, porque esta posibilidad ni es ajena a nuestro Derecho –art. 228.4 LGSS– ni se establece con carácter obligatorio, sino voluntario. Ahora bien, es más que evidente que con regulaciones de este tipo se introducen fuertes presiones para que, en un contexto de intenso desequilibrio de posiciones entre empleador y trabajador –no ya porque sea inherente a la relación laboral, sino por el actual contexto que vivimos y la lógica dominante en torno a la diagnosis y terapias, erráticas, dadas a la crisis–, se tienda, también por esta vía, a contrataciones basadas en bajos salarios, ahora con la excusa de que no hay daño para el trabajador, pues compensa con la prestación.

³ No hay más limitación que el proceder a despidos declarados improcedentes por causas objetivas, judicialmente declarados como tal, o despidos colectivos, seis meses antes, según el artículo 4.6 del RDL 3/2012. Al contrario, el enunciado de esta prohibición promueve el encadenamiento, al limitar la prohibición solo al mismo grupo profesional y al mismo centro, por lo que bastará encuadrarlo en otro grupo o en otro centro para eludirla.

En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de las medidas de flexibilidad interna –suspensión de los contratos y reducción de jornada; arts. 15 y 16 RDL 3/2012–, no se han previsto medidas de protección especiales para estos casos. Por ejemplo, si quería de verdad promoverse una asunción compartida de la remuneración del trabajador entre el empleador y la Seguridad Social, a favor del empleo de los jóvenes –golpeados por un dramático 50% de desempleo–, que respondiese a la exigencia de equilibrio, urgido por el modelo de constitución de relaciones laborales y proclamado a bombo y platillo por la EM, bien podía haberse previsto algún tipo de medida de compensación, como un diferente, y más beneficioso, claro, cómputo del periodo de compatibilización, o incluso el reconocimiento del derecho a la reposición de una parte del periodo consumido.

1.1. Las novedades en el contrato de formación a fin de convertirlo en un contrato de inserción laboral de los jóvenes

Oficialmente el eje del discurso relativo a las medidas de fomento de empleo mediante la adaptación contractual a las necesidades de la empresa, no ya solo respecto de los reiterados incentivos económicos, se centra en la contratación indefinida. Pero, una vez más, lo cierto es que el empleo temporal sigue estando en el eje de las reformas españolas. En especial los contratos temporales orientados a favorecer la inserción de ciertos colectivos, que no han dejado de estar presentes desde 1984, habiéndose agudizado en los últimos años, tras un periodo de estancamiento y retroceso a finales de los años noventa y principios de este siglo.

En este rumbo, siempre que ha habido una reforma los contratos formativos se han visto implicados, sobre todo el que se viene previendo desde tiempos inmemoriales para los colectivos de jóvenes «aprendices» sin cualificación. Aunque los nombres han ido cambiando, hasta llegar a la extraña situación actual –que evidencia el claro desconcierto en este ámbito– de mantener las dos denominaciones –formación y aprendizaje–, las líneas de política del derecho han sido las mismas: aparentemente mejorar la dimensión formativa de los mismos, pero realmente ampliar las posibilidades de uso –desnaturalizado– de estos contratos como de inserción.

A cada reforma le ha sucedido un fracaso más sonado, por lo que sigue siendo una cuestión continuamente pendiente. No sorprende que también este Gobierno haya caído en la tentación de aportar su «granito de arena» para tratar de cambiar esta situación de deficiencia histórica. Sin embargo, apenas contiene novedades el nuevo régimen que se establece para la modalidad de contrato formativo contemplada en el artículo 11.2 del ET, y las que hay tienden a consolidar esa instrumentación del contrato formativo al servicio de la pura inserción en el mercado, al coste que sea, más que a garantizar una formación de calidad, sea para ampliar sus oportunidades de promoción sea para prevenir mejor el riesgo de desempleo.

Como es sabido, son cuatro básicamente las claves de este contrato para entender esta normalización de la anomalía jurídica contractual en pro de la batalla de la inserción de personas que no tengan cualificación en el mercado, desbordando la originaria imagen de contratos de empleo juvenil. A saber:

La primera tiene que ver naturalmente con el ámbito subjetivo. Si se tratara de verdad de contratos para la formación de jóvenes se mantendrían los límites de edad dentro de un arco razonable, que se sitúa ahora entre los 16 años y los 24 años –esta edad inclusive–. Pero más allá de la clásica eliminación del límite de edad para las personas con discapacidad, ahora se mantiene una regla de excepción, que evidencia con nitidez este sometimiento pleno del contrato al objetivo de la inserción ocupacional. Así, «hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15% por 100» –criterio estadístico ocupacional–, se podrá realizar un contrato para la formación y el aprendizaje –disp. trans. novena RDL 3/2012, que deroga la disp. trans. séptima de la Ley 35/2010, que es la que introdujo una regla de este tipo–, «con trabajadores menores de 30 años», con lo que, por enésima vez, en tiempos de crisis profunda aparecen normas de emergencia, que dejan en papel mojado las reglas generales, como la del límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del artículo 11.2 a).

La segunda tiene que ver con la duración, pues es evidente que por nula o muy poca cualificación que se tenga, la formación inicial, la que inserta de una manera u otra en el mercado de trabajo, debe estar acotada en el tiempo, sin perjuicio de ser preciso luego una formación profesional continuada, pero ya como vía de promoción y garantía de continuidad en el empleo y no de inserción. Pues bien, en esta materia no hay novedad relevante, aunque sí se cambia el enunciado de la letra b) del artículo 11.2 del ET, que a mi juicio ahora resulta más clara. El precepto es preciso: la duración mínima será de un año y la máxima de tres. Un convenio colectivo puede disponer, por razones organizativas o productivas, tanto del mínimo como del máximo, pero aquel nunca podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años.

La redacción ahora es más directa y evidencia esa voluntad de simplificar los textos y llevar a su máxima expresión las posibilidades de gestión flexible. Como es natural, si tenemos en cuenta la regla de la edad y la de la duración, es claro que nos podemos encontrar con unos «aprendices sociales atípicos», como son los mayores de 27 o 28 años hasta los 32. En fin, en un tiempo en el que todo se dice muy acelerado, vemos que ciertas etapas parecen ir en la dirección contraria, como la de «aprendizaje inicial».

Pero la duración del contrato tiene otro aspecto a considerar. Nos referimos a la mayor o menor facilidad que haya para prolongar la duración a través de un nuevo contrato de este tipo. Pues bien, aquí la reforma nos reserva otra sorpresa y del mismo signo promotor de un uso anómalo jurídica y profesionalmente de estas modalidades contractuales, rayanas en la arbitrariedad, como es la posibilidad de configurar lo que puede llamarse *contratos formativos de múltiples aprendizajes*. En efecto, la letra c) del artículo 11.2 del ET sigue manteniendo la prohibición de que se pueda contratar bajo la modalidad de este contrato, una vez expirado el plazo máximo, al mismo trabajador y en la misma o distinta empresa. Ahora bien, sin ningún tipo de sutileza, ahora precisa que esa *prohibición* lo será tan solo para *la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero no para una distinta*. Puede pensarse que realmente no aporta ninguna novedad jurídica, pues esa opción ya existía antes, aunque fuera poco frecuente. No obstante, ahora queda claro que no le importaría al Gobierno fomentar que un mismo trabajador pueda estar cubriendo todos y cada uno de los puestos de una misma o distinta empresa a través del encadenamiento de los contratos formativos, por lo que tendría más posibilidades cuanto antes empezara, pues desde los 16 años hasta los 32 años hay un margen de edad suficientemente significativo como para asegurarse que «se ha sido cocinero –jardinero, albañil, fontanero...– antes que fraile»...

El tercer aspecto relevante para configurar realmente el contrato –al margen de su eficacia, naturalmente, que esa ya hemos dicho que es prácticamente nula desde hace más de dos décadas y así seguirá siendo, sin duda, por la falta de atención a los aspectos de verdad significativos– que aquí se analiza es la formación, pues no en vano es el objeto singular del contrato –el intercambio de menos salario por formación en alternancia con el trabajo in situ, en la empresa–. En este ámbito, y al margen de las llamadas a un nuevo desarrollo regulador en el plano reglamentario –que tendrá que afectar también a los aspectos financieros–, lo más destacado es que se vuelve a un modelo de interiorización en la fábrica de la formación, con lo que se retorna al modelo precedente a la reforma de 2010, que ya se había mostrado un gran fracaso. Por lo tanto, ya no serán solo los centros formativos que forman la red del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, también las empresas.

Con ello se quiere emular el modelo alemán de formación en la fábrica, haciendo de esta no ya solo una unidad productiva sino la principal unidad formativa para el empleo. Como es natural, se le exige que cuente con ciertos requisitos de acreditación y sin perjuicio de la previsión de la conveniencia, pero solo «en su caso», de recibir formación complementaria en los centros de la red institucional –art. 11.2 d) ET–. Esa formación debe ser adecuada para que pueda obtener el trabajador la debida acreditación formalizada de la misma –letra e)–.

La dimensión formativa se complementa con la cuestión relativa al periodo dedicado a aquella en el contrato. A más periodo formativo más atención a esta vertiente cualitativa, a menos dedicación formativa más dominio del objetivo puro de la inserción ocupacional. Pues bien, en este punto también encontramos una relevante novedad, en la medida en que ahora se reduce el periodo máximo de formación, graduando los periodos según el año en que se encuentre de contratación. Así, conforme se asciende en el tiempo de contratación crece el periodo de actividad laboral –75% el primero, y 85% en el segundo y en el tercero–. Antes de la reforma el periodo máximo de trabajo efectivo era uniforme para todo el periodo contractual, situándose en el 75 por 100. A mi juicio, ese aumento, aunque contradice la vocación formativa, se revela coherente con el proceso de aprendizaje en sí, en la medida en que la prolongación del contrato implicará una menor actividad formativa específica inicial.

Finalmente, el último aspecto relevante para la comprensión del sentido de este tipo de contratos es, cómo no, las concretas condiciones de trabajo de que disfrutan, sea con un carácter estrictamente laboral sea social –protección por desempleo–. En este aspecto nada se ha cambiado, lo que ya es buena noticia, por cuanto se consolidan las mejoras que tuvieron lugar con la reforma de 2010 –que como se sabe garantiza el salario mínimo interprofesional (SMI) proporcional al tiempo de trabajo efectivo, lo que tampoco es muy tranquilizador, siendo la regla general la remisión al convenio colectivo–. Asimismo, se mantiene la equiparación protectora en lo social –letra h)–.

1.2. El fin de una regla de excepción: El anticipo de la reactivación de los límites al encabalgamiento de los contratos temporales

Como estamos viendo, el Gobierno ha ido incluyendo en todos los bloques o ejes de la reforma alguna medida de garantía social, real o pretendida, que permita justificar –más bien excusar– su discurso sobre el carácter «equilibrado» de la reforma. En esta dirección de garantías para la seguridad o la estabilidad en el empleo, y que se vincula a la ordenación de las modalidades contractuales temporales, hemos de hacer una llamada a la reactivación que propone la reforma de la técnica de control

preventivo del abuso de la contratación temporal. Este dispositivo había quedado en suspenso durante dos años por el artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto. La razón de tan radical actuación contra una regla de racionalización jurídica de la desbordante contratación temporal en España y que no hacía sino seguir la línea más difundida en los países de nuestro entorno (en Alemania el límite es también de 24 meses, en Francia se prevé también ese límite de 2 años, e incluso en el liberal Reino Unido) fue la de acoger la gran crítica empresarial, que llevó, en un momento de legislación de excepción o emergencia, más promovida o inventada que real, a su puesta en cuarentena.

Ahora, esta excepcional norma –a mi juicio contraria a la normativa comunitaria⁴ se acorta en su plazo de vigencia, de modo que se reactivará la regla de fijación de la fijeza por el encabalgamiento de contratos de trabajo temporales el 1 de enero de 2013 –el anterior Gobierno la situaba en septiembre 2013–.

1.3. Diagnósticos erróneos, expectativas fallidas: El enésimo intento, pero poco convencido, para fomentar el «empleo a tiempo parcial»

Pero si por esta vía del control preventivo del abuso de la contratación temporal, que deriva de la regulación comunitaria y está presente en diversos países de la UE, sucediera, lo que no es muy probable, que los empresarios vieran mermadas una de sus principales vías para la introducción de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, ya el Gobierno ha previsto otra vía contractual para contar con todo el «crédito de flexibilidad» que precisen. En este sentido, una vez más, como ya sucediera en 1994 y en posteriores reformas, *el contrato a tiempo parcial* aparece como una pieza estrella para combinar los dos objetivos básicos de la reforma, al menos en su discurso, otra cosa será en sus prácticas: la creación de empleo, aunque sea bajo modalidades menos tuitivas, pero razonables, por un lado, y la mejora de la capacidad de los empresarios para adaptar la mano de obra a sus necesidades, a través de los ajustes del tiempo de trabajo, de otro. A este respecto, nadie duda de que esta modalidad de contratación, regulada en el artículo 12 del ET, está urgida de una importante reforma, profunda sin duda, tanto para simplificarla y hacerla un instrumento útil y ágil para el empleador, lo que ahora no sucede, y también para librarla de la «leyenda negra» –pero en gran medida cierta– que le acompaña, por ser una fuente de abusos y discriminaciones, sobre todo para algunos colectivos, en particular los jóvenes y sobre todo las mujeres, que se concentran en demasía en estas modalidades –sesgo de género de esta modalidad contractual–.

En principio, esta modalidad contractual se presenta con un extraordinario potencial de crecimiento. Así lo acreditaría el extremo diferencial que existe del uso de esta modalidad contractual en España respecto de los países europeos que nos deben servir de referencia. Mientras que España apenas alcanza un 13,5 por 100 de contratos a tiempo parcial, la media de los países comunitarios está significativamente por encima.

⁴ Como ha recordado recientemente la STJUE de 26 de enero de 2012 (NSJ42710), siguiendo una jurisprudencia reiterada y muy contundente en este ámbito (ejemplo, STJUE de 23 de abril 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07): «una disposición legislativa o reglamentaria nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias...» de la Directiva comunitaria 1999/70/CE. A mi juicio, aunque la suspensión de la regla de limitación no supone en sí misma una autorización para los encabalgamientos sucesivos, pues sigue estando en vigor la regla de la prohibición del fraude de ley, sí que en nuestro país, como muestra la estadística, tiene un efecto análogo, por lo que la Directiva pierde su efecto útil.

Así, algunos de los más relevantes en torno al 30 por 100, como es el caso de Alemania, Reino Unido, Suecia, Dinamarca, Países Bajos, esto es, algunos de los países más competitivos y con menor tasa de desempleo de la UE. En este contexto, en este último tiempo han estado de moda los tan célebres como temidos en nuestro país –con toda razón– «mini-empleos» («minijobs») y los «medio-empleos» («midi-jobs»), que sumarían en la Alemania tan próspera –pero ya en recesión también– la friolera de 7 millones nada menos de contratos de este tipo –aunque no implique que cada contrato sea un trabajador, pues una persona puede acumular varios–. Lo característico de este tipo de contratos es que se trata de modalidades de bajos salarios –en torno a los 400 euros/mes los «mini» y 800 los «medio»–, una parte de la cual la paga el sistema público, tiempo reducido de trabajo –no más de 15 horas a la semana– y reducidos derechos de protección social. Vamos, ¡una ganga!

En consecuencia, en un marco de fascinación o seducción alemana, un análisis comparado entre unos porcentajes y otros de empleos a tiempo parcial pondría de relieve un importante espacio de crecimiento para estos contratos en España. Unos contratos que han venido cubriendo dos funciones básicamente, como se dijo, de un lado, la de permitir una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y, de otro, la de potenciar un cierto reparto del empleo entre diversos colectivos de trabajadores. Si bien ha evidenciado más la eficacia para lo primero que para lo segundo. De hecho, y de derecho, así ha sucedido desde 1998, cuando apenas contábamos con un 8 por 100 de contratación a tiempo parcial, por lo que se ha producido un apreciable crecimiento en estos años –en la década de los ochenta y primeros años de la del noventa apenas eran el 4%–.

Ahora bien, debe tenerse cuidado con este tipo de análisis y huir de automatismos, tan frecuentes en estos tiempos, que nos quieren hacer creer que todas las opciones contractuales son trasladables, sin más, de unas experiencias y modelos a otros, con culturas y tradiciones diferentes. Hoy se asume como una evidencia en la economía y en la sociología del trabajo que una pieza o institución del sistema de contratación y de relaciones laborales en general no es posible que se tome de forma aislada, por lo que no es exportable –o importable– sola, como hoy parece abundar en los discursos y en ciertas políticas de reforma de los mercados de trabajo.

Desde esta perspectiva de diferencia social institucional, de isomorfismo institucional laboral, hay que tener en cuenta tres aspectos. De un lado, el trabajo a tiempo parcial no es una realidad uniforme en todos los sistemas de relaciones laborales, ni europeos ni occidentales. Así, por ejemplo, España está más o menos en la media de países como Francia (18%) o Italia (15%), y desde luego supera el porcentaje con mucho del que nos presentan países de tanta relevancia económica como EE.UU. (apenas un 8,5%).

De otro, ha de recordarse que España (25%) sigue doblando la media europea de contratación temporal, como sucede respecto de países de tanta relevancia en nuestro contexto como Alemania (14,7%), Francia (15%), Suecia (16%), Italia (13%), cuadruplicando el porcentaje de otros, como es el caso de Reino Unido (algo más del 6%). Eso significa que los efectos de flexibilidad de las relaciones de trabajo y de las formas de empleo que buena parte de los países europeos logran con el empleo parcial, España lo canaliza –y aún sigue– a través de la contratación temporal. Por lo tanto, no es posible que se puedan combinar de modo simultáneo ambas «culturas empresariales» y «laborales» –la del empleo parcial y la del empleo temporal–, siendo más bien vasos comunicantes, de

modo que lo que se pierda en temporalidad con la reforma podría ganarse en parcialidad, pero no simultanearse, a riesgo de introducir una fractura extrema, una extraordinaria precariedad laboral.

Finalmente, la experiencia enseña que solo puede funcionar con cierta eficacia si se promueve un régimen regulador equitativo, que equilibre realmente flexibilidad en su gestión y protección frente a discriminaciones. Recuérdese a este respecto que el TJUE ha evidenciado en este tipo de contratos una parte significativa de las discriminaciones indirectas.

Sea como fuere, lo cierto es que nada de esto aparece en la reforma. Y lo único que hay de nuevo en esta materia resulta, a mi juicio, completamente irracional, jurídica y también económicamente, pues no ha tenido otra ocurrencia el Gobierno que, ebrio de espíritu liberal, levantar la prohibición específica de realizar bajo esta modalidad horas extraordinarias, cuando ya existen las horas complementarias –art. 5 RDL 3/2012, que da nueva redacción a la letra c) del art. 12.4 ET–. Ahora ambas serán acumulables hasta el límite del contrato. De este modo, no solo se ignora –contradiendo el objetivo de la creación de empleo– lo contraproducente que resulta rehabilitar el mecanismo de las horas extraordinarias como una vía para lograr flexibilidad, en un contexto de profunda crisis de empleo, sino que también se desconoce la propia complejidad de esta modalidad contractual, simplificándola como un mecanismo más de incremento o reducción de jornada de trabajo.⁵

En coherencia con este favor hacia las horas extraordinarias en el contexto del trabajo a tiempo parcial, la disposición final novena del RDL 3/2012 establece un régimen específico y más favorable para la cotización social de estas horas extraordinarias. Conforme a estas reglas, las remuneraciones percibidas por horas extraordinarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial, sean o no motivadas por fuerza mayor, *se tomarán en cuenta para la determinación de la base de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales*. El tipo de cotización por contingencias comunes será del 28,30 por 100, (23,60% a cargo de la empresa, 4,70% a cargo del trabajador), remitiendo para las contingencias profesionales a las tarifas generales.

2. La novedosa, pero parca y confusa, regulación del teletrabajo como nueva forma de organización descentralizada de la actividad profesional

Especialmente novedosa en el plano normativo, otra cosa será en su impacto práctico ante el extremadamente limitado régimen jurídico que proporciona, es la regulación legislativa por vez pri-

⁵ Que el recurso a las horas extraordinarias en vez de a la contratación adicional sigue siendo una práctica extendida en nuestro mundo del trabajo se refleja con contundencia en la STS, 4.ª, 30 de mayo de 2011 (NSJ041750), que recrimina la pretensión de las organizaciones empresariales recurrentes de justificar el «incumplimiento de una norma de derecho necesario –el valor de las horas extraordinarias no puede ser inferior al de las horas ordinarias–» sobre el argumento del «gran número de horas extraordinarias que se trabajan en el sector, es decir, sobre la flagrante violación de la prohibición legal (art. 35.2 ET)...». Esto es, se quiere justificar el «descolgarse» del sistema de retribución adicional de las horas extraordinarias esgrimiendo el gran impacto que tiene en la masa salarial de las empresas del sector por el elevado número de horas de este tipo que se realizan. Asimismo, es reseñable la jurisprudencia que expresa «la convicción de que se trata de una modalidad contractual muy compleja en la que existen elementos, como la regulación de las horas complementarias, por ejemplo, que alejan esta figura contractual enormemente de la que se lleva a cabo a tiempo completo, para concluir... que la mera reducción de la jornada hasta situarla en valores inferiores a los que corresponden a la jornada a tiempo completo comparable no basta para calificar, cuando no existe la conformidad del trabajador, la nueva situación resultante del contrato a tiempo parcial» –STS, 4.ª, 7 de octubre de 2011 (NSJ041420), que refleja la doctrina sentada en sus Sentencias de 14 de mayo y 15 de octubre de 2007–.

mera en nuestro país del «teletrabajo», o de algunas de sus modalidades, las del «trabajo a distancia». Para ello, con una opción conceptualmente dudosa, o cuando menos discutible, ha considerado apropiado modificar el artículo 13 del ET que, relativo al «contrato de trabajo a domicilio», era prácticamente el único que permanecía sin modificación desde 1980. Ahora, este precepto crea la modalidad contractual llamada «trabajo a distancia».

Que no existiera un régimen legislativo específico no quiere decir, como es obvio, que no contásemos ya con significativos instrumentos de regulación, por lo que la atención al sistema más global de fuentes de las relaciones de empleo –privado y público–, nos podía dar información de los trazos básicos de esta institución jurídico-laboral. Así, en el plano normativo destacan las regulaciones de empleo público, sobre todo autonómico y local, mientras que lo más relevante quizás sea la regulación convencional, siempre limitada, por supuesto –acuerdos interprofesionales de negociación colectiva y empleo, tanto privados como públicos, incluido el Acuerdo Marco Comunitario–. Asimismo, es necesario hacer referencia a un creciente cuerpo de sentencias de los diferentes Tribunales que han venido dando respuesta, cierto que de un modo muy parcial, disperso y, por tanto, incoherente, a algunos de los problemas suscitados por la creciente práctica empresarial al respecto (STS, 4.ª, de 11 de abril de 2005 –NSJ019482–).

Para establecer el alcance de este cambio es necesario referirse, aunque sea de modo breve, al «contrato de trabajo a domicilio», que ahora figura solo como una modalidad más del «trabajo a distancia» –del centro de trabajo convencional– y a sus relaciones con el teletrabajo, que es la figura genérica y que no puede identificarse solo con el trabajo a distancia, sino que asume diferentes modalidades atendiendo al lugar efectivo de trabajo, siempre distinto, como es natural, al convencional –centro de trabajo designado por el empresario con carácter general para la mayor parte de su plantilla–.⁶

El contrato de trabajo a domicilio se definía en el artículo 13 del ET como aquel en el que la prestación de trabajo de la actividad laboral se realizaba en el domicilio del trabajador o el lugar libremente elegido por este «y sin vigilancia del empresario». Por su parte, el teletrabajo es «una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular» (punto 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2004, que no tiene efectos vinculantes, ni tan siquiera se refiere en el nuevo texto legal, pero que sin duda constituye un referente regulador, como ha venido entendiendo la jurisprudencia en este ámbito; STS, 4.ª, de 11 de abril de 2005). Es manifiesto que, como ha venido entendiendo la doctrina científica mayoritaria y ha aceptado la referida jurisprudencia, no se trata de conceptos estrictamente coincidentes, pese a sus conexiones.

En efecto, el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y, además, puede haber formas de teletrabajo en las que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo *on-line*), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos

⁶ El teletrabajo sería toda forma de empleo y de organización de trabajo que se ordena a través de la realización de la prestación de servicios profesionales «en lugares distintos al convencional (domicilio, telecentro, itinerante)... si se trata de teletrabajo a domicilio estamos ante un lugar de trabajo determinado, y si se trata de teletrabajo móvil habría que hablar de distintos lugares de trabajo itinerantes y no de lugares distintos al centro de trabajo. (...) En el teletrabajo, por lo tanto, el concepto de centro de trabajo desaparece y se habla de lugar de trabajo», *Id.* SIERRA BENÍTEZ, E.M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES. Andalucía, 2011, pág. 35-36.

decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas –control informático– no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que mencionaba el artículo 13 del ET por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio. Ahora bien, hay formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio, por lo que cierto sector habla de «nuevo» contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al «viejo» contrato a domicilio.⁷

El nuevo artículo 13.1 del ET aporta el siguiente concepto: «Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice *de manera preponderante* (a) *en el domicilio del trabajador* o (b) *en el lugar libremente elegido* por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa». Por lo tanto, el rasgo determinante del teletrabajo sería para el legislador la determinación por parte del trabajador, y no por parte del empresario, del lugar de prestación de servicios laborales, que puede ser bien su domicilio bien cualquier otro que designe, siempre que no se trate, al menos de un modo prevalente, del «centro de trabajo de la empresa».

De ahí que sitúe el eje, siguiendo la denominación de la modalidad contractual regulada por el precepto, en el trabajo a distancia, con lo que quedarían fuera de este ámbito otras modalidades, como las relativas a los «telecentros». Lo que no se exige ya es que se trabaje exclusivamente a distancia, sino solo prevalentemente, aunque no determina el precepto qué ha de entenderse por tal y, por lo tanto, es evidente que la incertidumbre, y la conflictividad, está servida. No atiende el legislador a las sugerencias de ciertos autores que evidenciaban la necesidad de seguir un criterio análogo al del trabajo a tiempo parcial, fijando un porcentaje mínimo de trabajo en estas condiciones, y no dejar al criterio de la interpretación qué significa trabajar «de manera preponderante en el domicilio» –aunque el texto lo concrete solo para el trabajo a domicilio, entiendo que es posible también aplicarlo a ambas–.

Lo que sí descarta por completo este concepto legislativo es el elemento del control empresarial, que ya no es referido, pues es conocido que tanto en el trabajo a domicilio, si se utilizan las nuevas tecnologías informáticas –modalidad del trabajo telemático a domicilio–, como fuera de él, también a través de esa vía, el empresario puede ejercer un control tan intenso o más que los tradicionales. Pero también el relativo a la utilización de los modernos medios de trabajo basados en las tecnologías telemáticas, habiendo sido considerado por la mayor parte de la doctrina científica como el elemento determinante, el rasgo principal para la caracterización del tipo social-normativo «teletrabajo». El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación –las NTIC– sería el aspecto diferenciador más relevante y su singularidad respecto de las viejas modalidades de contrato de trabajo fuera del centro, permitiéndolo distinguir, como se decía, del simple trabajo a distancia.⁸

⁷ Este es el caso del supuesto analizado por la STS, 4.ª, de 11 de abril de 2005 (NSJ019482), que analiza la legitimidad de un acuerdo colectivo de conversión en tele-trabajadores de una parte de la plantilla de Telefónica. En este sentido se afirmaba que hubo un cambio parcial del régimen contractual, pues al menos una parte de la actividad laboral va a realizarse «a domicilio» y sin vigilancia del empresario. Y este cambio excede del ámbito de las modificaciones del artículo 41 del ET, referido a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual.

⁸ El teletrabajo no es solo una modalidad contractual que implica la prestación de servicios fuera del centro, sino todo un modo de organización del trabajo basado en el uso intensivo o prevalente de las nuevas tecnologías, y no ya solo como un mero elemento de apoyo. Esta idea está presente en la mayor parte de la doctrina y ha sido recogido por otros ordenamientos,

Por lo tanto, es dudoso que el legislador español haya regulado el teletrabajo, como proclama cuando confiesa su «deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral», acogiendo, «con garantías, al teletrabajo: una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar». A la referida confusión conceptual añade una solemne declaración del fin que anima la regulación, que no sería sino, una vez más —«dime de qué presumes, yo te diré de qué careces»—, introducir «una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías». Sin embargo, como hemos visto, luego se ha olvidado de este requisito para la caracterización del trabajo a distancia, quedándose tan solo con el requisito básico, el del lugar de la prestación de servicios alternativo al centro de trabajo.

A partir de la delimitación del presupuesto organizativo-normativo de esta nueva tipología de contratos de trabajo a distancia, establece una serie, muy limitada y en exceso básica —realmente no regula, sino que enuncia vagos conceptos y genéricos principios, que no aportan nada de especialización, ignorando el útil marco comunitario al respecto—, de reglas orientadas a fijar el régimen de condiciones de empleo y de trabajo.

La primera previsión al respecto es la exigencia de forma escrita —art. 13.2 ET—, pudiéndose ser tanto mediante un pacto inicial o mediante acuerdo sobrevenido, siendo de aplicación los deberes del artículo 8.3 del ET para la copia básica del contrato de trabajo.⁹ De este modo, se asegura la vigencia del principio de voluntariedad. A este respecto, la jurisprudencia ha entendido que, al igual que sucede con el contrato a tiempo parcial, «no es posible modificación de tal guisa sin el consentimiento de cada trabajador afectado, como tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial. La doctrina científica ha resaltado que el artículo 41 del ET se aplica a «las condiciones de trabajo», entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero que no alcanza a «las condiciones de empleo», que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes... el desplazamiento del lugar de la ejecución del contrato del centro de trabajo empresarial al domicilio del trabajador tiene otras implicaciones sobre la esfera personal de este, que exceden no solo del ámbito del artículo 41 del ET, sino del propio poder de disposición de la autonomía colectiva» —STS, 4.^a, de 11 de abril de 2005 (NSJ019482)—.

En suma, ni por modificación sustancial ni por acuerdo colectivo cabe imponer el teletrabajo; se precisa el consentimiento del trabajador. Así lo reconoce el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo cuando en su punto 3 insiste en el carácter voluntario de trabajo. Es cierto que el Acuerdo no es aplicable directamente en nuestro ordenamiento, pues su publicación como anexo del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva 2003 —AINC/2003— no equivale a una recepción en derecho

como el italiano —Decreto del Presidente de la República de 8 de marzo de 1999, n.º 70, que regula el teletrabajo en el empleo público—. *Vid.* PASCUCCI, P.: «El teletrabajo en el ordenamiento italiano», *Revista Gallega de Empleo*, n.º 1, 2000, pág. 188.

⁹ En cambio, se elimina el deber del empresario, previsto para el trabajo a domicilio, de poner a disposición de los trabajadores ocupados bajo esta modalidad contractual un «documento de control de la actividad laboral» que realicen, en el que figuraban una serie de datos relevantes, tanto de carácter personal como profesional, para identificar adecuadamente los aspectos que integran la relación laboral —salario, tiempo de trabajo...—.

interno a través de la negociación colectiva, al tener el mencionado AINC/2003 solo una eficacia obligacional, no normativa. La reforma estatutaria hubiera podido significar una recepción legislativa expresa, ya sea mediante la incorporación de sus reglas ya mediante una remisión formal, en todo caso como derecho supletorio. No obstante, ha preferido silenciar su existencia, aunque ha recogido, como no podía ser de otro modo, lo más relevante de sus principios, por lo que es evidente que desarrollará una importante función interpretativa, como ya ha venido haciendo la jurisprudencia de referencia.¹⁰

Desde esta perspectiva, no aporta nada sustancial la regla de la equiparación en todos los derechos de los que disfrutaban quienes prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, «salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones» –art. 13.3 ET–. A este respecto, parece que la especial referencia al carácter mínimo del salario total para su grupo profesional y función se debe a la relativa frecuencia de hallar teletrabajadores con una alta capacitación profesional y, por tanto, con una mayor posibilidad de negociar salarios más elevados, a diferencia de los teletrabajadores con menos cualificación, multiplicándose también en este mercado de empleo las desigualdades. De ahí el interés de prever expresamente la obligación a establecer los medios necesarios para asegurar «el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción», debiéndoles informar, en términos análogos a los trabajadores a tiempo parcial, o temporales, de las vacantes que puedan producirse en sus centros de trabajo.

Análogas previsiones se hacen respecto de los derechos-deberes de prevención de riesgos laborales, cuando es evidente que el teletrabajo genera un ambiente de trabajo bien diferente al de los centros de trabajo y, por tanto, precisa de una regulación específica, pues de lo contrario la previsión remisoria es puro papel mojado. A este respecto, hubiera sido una buena guía aquellos, pocos pero existentes, acuerdos colectivos de teletrabajo que, además de la regla general de remisión al marco común preventivo, concretan soluciones para aquellos aspectos más problemáticos en este ámbito. La misma regla de –improvisada– equiparación se hace respecto de los derechos colectivos –en este caso se precisa que sean vinculados a un centro de trabajo–. En suma, más humo regulador que un régimen específico adecuado a la centralidad que debería tener para promover el empleo y la eficiencia –en la organización pública y privada del trabajo– el teletrabajo.

¹⁰ Esta jurisprudencia ha insistido en el carácter voluntario de esta modalidad, impidiendo la eficacia de los acuerdos colectivos de conversión sin el consentimiento del trabajador, por la dimensión personal que tiene, si bien cuando se trata de la modalidad de trabajo a domicilio. Pues el «establecimiento de una cláusula sobre la realización del trabajo en el domicilio del trabajador no constituye un supuesto que entre dentro de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Pero eso no significa que ese tipo de cláusulas sea indiferente en orden a la esfera de la intimidad personal del trabajador, porque cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador y esto no solo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución, como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares, sino que también puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del ET, como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias colectivas (Sentencias de 11 de abril de 2000, 30 de abril de 2002 y 20 de octubre de 2004), pero no sobre aquellas que pertenecen a la vida privada del trabajador» – STS, 4.ª, 11 de abril de 2005–.

IV. LA FE (CIEGA) EN EL «MILAGRO LABORAL» ALEMÁN: LAS MEDIDAS DE POLÍTICA DE FOMENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Sumario

1. De los ajustes de «empleo» a los de «precios»: El fundamentalismo funcional de la reforma («el trabajador como función productiva»).
2. Las reformas de la clasificación profesional: De la diversidad sectorial de modelos al modelo único de «grupos profesionales».
3. Defectuoso reconocimiento de la facultad unilateral de distribución irregular de jornada: ¿Ampliable o condicionada por acuerdo?
4. La movilidad funcional y la movilidad geográfica: Reformas de simplificación y mejoras nominales para tranquilizar la conciencia.
5. Más allá de la necesaria simplificación del régimen legal del poder de novación sustancial: Lo extraordinario se convierte en ordinario.
6. La liberalización del mecanismo de la suspensión de contratos y reducción de jornada: El fin de la autorización administrativa.
7. Concreción del tiempo de disfrute de los derechos de conciliación: ¿«Una moneda de (inter)cambio» de la flexibilidad empresarial?

IV. LA FE (CIEGA) EN EL «MILAGRO LABORAL» ALEMÁN: LAS MEDIDAS DE POLÍTICA DE FOMENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

1. De los ajustes de «empleo» a los de «precios»: El fundamentalismo funcional de la reforma («el trabajador como función productiva»)

Intentada la ampliación de la flexibilidad en el acceso al mercado de trabajo –función de inserción profesional–, sobre todo para los colectivos que peor «comportamiento» tienen en ese mercado, jóvenes y parados de larga duración, llega el turno de las medidas orientadas a la radical flexibilidad en la gestión de los trabajadores que aún mantienen el empleo, a fin de facilitar una «gestión preventiva» del desempleo. Para ello se pretende otorgar un amplísimo poder al empleador para que, bien unilateralmente bien negociadamente, pueda adaptarse más fácilmente a cada circunstancia económica que sobrevenga –contingencia de mercado– no, como ahora, acudiendo al «ajuste de empleo», esto es, a los despidos, por cualquier vía que le dé seguridad, cueste lo que cueste, sino al «ajuste de precios», esto es, a la reducción –devaluación– de las condiciones de trabajo, desde el salario hasta el tiempo de trabajo, pasando por todo el conjunto de instituciones laborales dispuestas estatutariamente para que se realice tal objetivo. A diferencia de la reforma anterior, que también persiguió este objetivo, con muy escaso éxito, la actual afecta a todas y cada una de esas instituciones, y no ya solo a las más relevantes y contundentes al respecto, como las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo –art. 41 ET–, y las «cláusulas de descuelgue» –en el plano colectivo–.

Naturalmente, no todos los cambios tienen el mismo alcance, aunque sin duda todos dejan traslucir con claridad una misma lógica o ideología liberal. No obstante, de forma paradójica, a veces ese objetivo se pretende realizar introduciendo una significativa rigidez o un excesivo intervencionismo, como por ejemplo la obligación de establecer un único sistema de clasificación profesional para todos los casos, lo que parece ir en contra de ese doble espíritu liberalizador de las rigideces, reales o pretendidas, del ET anterior, y flexible. En otros casos, el objetivo principal ha sido la simplificación del régimen establecido precedentemente, tratando de clarificar su concepto y aligerar sus cargas, a fin de favorecer el recurso a tales facultades de adaptación. Es el caso de las modificaciones sustanciales de trabajo, una figura realmente compleja en la regulación clásica y que abocaba a un uso o bien limitado o, cuando se hacía, al margen del procedimiento establecido, como acredita el extraordinario cuerpo de doctrina judicial y jurisprudencia que existe al respecto, en todos los niveles del orden social de la jurisdicción –doctrinas de suplicación, doctrinas de la Sala Social de la Audiencia Nacional y jurisprudencia del Tribunal Supremo–.

En todo caso, y sin perjuicio del análisis técnico-jurídico básico que afrontaremos de inmediato, queda clara la aceptación de dos presupuestos político-jurídicos e ideológicos. De un lado, y en el plano de la política del derecho, es en relación con estas reformas donde aparece más claramente la fascinación por, y la fe en, el llamado «milagro laboral alemán». Pese a que Alemania también ha entrado en recesión, la moderación salarial y las reformas del mercado laboral orientadas en esta dirección de flexibilidad interna radical han reducido la tasa de desempleo en Alemania hasta el nivel de hace 20 años. Ahora bien, sus defensores nunca nos cuentan que estas reformas promovieron la creación de millones de empleos basados en trabajos temporales, a tiempo parcial y salarios reducidos, que han aumentado la desigualdad salarial. En este sentido, recuérdese que España ya había logrado ese «milagro económico-laboral» antes –ningún país europeo creó más empleo que España desde 2004 hasta 2007, pero, eso sí, todos sabemos de qué tipo–.

De otro, y en un plano conceptual e ideológico, queda claro que el legislador de esta reforma ha eliminado por completo el crédito a conceder, si es que tenía alguno desde hace años, a ese principio jurídico-organizativo que todavía recoge, testimonialmente, el artículo 36.5 del ET. En este precepto se afirma, en la línea establecida en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el llamado «principio de organización ergonómica del trabajo», según el cual el empresario que organice el trabajo en la empresa «según un cierto ritmo, continuo o discontinuo» –hoy todos, no solo el «trabajo a turnos», ante la creciente presión competitiva y la incertidumbre de mercado–, «deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona». Hace años que se sabe que, en la realidad del mundo del trabajo, el principio funciona precisamente al revés, pero con la nueva reforma radical promovida en el ET queda claro que son las personas las que deben adaptarse continuamente.

Pero aún más. La adaptación se hace en gran medida al coste de reducir también sus derechos, asumiendo acompañar la mayor disponibilidad en beneficio del interés empresarial con una reducción de sus condiciones de trabajo, en aras de la solución de la situación económica de la empresa –«principio de organización productiva del trabajo» o «principio de rendimiento»–. De ahí que el «nuevo» –y liberal– ET adolezca de un extremo fundamentalismo funcionalista o utilitarista, cuya concepción, que se basa en los conceptos, valores y creencias del liberalismo económico neoclásico –paradigma del hombre racional económicamente–, reduce la persona –por eso prefiere llamarlo «recurso humano», facilitando el uso mercantil– a una función económica más de la empresa, como «cualquier otro» recurso productivo, que debe ajustarse continuamente a las demandas de rentabilidad, productividad y competitividad –conceptos machaconamente incluidos en los preceptos estatutarios–.

2. Las reformas de la clasificación profesional: De la diversidad sectorial de modelos al modelo único de «grupos profesionales»

Extraña reforma orientada a la flexibilización la que propone un único modelo para la ordenación de una cuestión tan central en la organización productiva del trabajo como el sistema de clasificación profesional en las empresas. Ahora todas las empresas tendrán que adecuar sus sistemas a tales efectos al basado en los «grupos profesionales», de modo que no solo se erradica la dualidad estatutaria actual –categorías o grupos profesionales–, sino también la extraordinaria diversidad sectorial

establecida a través de la negociación colectiva, sea mediante convenio sea mediante acuerdo colectivo. Es evidente que la referencia al grupo profesional introduce mayor modernidad y margen de adecuación para las empresas que en relación con la categoría profesional, y en ese sentido es positiva la referencia. Lo que ya no tiene fácil comprensión es que no se permita a la negociación colectiva la introducción, si así lo tienen por conveniente, de otros modelos que pueden revelarse más actuales y eficientes, como, por ejemplo, los «sistemas de clasificación profesional basados en competencias», o las que combinan diferentes criterios –categorías, funciones, competencias, niveles...–.

En consecuencia, una previsión tan intervencionista y rígida –para la autonomía colectiva, pero en parte también para el empleador– como es esta, plantea al menos dos tipos de dudas. Una relativa a la eficacia reguladora de la norma legislativa, que dice perseguir una mayor flexibilidad para la organización del trabajo en la empresa, lo que requeriría capacidad de adaptación a cada entorno y sector, pero lo que hace es reducir diversidad de adaptación a tales condicionantes organizativos, económicos.

La segunda es relativa al alcance normativo del precepto, en cuanto que cabe preguntarse si es una norma imperativa, que no deja margen a la autonomía colectiva, como parece, o bien exige una interpretación correctora de su tenor literal, a través de una interpretación adecuada al derecho-principio constitucional de autonomía colectiva, de modo que la negociación colectiva tenga margen para introducir sistemas más flexibles y adaptados, si así lo estima adecuado. En este punto, como en otros en los que está en juego la autonomía colectiva, el extraordinario espíritu liberal –más individual que colectivo– que domina el ET revisado se torna intervencionista, de modo que propone un modelo dirigido desde fuera de la organización del trabajo, que no tiene más razón de ser que la imposición unilateral gubernamental del modelo organizativo laboral que considera más adecuado. A la negociación colectiva no se le puede dejar solo el papel de concreción o determinación de las bases específicas de un modelo predeterminado de modo rígido por la ley, sino que debe incentivar o promover negociaciones dirigidas a dar la mayor libertad posible a los negociadores para adecuar el modelo que consideran más idóneo para sus concretos intereses en cada circunstancia de tiempo y lugar. La eliminación también de la diversidad sectorial reguladora choca con ese enfoque orientado a la flexibilidad.

La segunda novedad relevante que presenta el artículo 22 del ET en virtud de la nueva redacción dada al mismo, en concreto en su apartado 4, por el artículo 8 del RDL 3/2012 –más allá de la nominal introducida en el art. 22.2 *in fine* al especificar qué ha de entenderse por grupo profesional– es una regla de clarificación, por tanto de mejora de la seguridad jurídica. Ahora se precisa qué se entiende por prevalencia funcional cuando se realicen, a partir de un pacto de polivalencia funcional o de diversidad de funciones profesionales, varias funciones propias de más de un grupo. Si el anterior artículo 22.2 *in fine* del ET establecía tan solo que la equiparación debería atender a las funciones que resultaran «prevalentes», ahora se precisa que tal equiparación se realizará «en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo» –criterio temporal–.

La vocación imperialista de la norma se refleja en la disposición adicional novena del RDL 3/2012. En esta disposición se da un plazo de un año a los convenios colectivos en vigor para adaptarse al nuevo sistema de clasificación profesional previsto en el artículo 22 del ET. El problema es determinar

qué efectos reales puede tener una previsión de este tipo. Al final del plazo dado, todos los sistemas fundados únicamente, o bien de forma mixta, en categorías profesionales, devendrán ilegales, pero deberán declararse como tales por el juez, probablemente a demanda sea de los empresarios sea de la autoridad laboral. En tal caso ¿cuál será el sistema de clasificación vigente?

Al juez corresponderá, a falta de convenio colectivo, integrar esa laguna generada de modo sobrevenido, pues se trata de una norma de orden público económico –la nulidad del convenio no adaptado será parcial–. Para eso podrá acudir bien a un convenio de ámbito superior vigente, si lo hubiere, que sea aplicable y contenga la ordenación por grupos, bien, en su defecto, al artículo 9 del Acuerdo Interprofesional de Cobertura de Vacíos (1997).

La concreción de este genérico régimen convencional supletorio a cada organización de trabajo podrá hacerse mediante convenio de empresa, en los términos del artículo 84.2 del ET. En todo caso, es evidente que se trata de una norma que genera un elevado riesgo de conflictividad, con lo que multiplicará la judicialización de la vida laboral, que es precisamente lo que se pretende evitar. Al mismo tiempo, genera una indebida rigidez, por lo que debería establecerse una interpretación más flexible del margen de acción para la autonomía colectiva, siempre partiendo de la necesidad de que las categorías profesionales han dejado de tener existencia –legal, económica y sociológica– en nuestro ordenamiento económico-laboral.

3. Defectuoso reconocimiento de la facultad unilateral de distribución irregular de jornada: ¿Ampliable o condicionada por acuerdo?

En la misma dirección de marcarle pautas concretas a la negociación colectiva, siempre en la senda de la mayor flexibilidad posible de la gestión de las condiciones de trabajo, en este caso de la distribución irregular del tiempo de prestación de servicios, ha de entenderse la reforma del artículo 34.2 del ET. Pero, a mi juicio, una vez más se revela la precipitación con la que han hecho los cambios y, por tanto, la aparición de una regulación defectuosa, no en el plano técnico, sino en el plano de política del derecho, de modo que la correcta interpretación de la regla de reforma lleva a un sentido contrario al que pretendía, seguro, el Gobierno. De esta guisa, la reforma nos ofrece otra sorpresa, por propiciar situaciones más beneficiosas para la negociación que la reforma de 2010.

Trato de explicarme más claramente. El nuevo artículo 34.2 del ET adiciona un inciso a su primer párrafo según el cual, «en defecto de pacto *en contrario*, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por 100 de la jornada de trabajo». De este modo, sin perjuicio de la plena autonomía convencional establecida en el primer, e invariado, inciso de este precepto, el legislador establece, pero como estricto derecho supletorio –en defecto de pacto *en contrario*–, un porcentaje mínimo de distribución irregular de jornada para la empresa. De este modo, como se recordará, se lleva, con mayor coherencia técnica que la anterior reforma, al artículo 34 la previsión del artículo 85.2 del ET –ahora derogado–, según el cual, como «contenido mínimo» de todo convenio colectivo se fijaba la obligación de incluir

«un porcentaje máximo y mínimo de la jornada... que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un 5 por 100».

A simple vista, podría parecer que se trata de un mero cambio de ubicación. Sin embargo, una lectura más pausada evidencia que este cambio técnico modifica la política del derecho, probablemente sin querer –*voluntas legislatoris*–, pero que no puede entenderse como defectuoso técnicamente, sino como políticamente desajustado, al no corresponder el tenor literal con lo querido por el legislador. Es manifiesto que el Gobierno quería potenciar la distribución irregular de jornada, dando un margen mínimo a la empresa para ello –*facultad unilateral*–, al margen del pacto colectivo, que debería tener siempre una lógica de ampliación del porcentaje mínimo permitido unilateralmente. Piénsese que en la reforma anterior, siempre contaría la empresa con un margen, máximo y mínimo para ello, al ser contenido básico de todo convenio, dependiendo el porcentaje de lo pactado por acuerdo colectivo, que no podría ser inferior al 5 por 100 de referencia.

Pero ahora, al eliminar la primera parte del precepto estatutario referido –art. 85.2 ET– y dejar solo el segundo inciso, es evidente que cabría, por hipótesis, aunque sea poco probable, un pacto o acuerdo por el que se prive al empleador de esta posibilidad. Antes no era posible, al menos en hipótesis normativa, porque debía ser contenido mínimo de todos los convenios colectivos. En mi opinión, lo más correcto para no generar incertidumbre en torno al sentido del precepto legal hubiera sido incluir solo «en defecto de pacto, la empresa podrá...».

De este modo se impedía –norma de orden público económico-laboral, tan extendido, de forma paradójica, en un texto tan liberal– cualquier posibilidad de acuerdos «disidentes» con el sentir de la reforma. Cierto, ahora bastará al empleador con no negociar, si no encuentra un «espíritu cooperativo» por parte de los representantes de los trabajadores, para poder disponer de ese porcentaje mínimo de distribución irregular –es evidente que si no hay ningún pacto no puede serlo «en contrario»–. Por tanto, sí que dispone legalmente de esa facultad unilateral de distribución irregular mínima de jornada, pero la norma legal propone una configuración como renunciabile colectivamente que, improbable en la práctica, es seguro que no estaba en la mentalidad del legislador.

Después de escribir esto, compruebo que el BOE de 18 de febrero de 2012 contiene una corrección de errores en tal sentido. Por supuesto no he influido, por cuanto no se conocía esta reflexión hasta ahora. Pero sí me sirve para poner de relieve que lo realizado desborda la técnica de la corrección de errores, para introducir un sentido diferente. Cierto que el tenor actual es el más correcto para perseguir el objetivo de política del derecho que se quiere, y otra cosa es que se aproveche una técnica de corrección solo material para introducir un sentido diferente, con lo que la seguridad jurídica queda arruinada.

4. La movilidad funcional y la movilidad geográfica: Reformas de simplificación y mejoras nominales para tranquilizar la conciencia

Siguiendo el esquema regulador «completo» de la reforma, el Gobierno introduce algunas novedades en torno al llamado poder normal u ordinario de novación del empresario –*«ius variandi*

nomal» –movilidad funcional y movilidad geográfica–. Pero el alcance es desigual. En materia de movilidad funcional los cambios son de escasa extensión y reducido alcance político-jurídico, por tanto más nominales que sustanciales, orientándose sobre todo hacia la simplificación del texto para introducir claridad y favorecer su comprensión por empresarios y trabajadores. Incluso hay una regla de mejora de la transparencia de estas decisiones, sobre todo de la movilidad funcional de carácter causal. En cambio, para la facultad de movilidad geográfica, si las novedades son en el plano cuantitativo mínimas, en el plano sustancial tienen más relieve que las relativas a la movilidad funcional, por cuanto, siguiendo un nuevo modelo de regulación del control judicial aplicable con carácter general a las diversas vicisitudes de las relaciones de trabajo tras la reforma, priva al juez de las valoraciones de tipo finalista, que tanta contrariedad había generado para los empresarios, y centra su juicio –solo de legalidad– solo en la constatación de la causa.

Sin embargo, a mi juicio, ninguno de los dos grupos de reformas servirá para hacer de estos poderes de novación o variación no sustancial un instrumento significativo para los empresarios a fin de apostar por este tipo de ajustes y no por otros más incisivos o traumáticos. Precisamente, en este ámbito, y si bien bajo ciertos controles causales y de participación de los trabajadores, el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva había propuesto, aunque de un modo excepcional y, por tanto, provisional, que los convenios colectivos introdujeran un mayor nivel de flexibilidad en materia de movilidad funcional, desbordando incluso las tareas propias de cada grupo profesional. Las necesidades empresariales, con la contrapartida de un deber de transparencia adecuado, se convierten en el eje de este acuerdo de coyuntura.

Por lo que concierne a la movilidad funcional, lo primero que llama la atención es la eliminación, además de ciertos circunloquios en la formulación del poder empresarial de variar las funciones dentro de ciertos límites, de la referencia nominal a uno de los dos tipos básicos de límites a este poder, el relativo a la prohibición de generar perjuicios con tales decisiones en la formación y promoción profesionales del trabajador. Ahora se formula directamente el poder del empresario de movilidad funcional libre –sin causa–, sin más límite que las exigencias de titulación derivadas de la función que realiza y la dignidad del trabajador, límite general e indisponible por el legislador.

En cambio, manteniendo estrictamente el tenor literal de la movilidad causal –ascendente o descendente–, extiende el deber de transparencia empresarial de la medida a las dos modalidades previstas; cuando el texto anterior solo lo preveía para la movilidad funcional descendente –atribución temporal de categorías inferiores–, ahora también deberá informarse a los representantes de los trabajadores de la decisión de movilidad y sus causas cuando se asignen funciones superiores. El régimen de estas situaciones no varía nada, por lo que es difícilmente comprensible el sentido de afectar a esta materia con tan poca sustancia.

Respecto de la movilidad geográfica, como decíamos, son tan escasas en extensión como respecto de la movilidad funcional, pero su incidencia cualitativa es mucho mayor. En ese caso afecta a una pieza esencial de esta regulación: el alcance del control judicial de las causas. En este sentido, destaca más el artículo 40.1 del ET por lo que omite que por lo que dice.

Lo que dice de nuevo es, a la hora de determinar las causas para la movilidad, la amplia vinculación –«que estén relacionadas», no dice que directamente derivadas– de la decisión del empre-

sario a conceptos económicos tan vagos e indeterminados como la «competitividad», la «productividad» o la «organización técnica o del trabajo», así como las contrataciones de la actividad empresarial. Pero es aún más relevante lo que omite –silencio elocuente–, que no es otra cosa sino la dimensión finalista que antes se establecía de la decisión de movilidad. Esta no solo debía concurrir, sino que al tiempo habría de contribuir «a mejorar la situación de la empresa», mediante «una más adecuada organización de sus recursos» que, a su vez, favoreciera «su posición competitiva en el mercado», con una mejor respuesta a la demanda. Este tipo de cláusulas habilitaban al juez para realizar no ya solo un control de legalidad –verificación de que concurre la causa, evitando cualquier atisbo de arbitrariedad–, sino de oportunidad –juicio de conveniencia de la medida para lograr los referidos fines económicos–.

Pues bien, ahora el legislador ha eliminado ese juicio finalista, por lo que el juez ya no podrá desviarse en la dirección de sustituir parcialmente el juicio del empleador, único al que le incumbiría determinar, si concurren –muy generosamente enunciadas, ni tan siquiera se ha intentado su, imposible, delimitación– las causas, la utilidad o no de la medida de movilidad al servicio de esa situación económica. Repárese en que cualquier decisión empresarial cabe en este ámbito, pues es difícil encontrar decisiones, salvo pura arbitrariedad –que es lo único que en realidad estaría prohibido–, de movilidad que no respondan a razones organizativas y de mejora de la competitividad, conceptos extremadamente difusos que solo el empleador podrá ahora fijar en su dimensión funcional.

La prevalencia de los intereses de la empresa respecto de los del trabajador –que preferiría conservar el lugar de trabajo contratado– es ahora manifiesta, sin que tal aligeramiento del control encuentre suficiente justificación social en el interés que, desde hace largo tiempo, genera este tipo de medidas en el marco de la política de fomento de empleo, promoviendo la movilidad geográfica de los trabajadores –art. 10 RDL 2/2008, de 21 de abril–.

Quizás por este extremado debilitamiento del control judicial sobre la decisión de la empresa, el Gobierno revisor ha querido introducir una cierta contrapartida o compensación, mediante la recuperación de las llamadas preferencias de carácter social para la conservación del lugar de trabajo, legalmente solo atribuidas hoy, a diferencia de las Ordenanzas de Trabajo, a los representantes de los trabajadores. Así aparece en el apartado 5 del artículo 40 del ET, que remite a la negociación colectiva, por convenio o por acuerdo logrado en el periodo o plazo de consultas, para introducir estas prioridades a favor de ciertos colectivos de trabajadores en virtud de razones de índole social: trabajadores con cargas familiares, trabajadores maduros o personas con discapacidad. Con ello se rompe la conexión funcional –utilidad empresarial– entre la «causa económica», técnica u organizativa y el trabajador afectado, para introducir razones sociales, conforme a una suerte de «principio de adecuación social» de la decisión empresarial (SSTS, 4.^a, de 19 de enero de 1998 –NSJ003679– y 15 de octubre de 2003 –NSJ015093–). Es evidente que se trata de una mejora puramente nominal, cara a la galería, pues además de no añadir nada nuevo al poder regulador de la negociación colectiva, y que se ha venido ejerciendo cada vez menos conforme se iba imponiendo una gestión convencional más favorable al interés productivista de la empresa, resulta altamente improbable que con la norma legal se pueda aspirar a una recuperación del favor que estas cláusulas tuvieron en las ordenanzas franquistas.

Sorprendería que en el contexto de una reforma orientada no ya solo a devolverle en plenitud, sino a profundizar, los poderes empresariales de gestión rentable del factor trabajo se cuestionara el carácter discrecional que tiene para el empleador la elección del trabajador concretamente afectado por la decisión, sometiéndolo a preferencias legales de índole social.

Por tanto, un inciso regulador nominalmente social de este tipo es cuando menos irónico, pues la reforma está plagada de llamadas de carácter restrictivo al despliegue del poder convencional. Aquí la norma legal ni quita ni pone sustancialmente, ampliando el texto de la norma sin sentido, pues los preceptos no deben incorporar obviedades sino pautas de conducta o reglas organizativas efectivamente significativas, existentes a partir de la declaración de la norma, no puramente de cara a la galeoría, como vacuo «brindis al sol». No es posible entender, pues, que con este tipo de previsiones, que tienen cierto predicamento en la reforma, se consiga el objetivo o fin confesado en la EM, relativo a la búsqueda de soluciones equilibradas a los intereses en juego, potencial y realmente conflictivos, en el marco de la gestión de las relaciones de trabajo. Otra cosa hubiese sido si se hubiera otorgado directamente por la ley alguna fórmula de favor o preferencia, a modo de acción positiva, para colectivos más perjudicados por la movilidad.

Finalmente, no me resisto a evidenciar, una vez más, la improvisación de esta reforma y sus deficiencias, como pone de relieve el que se ocupe casi una página del BOE con la redacción del artículo 40.2 del ET. ¿Qué novedades introduce?

Pues, salvo error u omisión por mi parte, solo corrige el desfase que existía entre la letra b) y la letra c) del primer párrafo, que se solapaban respecto de las empresas de 300 trabajadores. Así, ahora se precisa que el número de al menos 30 afectados para que se tenga por colectiva la movilidad geográfica refiere a las empresas que ocupen «más de 300 trabajadores», cuando antes decía «trescientos o más trabajadores», pero la letra b) anterior ya fijaba el porcentaje del 10 por 100 para las empresas entre 100 y «300». Pero en realidad es una regla de coherencia técnica, porque ambos decían lo mismo –aun siendo de letras, sí sé que el 10% de 300 da 30 trabajadores–. Luego ha eliminado la redundancia. Pero para ello no precisaba tanto texto. Sin embargo, no corrigió cierta redacción deficiente del párrafo octavo de este apartado, relativo a la fijación del periodo para la notificación de las decisiones de movilidad colectiva tras la finalización del periodo de consulta, cuya fijación se hacía –y se hace–, mediante la técnica de la remisión al tiempo previsto para la individual –30 días–, pero indicando no el apartado concreto en que tal regla está, sino todo el apartado 1.

5. Más allá de la necesaria simplificación del régimen legal del poder de novación sustancial: Lo extraordinario se convierte en ordinario

Muy diferente es el impacto de la reforma legal en relación con el llamado poder de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en otro tiempo llamado extraordinario o excepcional –la configuración doctrinal ya da prueba de la radical fractura entre la visión economicista actual y la construcción que se hizo por la doctrina clásica de esta potestad–. Esta facultad empresarial, que ahora se normaliza por completo como instrumento de gestión de las relaciones de trabajo, tanto en aras de la flexibilidad demandada por la empresa –interés económico de la empresa– cuanto de la prevención del desempleo

–interés particular de cada trabajador y colectivo para el conjunto de la comunidad o sociedad de implantación de esa empresa–, se sitúa en el primer plano del nuevo paradigma de «flexiseguridad interna» –para el empleador y para el trabajador dentro de la relación, sin tener que acudir a mecanismos de carácter externo–. Como es sabido, ha sido en relación con este ámbito donde más énfasis se ha puesto, tanto por la legislación más reciente –Ley 35/2010– cuanto por la jurisprudencia y la doctrina judicial, para lograr reproducir en nuestro país el referido «milagro laboral alemán».

A mi juicio, esta es una de las materias urgidas de una radical y profunda reforma, entre otras cosas para simplificar hasta el extremo la delimitación de las causas que permiten el ejercicio de este poder de novación –que debe ser siempre motivado y tener un control adecuado de legalidad estricta, no solo formal sino material–, y agilizar al máximo las formas o los procedimientos a través de los cuales se lleve a cabo, con una razonable protección de los derechos e intereses de los trabajadores a la seguridad de sus condiciones de trabajo. Nunca he entendido bien, lo confieso, por qué esta materia ha permanecido durante tanto tiempo en la nebulosa en que lo han envuelto las diferentes reformas, de modo que la siguiente era más complicada de entender que la anterior y aún más difícil la siguiente y así sucesivamente. En este sentido, y a diferencia de lo que ha ocurrido con la regulación del despido, una auténtica «autopista sin peaje» para la liberación de plantillas, creo que en este ámbito la reforma va en una buena dirección –como gustan decir los empresarios– y me parece que los cambios han debido profundizar más en la simplificación, clarificación y aligeramiento del procedimiento. La propia ampliación del listado de causas, para incluir la cuantía salarial, que ha merecido una gran crítica en ciertos sectores, por entender que supone una quiebra radical del equilibrio de regulaciones que exige el contrato y una puerta abierta a la pauperización de la mano de obra, creo que, si bien entendida y descartando siempre conceptos convencionales, puede ser útil.

Desde esta perspectiva, seis son los aspectos objeto de reforma, en mayor o menor medida. A saber:

a) La delimitación de las causas que justifican el recurso a este poder novador, a fin de abrir la decisión a una mayor discrecionalidad por parte del empleador.

Como en el caso de la movilidad geográfica, una vez afirmado, de la misma manera que en el texto anterior, que es necesario que concurren «probadas razones económicas, técnicas, organizativas, o de producción», el legislador actual se desentiende de los complicados juegos florales que encerraban los intentos, fallidos, de precisar qué ha de entenderse por tales conceptos jurídicos indeterminados. Ahora, el legislador renuncia expresamente a realizar el más mínimo intento de delimitación para, todo lo contrario, establecer parámetros todavía más amplios en los que amparar las decisiones empresariales, de manera que el legislador no quiere que ni él ni el juez pueda suplantar el juicio de oportunidad empresarial. Por eso, sitúa la solución al problema de la causa en un modelo típico de la «jurisprudencia de valores constitucionales», pero de carácter netamente económico, frente a las razones sociales, por tanto, provocando un giro profundo del modelo precedente, pese a que ciertos comentaristas lo quieran atemperar. Se invierte legalmente el modelo, primando el principio de rendimiento.

Desde esta perspectiva de preferencia por la razón mercantil genérica, habrá causas modificativas de condiciones de trabajo siempre que tales decisiones proporcionen algún tipo de utilidad

para la posición competitiva de la empresa. Pero esta utilidad no la puede valorar el juez, sino que al empresario compete delimitarla, una vez pruebe, eso sí, que hay razones de tal naturaleza, para mejorar su competitividad, su productividad o la organización técnica del trabajo, con fundamento directo en su libertad de empresa y su derecho constitucional a la defensa de la productividad ex artículo 38 del ET.

b) El tipo de control judicial sobre las mismas, de modo que, como antes se indicó, se limite a la estricta verificación de la concurrencia de la causa justificativa de la modificación sustancial, pero descartando cualquier control finalista y de razonabilidad de la medida en orden a su utilidad para lograr los objetivos.

Qué duda cabe que esta es la parte central de la reforma. Y la más discutible, sin duda. El Gobierno ha querido liberalizar de modo radical los controles respecto del ejercicio de los poderes empresariales de novación, tanto administrativos, como se verá de inmediato, cuanto judiciales. Detrás de tan discutible opción está el convencimiento de que solo de este modo será posible desactivar –desarmar– los miedos de los empresarios españoles a la judicialización, por considerar –solo con razón a medias– que sus decisiones siempre se presumen arbitrarias y que, salvo contadas ocasiones, no hallarán comprensión en los Tribunales, por lo que prefieren acudir a alternativas más traumáticas para los trabajadores y costosas para el empresario, pero más rápidas y «seguras». La protección del principio de confianza empresarial en las instituciones laborales «conservadoras del empleo» –pero curiosamente esta exigencia no se especifica por ningún lado como técnica de contrapartida y de control de racionalidad y proporcionalidad del sacrificio laboral–, a costa de la adaptación-reducción de las condiciones de trabajo, como vía para resolver sus problemas, y no ya el ajuste vía empleo –acudiendo a la institución del despido–, emerge al primer plano.

Poco le importa al Gobierno que se haga a través de dar pábulo a una «cultura de la sospecha» sobre el carácter extremadamente tuitivo de la jurisdicción laboral. Un orden judicial que, lejos de su deber de imparcialidad y tutela efectiva de todos los intereses legítimos en el mundo del trabajo, también de los empresarios y de los desempleados, actuales o potenciales, se inclinaría deliberadamente a favor de los intereses del trabajador, a través de la sustitución de los juicios de oportunidad económica del empleador por los suyos, restringiendo indebidamente la libertad de empresa del empleador. Prohibida la arbitrariedad, al juez solo le quedaría comprobar que hay causa, pero no valorar la razonabilidad económica y social de la medida para lograr el objetivo de incidir favorablemente en las razones o fines de la empresa.

Desde esta perspectiva, que yo siempre he considerado correcta en su enfoque técnico –privar al juez de cualquier control que no sea el de evitar la arbitrariedad, que es inaceptable en derecho–, aunque no comparto el enfoque ideológico que anima su formulación en el texto legal, al juez ya no le corresponde el juicio de razonabilidad económica de la medida, fijando el grado de adecuación de la medida para mejorar la posición competitiva de la empresa. Al juez, solo le incumbiría, en el diseño legal, el juicio de verificación del carácter suficiente de la prueba, siempre a cargo del empleador, de la causa empresarial, concretándose esta en evidenciar elementos que relacionen de un modo racional la razón esgrimida con la mejora de la competitividad, productividad, organización del trabajo. Pero ¿el «querer» legal es siempre un «poder» jurídico?

Conviene tener bien presente al mismo tiempo que una cosa es lo que quiere el legislador con su ley –devaluada en su forma, pero de valor legal, por ser real decreto-ley–, y por qué lo quiere –en aras siempre del noble evangelio del empleo, en cuyo altar todo sacrificio del trabajo parecería valer–, y otra bien diferente lo que permite el Derecho, que junto a razones económicas contempla razones sociales –arts. 1.1, 9.2 y 35 CE, entre otros–. El juez no está vinculado solo a la ley, sino al Derecho –art. 117 CE–, y debe dar no cualquier tutela judicial, sino la efectiva –art. 24–, que incluye siempre la protección de valores de la persona del trabajador –dignidad, salud, seguridad...–. ¿Cómo conciliar entonces ambos requerimientos, sin que la ley desprecie otros valores en aras de un ordenamiento productivista y en detrimento de otro distributivo, ni el juez inutilice la inequívoca voluntad legislativa de flexibilizar significativamente el régimen actual y favorecer la gestión preventiva del desempleo aun a costa de reducir condiciones laborales?

A mi juicio, la fórmula ya está aplicada en las sentencias del Tribunal Supremo y en la doctrina judicial más reciente y tiene que ver con el juicio de proporcionalidad que requiere toda decisión en la que haya que ponderar, como es este caso, intereses contrapuestos, todos ellos dignos de tutela. En este sentido, creo que la lectura más correcta del precepto –servirá el planteamiento, aún con más razón, para el control de la causalidad del despido por causas económicas– es la que legitima todas

«las medidas proporcionadas al fin propuesto, que no es otro que fomentar la competitividad..., así como su adaptación a los requerimientos de la demanda... que supone un sacrificio menor respecto al que podría haberse producido y asegura la pervivencia del empleo, que constituye uno de los bienes más preciados en el momento actual» –SAN 23 de noviembre de 2009 (rec. núm. 227/2009)–.

Ciertamente, puede objetarse que este control finalista al servicio del empleo no solo no existe en la letra del precepto, sino que se ha querido evitar. Ahora bien, debe recordarse que toda la reforma está al servicio de la conservación del empleo en detrimento de su extinción, aunque esta salga favorecida, por ser más barata y sencilla ahora. Por tanto, una elemental exigencia de interpretación de las normas no solo conforme al sentido literal de sus textos sino conforme a una lectura finalista –art. 3.1 Código Civil–, hace reaparecer este control jurídico en virtud de un principio jurídico general, el de proporcionalidad, de modo que las medidas que se adopten no pueden responder solo a la interpretación que el empleador haga de la más pura conveniencia a su interés de rentabilidad, sino que debe implicar una cierta garantía de continuidad del empleo, aun a costa de sacrificar, razonable y proporcionadamente, algunas de las condiciones de trabajo actuales –STS, 4.^a, de 22 de septiembre de 2003–.

c) La ampliación nominal del listado a la «cuantía salarial».

Un aspecto que ha resultado muy criticado en ciertos medios políticos es la ocultación que el Gobierno habría hecho, en la presentación de la reforma, de la inclusión en el listado de las modificaciones sustanciales de trabajo de la «cuantía del salario», y no ya solo del sistema de remuneración –art. 41.1 letra d)–. Ahora bien, cualquiera que sea la opinión que se tenga al respecto en el plano de política del derecho, conviene ser honestos en el plano científico, y poner de relieve que realmente no supone ninguna novedad reguladora. Primero, porque la lista nunca ha sido cerrada, sino abierta –SSTS, 4.^a, de 26 de abril de 2006 (NSJ020809) y 6 de octubre de 2008–. Segundo, porque, preci-

samente, ese carácter abierto ha hecho que se acepten modificaciones respecto de la cuantía salarial. Por tanto, el incremento es nominativo o textual, pero no sustantivo. Tercero, porque no puede tratarse de cuantías fijadas por convenio colectivo.

Precisamente, este precepto no hace sino recoger la más reciente doctrina judicial en la materia que, a su vez, plasmando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acepta incluir en el artículo 41. d) del ET la modificación de un 10 por 100 de las retribuciones percibidas por los trabajadores, a través de la introducción de un concepto retributivo de nueva creación, denominado «bonus», que se percibirá siempre que la empresa alcance unos beneficios del 0,5 por 100 en cierto ejercicio económico. Entre los argumentos esgrimidos para ello por la SAN 45/2011, de 10 de marzo (NSJ038345), está la de considerar que «los trabajadores afectados por el conflicto perciben retribuciones fijas superiores a las previstas en los convenios colectivos de aplicación, lo que permite descartar que la medida controvertida haya supuesto un descuelgue de las retribuciones del convenio de ámbito superior a la empresa, habiéndose probado, por otra parte, que el 10 por 100 de las retribuciones fijas, que venían percibiendo, se ha deducido de sus gratificaciones voluntarias, debiendo descartarse, por tanto, que la medida empresarial haya incidido en los conceptos retributivos establecidos en los convenios».

d) La simplificación de los criterios para delimitar las dos modalidades de modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas, la individual y colectiva que, a su vez, genera un procedimiento muy diferente de gestión, siendo unilateral la primera y negociado la segunda.

Como es sabido, tradicionalmente se ha diferenciado el tipo de modificación sustancial, a los efectos del procedimiento de gestión, entre colectivas e individuales. Pero el criterio para tal delimitación no era el número de trabajadores afectados, sino la naturaleza de la fuente que fija esas condiciones de trabajo, distinguiéndose entre las que se «disfrutan» por un título individual –contrato o decisión empresarial unilateral de este tipo, que genera una condición más beneficiosa de origen contractual; STS, 4.^a, de 6 de mayo de 1996 (NSJ000250)– o colectivo –convenios, pactos o decisiones unilaterales de efectos colectivos; STS, 4.^a, de 17 de junio de 1998–. A su vez, las colectivas se diferenciaban por un doble origen: en convenio colectivo, si bien solo en relación con cuatro materias (horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración; y trabajo y rendimiento), excluyéndose las del horario y las funciones, pero solo si estaban por debajo de unos determinados umbrales cuantitativos, y las que tenían su origen en un título colectivo distinto [STS, 4.^a, de 16 de junio de 2005 (NSJ038615)].

Puede comprobarse cómo se mezclan diferentes situaciones jurídicas, aunque pudieran tener resultados análogos en cada trabajador, y cómo se introducen diversos criterios, unos cualitativos y otros cuantitativos. Para cualquier mente racional esta previsión era arbitraria, de difícil comprensión, innecesariamente compleja. Ahora se clarifica notablemente.

De un lado, se distinguen las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a incluir en el artículo 41 del ET, tanto individuales como colectivas, tratándose de un procedimiento unilateral, que no precisa acuerdo colectivo –o un laudo–, sí consulta si es colectivo, y por otro las modificaciones que quedan fuera, y deben gestionarse a través de un acuerdo colectivo –o instrumento de

solución de conflictos– del artículo 82.3 del ET (cláusulas de descuelgue). De otro, respecto de las modificaciones sustanciales incluidas, se diferencia entre modificaciones de tipo individual y las colectivas, pero ahora se atiende solo al usual criterio numérico –umbral de plantilla afectada– y temporal. Será individual cuando en un periodo de 90 días no alcance los umbrales fijados –10 trabajadores, en empresas de menos de 100; 10 por 100 en las de entre 100 y 300; 30 en las que ocupen a más de 300–, y colectivo cuando esté en ellos –art. 41.2 ET–.

e) Los tiempos para la tramitación de los procedimientos, que se acortan.

El procedimiento adecuado para cada modificación, individual o colectiva, se mantiene invariado, y lo que sí se prevé es una reducción de plazos, de modo que se agilicen. Así, en el caso de los procedimientos individuales bastará con la notificación por el empresario tanto al trabajador como a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días –antes eran 30– a la fecha de su efectividad. En el caso del procedimiento colectivo, la decisión sobre la modificación que se produzca tras finalizar el periodo de consultas sin acuerdo –recuérdese que el acuerdo hace presumir la existencia de causa– se notificará y surtirá efectos en el plazo de los 7 días siguientes a su notificación –antes eran 30 por la remisión al plazo previsto para las individuales, lo que ahora hubieran sido 15, pero el legislador ha preferido abandonar la técnica de la remisión y fijar directamente un plazo aún menor; art. 41.5 ET–. Fuera de estas previsiones, no hay ninguna novedad, lo que es llamativo y revela de nuevo la incapacidad de afrontar una reforma realmente completa.

f) Las consecuencias –garantías– para los trabajadores de la adopción de estas medidas en el plano sustantivo, pues en el plano procesal las novedades aparecen en el artículo 138 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –LRJS–.

En general, se mantiene la estructura de garantías –tanto indemnizatorias como de tipo procesal– previstas antes de la reforma, por lo que sigue cabiendo la opción de rescindir el contrato por el trabajador que se sienta perjudicado por la modificación sustancial –al precio de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 9 mensualidades–, o impugnar la decisión por la vía del artículo 138 de la LRJS, que ha sido modificada. Pero hay dos novedades.

La primera amplía el ámbito de supuestos que permite esa opción indemnizatoria o judicial, pues antes solo afectaba a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo, trabajo a turnos, quedando fuera las demás. Ahora se incorporan a esa opción tanto el sistema de remuneración y la cuantía del salario [letra d)], cuanto la modificación funcional sustancial [letra f)], por lo que solo queda fuera la modificación de los sistemas de trabajo y rendimiento [letra e)], naturalmente, siempre sin perjuicio de la vía del artículo 50.1 a) del ET. Esta mejora es significativa e implica una regulación de coherencia, técnica y sustantiva.

La segunda, tiene que ver, precisamente, con esta tercera vía de reacción frente a las modificaciones sustanciales no aceptadas por los trabajadores, pues se cambia el tenor del artículo 50 a) del ET –resolución o extinción causal por decisión del empleador con fundamento en un incumplimiento grave del empleador–. Conforme a la anterior redacción, el trabajador podía solicitar la resolución del contrato, con la indemnización mayor de 45 días y un límite de 42 mensualidades, si con la deci-

sión novatoria sustancial se perjudicaba bien la formación profesional bien la dignidad del trabajador. Pues bien, ahora hay que tener en cuenta un doble cambio de esta regulación.

Por un lado, la del supuesto de hecho, pues ahora las causas que dan lugar a la resolución indemnizada se prevé bien en aquellas modificaciones sustanciales que se realicen sin «respetar lo previsto en el artículo 41 del ET» –hemos de entender también los procedimientos alternativos que, en su caso, puedan establecer los convenios colectivos, a los que remite de forma directa el art. 41.4 ET– y, cumulativamente, según da a entender el uso de la copulativa, y no la disyuntiva, «redundan en menoscabo de la dignidad del trabajador». Desaparece, pues, como ya sucediera del artículo 22 del ET, la referencia al perjuicio de la formación profesional, lo que es sorprendente, primero por su configuración como un derecho individual básico, y segundo por la revitalización que se ha intentado hacer, según confiesa –ya se ve que de nuevo ficticiamente– la EM. En suma, parece exigirse un doble requisito: uno de carácter procedimental, que no se respeten las exigencias causales y formales del artículo 41 del ET, y otro cualitativo o de fondo, el perjuicio a la dignidad de la persona –STS, 4.^a, de 8 febrero de 1993 (NSJ002787) y STSJ de Madrid 10 de octubre de 2006 (rec. núm. 3504/2006)–. No obstante, conviene tener en cuenta la especial protección que esta acción tiene en la nueva LRJS. Por otro lado, y en el plano de los efectos, es evidente que la remisión que hace el artículo 50.2 a la indemnización del despido calificado improcedente supone, también en estos casos, que la indemnización ya sea tan solo de 33 días y un límite máximo de 24 mensualidades –nuevo art. 56.1 ET–. Habrá que tener en cuenta, por tanto, la posibilidad de la indemnización adicional por lesión de un derecho fundamental como puede ser la integridad del trabajador, y también el derecho a la salud por su conexión.

Finalmente, no merece mayor comentario la corrección de errores del 18 de febrero de 2012 en este punto. La redacción originaria excluía a los sindicatos solo «representativos» del sector de la comisión ad hoc elegida bajo esta modalidad en caso de inexistencia en el centro o en la empresa de estructuras de representación laboral, dejando solo a los «sindicatos más representativos». Parece evidente que la voluntad del Gobierno era dejar inmodificado este aspecto, por lo que entiendo que aquí sí estamos ante una mera corrección de errores de carácter técnico –no solo gramatical, que suelen ser los más frecuentes y típicos, sobre todo el lío del Gobierno con los acentos o tildes–.

6. La liberalización del mecanismo de la suspensión de contratos y reducción de jornada: El fin de la autorización administrativa

6.1. La última barrera derribada: la supresión de la autorización administrativa

Junto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, los dos Gobiernos que han debido enfrentarse a esta crisis sistémica, el saliente y el entrante, han confiado también, incluso más ampliamente, en los procedimientos de regulación de empleo suspensiva de los contratos de trabajo, de un lado, y en los de regulación de empleo reductora de la jornada de trabajo, de otro. Para eso se reformó significativamente en 2010 el artículo 47 del ET, que en relación con la reducción de la jornada desplazaba al artículo 41 del mismo texto legal, asumiendo el protagonismo en este ámbito,

aligerando la regulación laboral al respecto e instrumentalizando a su favor un amplio conjunto de incentivos económicos, de diferente índole, para favorecer el recurso a esta vía de «flexibilidad interna». Los resultados en estos apenas dos años de diseño y puesta en práctica de tal opción han sido bastante desilusionantes, pues si es cierto que han crecido mucho los llamados «ERTE» –Expedientes de Regulación Temporal de Empleo–, e incluso, pero ni tanto como aquellos ni tanto como se esperaba, los de reducción de tiempo de trabajo, lo cierto es que no han producido los efectos ansiados, como prueba tanto la estadística de tales procedimientos como, sobre todo, el crecimiento significativo del desempleo en 2011.

Sin embargo, el Gobierno actual sigue teniendo tanta o más fe que el anterior en esta vía. Ahora bien, fiel igualmente a su extremado espíritu liberal –cuando tiene que ver con la facilitación de la iniciativa individual empresarial, porque respecto de la colectiva es, como se ha visto, marcadamente intervencionista, condicionando restrictivamente u orientando en una determinada dirección la autonomía colectiva–, ha decidido que ya es hora de acabar con la que sin duda era la última trinchera del clásico modelo español intervencionista de relaciones laborales, las autorizaciones administrativas para la regulación de empleo.

Ciertamente, el papel de la autoridad laboral no desaparece, pero sí se transforma en extremo, pues pierde por completo la posibilidad de decidir en ausencia de acuerdo colectivo, de manera que ahora la última palabra, en efecto, la tiene el empleador, y sin quedar condicionada, como antes, a una previa habilitación o autorización pública. Aunque, como se verá, tampoco la regulación extintiva de empleo necesitará ahora autorización administrativa, el espíritu liberal que anima la nueva regulación colectiva de empleo, de carácter suspensivo o reducción de jornada, ha llevado a desvincular el régimen del artículo 47 del ET del propio del artículo 51 del ET, pues en la anterior versión aquel remitía a este, sin perjuicio de ciertas especialidades, y ahora no.

El artículo 47 del ET regula tres supuestos, como se sabe. Uno relativo a la suspensión de los contratos, a través de un procedimiento de regulación de empleo que exige comunicación a la autoridad laboral y simultánea apertura de un procedimiento de consulta orientado a la negociación de buena fe, aunque esta última referencia ha desaparecido del tenor literal del artículo 47.1 del ET. Otro relativo a la reducción de jornada, con el mismo procedimiento. También regula la suspensión por causa de fuerza mayor, si bien remite al artículo 51.7 del ET. En estos dos últimos casos, el artículo 47 del ET mantiene la regla de la remisión, el primero al artículo 47.1 del ET y el segundo al referido artículo 51.7 del ET, por lo que las previsiones en el artículo 47.2 y 3 del ET, respectivamente, no han experimentado cambio alguno.

Sí encontramos, como se ha anticipado, novedades en la regulación de los ERTE. Este procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores afectados y para cualquier empresa, sigue siendo causal, pero ya no se concreta nada en torno a qué ha de entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como sí sucedía en la regulación anterior, identificándose con las causas del artículo 51 del ET, pero atendiendo al carácter «coyuntural» de las dificultades económicas por las que atraviesa la empresa. Ni tan siquiera aparecen aquí las cláusulas generales y abiertas a la discrecionalidad empresarial que hemos comentado respecto de las modificaciones sustanciales –competitividad, productividad u organización del trabajo–. Si bien parece cla-

ro que están implícitas. En cualquier caso es más que manifiesta la voluntad del legislador, aunque pueda ser contraproducente.

En efecto, el legislador no tiene interés en fijar las causas, que presume es claramente una cuestión que compete al empleador como titular de su empresa, salvo que, en efecto, llegue a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas –de duración no superior a 15 días– y en cuyo caso precisa, como también ya el artículo 51 del ET, se presumirá que concurren las causas –art. 47.1 ET–.

Lo que realmente le interesa es cambiar el modelo de regulación de empleo, desplazando el control administrativo al control judicial, lo que puede significar un efecto no querido de judicialización de esta materia. El control judicial será mayor o menor en función de que medie acuerdo o no. Si concurre acuerdo, entonces la impugnación solo podrá versar sobre la existencia de vicios en el consentimiento o anomalías en su conclusión –dolo, fraude, coacción, abuso de derecho–, o, si hay fraude social, de modo que se busque el acuerdo solo para el cobro indebido de prestaciones. Si no concurre acuerdo, entonces cabe recurrir contra las decisiones suspensivas –o de reducción de jornada– del empleador, bien por la vía individual, bien por la de procedimiento colectivo cuando la decisión coincida con los umbrales fijados para el despido colectivo, siendo compatibles ambas acciones, si bien la colectiva suspende las individuales hasta su resolución.

Aunque no lo dice expresamente –lo que es una deficiencia técnica, incomprensible en el diseño de política del derecho de la reforma radical que se propone–, el control judicial ha de limitarse igualmente a la verificación del carácter justificado o no de la decisión, esto es, a si concurre o no causa, pero no al control de oportunidad de la medida para superar la coyuntura económica negativa. Como puede comprobarse, no quedan afectadas las vías de impugnación, ni individual ni colectiva, pero sí se condiciona el alcance del control judicial –no será de fondo, pues se presume la causa si hay acuerdo, y no será finalista, pues no se quiere esa valoración del juez por reservarse al empleador, sino de evitación de arbitrariedad, si no concurriera tal acuerdo–.

Pero si el control judicial se ve parcialmente alterado, por supuesto en sentido restrictivo, lo que radicalmente se ha modificado es, como se decía, el control administrativo. No se elimina, cierto, pero desaparece lo más relevante, el carácter decisorio, y ahora se queda en el viejo papel –propio del orden liberal–, de guardián o vigilante de la regularidad del procedimiento, de la salvaguarda de las reglas de juego, con especial referencia a la evitación de un daño al interés público –pago indebido de prestaciones–. En este sentido, de mero vigilante o garante, puede entenderse el doble deber de comunicación que impone la norma a la autoridad laboral. De un lado, debe dar traslado de la comunicación empresarial de suspensión –o reducción de jornada– a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de otro, a la ITSS. Esta debe evacuar informe, como antes, pero ahora limitado no a si se dan o no las causas, sino «sobre los extremos de dicha comunicación» y «sobre el desarrollo del periodo de consultas». Si esta última referencia no plantea problemas de comprensión, la primera sí que puede suscitar dudas, pues ¿a qué extremos se refiere?

Quizás la cultura clásica también protectora de la ITSS, pese a las críticas que suele recibir, a menudo injustas, por parte de los propios trabajadores, pudiera hacer pensar –para algunos temer–

que este informe sigue siendo el precedente, el que se hacía sobre el fondo de las causas y que determinaba en gran medida la decisión administrativa si no había acuerdo. Pero entiendo que el modelo normativo ha cambiado y esto obligará también al cambio de su (buen) hacer inspector en este ámbito. En mi opinión, en este caso, nos encontramos con una manifestación clara del papel devaluado de la autoridad laboral en el modelo de orden público económico-laboral de orientación liberal –la autoridad laboral vigila que se respeten las reglas de procedimiento y los intereses generales, pero no decide cuestiones que son de libre apreciación empresarial, con la participación, eso sí, pero no vinculante, de los representantes legales, por concurrir un interés colectivo (liberalismo –ni siquiera garantismo– colectivo).

6.2. *Las medidas de incentivo: La asunción pública de los costes del ajuste empresarial alternativo al despido*

Pero por mucho espíritu liberal que impregne el mensaje de confianza que el Gobierno quiere trasladar a los empresarios, promoviendo más que una mutación del modelo normativo –que también– un cambio cultural, aquel es consciente de que no basta. Sin incentivos –sin reducción directa de costes laborales– el cambio se diluye en puro voluntarismo. Aun con ellos ya hemos visto que sus efectos prácticos están siendo muy limitados, aunque no irrelevantes, por supuesto. Por eso el Gobierno actual ha decidido mantener –prorrogar– el sistema de incentivos específicos a este dispositivo de política de mantenimiento de empleo –la suspensión y la reducción no generan empleo, a lo más se contenta con conservar el que existe, que en España ya sería un grandísimo logro social y económico–, tanto las bonificaciones al empresario –aunque hay alguna novedad de recorte significativa– cuanto el derecho de reposición de la prestación consumido durante la medida –aunque también aquí hay alguna novedad de recorte relevante–. De este modo, una vez más se instrumenta al servicio de la socialización de los riesgos de empresa los recursos de la Seguridad Social, en aras del interés social que supone conservar empleo.

Como es sabido, este tipo de medidas de fomento de decisiones de mantenimiento del empleo tuvo su mayor plasmación en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, que, modificada por el Real Decreto Ley 10/2010, estuvo en vigor hasta el 19 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 35/2010. En esta regulación aparecían dos grandes grupos de incentivos, los dirigidos a los empresarios –a través de las clásicas bonificaciones de cuotas sociales, mayor si la medida suspensiva era pactada– y los previstos para la protección de los trabajadores afectados.

A estos efectos, no solo eliminó el plazo de espera –un mes de inscripción como demandante de empleo– para beneficiarse del subsidio de desempleo, sino que incluyó un «derecho de reposición» de una parte del periodo de prestación de desempleo consumido. Pues bien, vencida la vigencia de las bonificaciones –50% u 80%, con un límite de 240 días– previstas en el artículo 1 de la Ley 27/2009, prorrogado por el artículo 9.º de la Ley 35/2010 para todas las solicitudes de regulación conservadora de empleo presentadas a 31 de diciembre de 2011, el artículo 15 del RDL 3/2012 de reforma renueva estos incentivos, para lo que, en general, mantiene, pero actualizada, la regulación precedente y ya agotada –que no derogada propiamente–. No obstante, ha prescindido del derecho a la bonificación mejorada –del 80% en vez del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social– cuando

la empresa, en los procedimientos concluidos con acuerdo, incluyera medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo –acciones formativas durante el periodo de suspensión de contratos o de reducción de jornada cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, o cualquier medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa, según disponía el artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009 introducido por la Ley 35/2010. Esto da idea de la poca confianza en esta vía.

Este régimen de bonificaciones para la regulación conservadora temporalmente de empleo será aplicable a las solicitudes presentadas desde el 1 de enero de 2012 –por tanto se le da cierto efecto retroactivo a la regulación de reforma– hasta el 31 de diciembre de 2013, lo que pone de manifiesto también lo poco probable que ve el Gobierno que haya mejoras de relieve en la dramática situación ocupacional española. Para controlar un uso adecuado de este mecanismo se prevé, como antes, que el SPEE lleve a cabo un seguimiento trimestral de la bonificación establecida en este artículo. En cambio, nada dice de modo expreso en torno a cómo ha de procederse a obtener estas bonificaciones, como sí hacía la regulación anterior, pero hemos de entender que se mantiene el sistema automático de compensación a través de los documentos de cotización, que es la fórmula general.

Asimismo, se mantiene la regulación del derecho de reposición. Aunque, como es lógico, actualizado igualmente a los nuevos periodos posteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012. Si en lo sustancial no hay cambios relevantes respecto del régimen previsto en el artículo 3 de la Ley 27/2009, sí aparecen algunas variaciones.

En este sentido, una salvedad en el anunciado por la EM régimen de prórroga se halla respecto del supuesto especial del apartado 3 de dicho precepto, que no se recoge en la vigente regulación. Por lo que también aquí se producen ciertos efectos de recorte de derechos –en contrapartida a la pérdida de la mejora de bonificaciones referida–.

Con carácter general, se mantiene que la suspensión de contrato o reducción de jornada fallidas, esto es, que no eviten el despido económico –sea en vía estatutaria sea concursal–, siga dando derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días. Para ello se exige la concurrencia de una serie de condiciones temporales:

- a) Que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive. No hay vacío, pues, por cuanto la regulación precedente cerraba estos plazos a 31 de diciembre de 2011;
- b) Que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012 –12 de febrero de 2012– y el 31 de diciembre de 2013. No obstante se producen ciertos desajustes que pretenden resolverse con la disposición transitoria que en breve referiremos.

Además de los criterios temporales, se exige la concurrencia de otros requisitos relativos a la situación legal de desempleo tras la extinción de la relación laboral:

- a) Que se reanude el derecho a la prestación por desempleo.
- b) Que se opte por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial, en ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 210.3 de la LGSS.
- c) Que se haya agotado la prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho contributivo.

Si estos son los requisitos exigidos, las condiciones para el disfrute del derecho a la reposición son las mismas que para el derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal –o reducción temporal de la jornada de trabajo–, manteniendo la misma base de cotización y cuantía a percibir durante el periodo de la reposición que los vigentes en los periodos objeto de la reposición. En lo que concierne a su reconocimiento, será de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo, mientras que en los supuestos en que esté ya agotado el derecho se deberá solicitar, conforme al artículo 209 de la LGSS.

La existencia de una fragmentada y sucesiva regulación en esta materia precisa de normas de coordinación, a fin de evitar sean desprotecciones sean sobreprotecciones. En este sentido, y respecto de este segundo efecto, se prevé que la reposición de prestaciones previstas en el artículo 16 del RDL 3/2012 no sea acumulable a las ayudas reconocidas por el mismo concepto a los trabajadores incluidos en los «planes de apoyo para facilitar el ajuste laboral de los sectores afectados por cambios estructurales del comercio mundial». Sí son acumulables, en cambio, las bonificaciones empresariales con otras ayudas públicas para la misma finalidad, siempre que no superen el 100 por 100 del coste.

Por lo que hace a los trabajadores cuyo contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, en los supuestos establecidos en su artículo 16, y que previamente hubieran sido afectados por expedientes de regulación temporal de suspensión de contratos o de reducción de jornada en los casos referidos en esa disposición, tendrán derecho, en su caso, a la reposición de las prestaciones por desempleo, en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción del contrato –disp. trans. tercera RDL 3/2012–.

7. Concreción del tiempo de disfrute de los derechos de conciliación: ¿«Una moneda de (inter) cambio» de la flexibilidad empresarial?

A menudo, se defiende que la flexibilidad en la organización y gestión del tiempo de trabajo no es un valor unilateral, sino bilateral, pues también permite mejorar el disfrute de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar –incluso personal–, que asume hoy una trascendencia renovada, hasta resaltarse su dimensión constitucional –SSTCO 24 y 26/2011 (NCJ054614 y NCJ054616)–. De ahí que, a modo de ejemplo, se haya considerado legítimo disponer de condiciones individuales más beneficiosas respecto de los tiempos de descanso si a través de un acuerdo con los representantes, sean

legales o sean sindicales, de los trabajadores, lo consideran más favorable «para lograr una mejor conciliación» de la vida laboral o profesional y personal al exigir menor permanencia global en los centros de trabajo –SAN de 23 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 8.º *in fine*–. Sin duda seducidos por todos estos «cantos de sirena», no hay Gobierno que se resista a incluir, por muy demoledoras que desde el punto de vista de la seguridad de los trabajadores en su empleo sean algunas previsiones específicas, por supuesto episódicas, dispersas y de escaso relieve para promover la política que urge en torno a garantizar de modo efectivo el ejercicio de estos derechos de forma compartida, y no ya solo a través del sacrificio de las trabajadoras, en torno a ese nuevo mantra socio-jurídico que es la «conciliación de la vida laboral y familiar» –e incluso, por si faltaba poco para hacerlo menos creíble–, «personal». En consecuencia, a falta de la suficiente convicción y firmeza para introducir las garantías necesarias a tal fin, de una forma coherente y efectiva, la referencia ocasional se convierte en una auténtica «moneda de cambio» de las reformas de flexibilidad empresarial, permitiendo poder usar políticamente tales mejoras, a menudo más pretendidas que reales, para legitimar la intensidad de aquellas.

Así lo hizo, por ceñirnos a las reformas más recientes, el Gobierno reformista de 2010, cuando incluyó en la lista de materias a negociar preferentemente en la empresa las relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar, y así lo ha hecho, en buena medida movido por la necesidad de adecuar ciertas previsiones legislativas a la más reciente jurisprudencia del TJUE, el Gobierno revisionista de 2012. No obstante, y antes de dar cuenta de los puntuales cambios introducidos en este campo por la disposición final primera del RDL 3/2012, conviene recordar que la verdadera innovación en este ámbito, que en parte colisiona con la introducida en este real decreto-ley, reside en el artículo 139.1 a) de la LRJS, que reconoce poderes de negociación individual a quienes ejerzan derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legalmente o por vía convencional.

Veremos que, a diferencia de la LRJS, que potencia la dimensión de derechos subjetivos, como reflejo no solo de un principio jurídico-constitucional sino incluso como derecho social fundamental, el RDL 3/2012 trata de abrir una mayor posibilidad de intervención colectiva, pero favorable a los intereses de empresa.

La primera novedad textual, que ya no de innovación reguladora, está en el artículo 37.4 del ET, que regula el derecho individual a la reducción de jornada por lactancia a un menor. Aquí, aparte de la reforma de coherencia y mejora técnica del texto que supone reconocer en el propio precepto que la titularidad del derecho al permiso de lactancia de un hijo menor de nueve meses corresponde a todas las situaciones que generen esa relación, no solo la biológica sino también las jurídicas (adopción, y acogimiento), lo más destacado es la eliminación del enunciado sexuado que contenía la anterior redacción, que hablaba solo de «trabajadoras». En este sentido, el hecho biológico está desvinculado de la lactancia natural, configurándose como un tiempo de cuidado más a favor del hijo que tanto el padre como la madre pueden asumir y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral. El permiso se concede por tanto a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores, por lo que considerar que solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser titular, perpetúa el reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental.

Por tanto, no puede denegarse el disfrute del permiso –realmente es una reducción de jornada– al padre que tenga la consideración de trabajador por cuenta ajena, por el hecho de que la madre del niño no tenga esa condición, ya que ello podría dar lugar a que la mujer se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño. Por eso, ahora se precisa que ambos progenitores son titulares del derecho a la reducción de jornada por estos motivos, si bien solo uno podrá ejercerlo –«disfrutarlo»– si ambos progenitores trabajan –ya por cuenta ajena ya por cuenta propia–. Para una adecuada comprensión del cambio hay que referir a la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009 (NSJ035945), que declaró discriminatorio y contrario a la Directiva 76/207/CEE la regla anterior que privaba al padre de la titularidad, limitándolo a un derecho de ejercicio si la madre también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

La segunda novedad en el modo de disfrute de las reducciones de jornada por razones de ejercicio de derechos de conciliación la hallamos en el artículo 37.5 del ET, relativo al ejercicio del derecho de guarda legal de un menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. En estos casos, ahora se precisa que el derecho a una reducción de la jornada de trabajo afectará a la «diaria», con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. La concreción horaria y la determinación concreta de este periodo de disfrute –al igual que en el caso del permiso de lactancia– corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar con una antelación de 15 días. Hasta aquí no hay novedad.

Ahora bien, a fin tanto de mejorar la transparencia en las decisiones individuales del titular del derecho, pues se trata de un derecho pleno de este, sin necesidad de negociación con el empleador, como de fomentar la intervención colectiva, se introducen algunos cambios de cierto relieve. Primero, se admite que los convenios colectivos puedan establecer criterios «para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas». El legislador busca, aquí sí, la complicidad de la autonomía colectiva para conseguir introducir como criterio relevante para la concreción del tiempo de ejercicio de tales derechos la protección del «interés empresarial», cuando el valor jurídico que protege principalmente esta regulación es el «interés del menor» –del familiar protegido–. En este sentido, debe tenerse en cuenta que estamos ante un derecho individual vinculado a la tutela de derechos constitucionales –art. 39–, e incluso fundamentales –STCO 3/2007 (NSJ023212)–.

De este modo, aparecen problemas de gran relevancia, como el relativo al alcance de las eventuales limitaciones que puedan establecerse por vía convencional al ejercicio del derecho individual. A este respecto, existe jerarquía entre los intereses en juego, primando el interés de protección del menor –o del familiar–, en la defensa que de él haga el titular del derecho, por encima del criterio convencional y por supuesto del criterio empresarial. La solución tendrá que venir, en caso de discrepancias, del juez social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la LRJS.

Segundo, y en coherencia con esta mayor intervención de la autonomía colectiva –que hasta ahora se contemplaba, según el art. 37.4 ET, como de mejora distributiva y no ya como de restricción productiva–, ahora se prevé que también el periodo de preaviso pueda ser disponible para el convenio.

En este sentido, el trabajador, salvo fuerza mayor –como ahora se precisa, pero ya se aceptaba por la propia lógica del derecho, que no es solo el texto legal–, 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» –deber de transparencia–.

En suma, es llamativo que una reforma orientada a primar lo individual sobre lo colectivo potencie la negociación de este tipo para introducir límites a la autonomía individual, eso sí, ahora del trabajador a favor de las razones productivas. El legislador no se atreve a introducir directamente límites por los problemas de constitucionalidad que podrían derivarse, dado que están en juego derechos fundamentales y recurre a la negociación colectiva. El Gobierno busca, pues, la flexibilidad en aras de la empresa, no del trabajador, incluso cuando se trata de derechos individuales de este. La autonomía colectiva es requerida aquí en detrimento no del poder de decisión unilateral del empleador –que también actúa en este ámbito, STS, 4.ª, de 26 de septiembre de 2011 (NSJ041312)–, sino del poder individual del trabajador en los contadísimos casos en que lo tiene legalmente atribuido.

Finalmente, encontramos significativas novedades en la redacción del artículo 38.3 del ET, relativo al periodo de disfrute del derecho a las vacaciones, pero de nuevo su contenido no es una innovación jurídica, imponiendo nuevas reglas antes inexistentes. Al contrario, se trata de consolidar en el plano legal situaciones jurídicas ya firmes por ser asumidas plenamente en el ordenamiento jurídico vigente, convirtiendo en «palabra de ley» la «palabra jurisprudencial», sobre todo si se trata de un Tribunal tan contundente y relámpago como el TJUE y en relación con la fijación del periodo final para el disfrute del periodo vacacional cuando no se ha podido gozar plenamente por haber sobrevenido situaciones de baja, bien por situaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar bien por un problema de salud que causa baja temporal. A este respecto dos son las novedades contempladas.

La primera es de pura coherencia reguladora y, por tanto, de mejora técnica y de la seguridad jurídica de las situaciones reguladas por la norma estatutaria. En este sentido, se añade ahora el permiso de paternidad –art. 48 bis ET– para completar el listado de bajas laborales que, concurrentes con el periodo de vacaciones anuales, permiten prolongar este más allá del año natural, quebrando la regla general que prescribe el disfrute del derecho a un año. Así, cuando este periodo, fijado en el calendario de vacaciones de la empresa, coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los artículos 48.4 y 48 bis del ET (permiso de paternidad), se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. Como es sabido, este párrafo, incorporado por la Ley Orgánica 3/2007, relativa a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, clarificaba la situación precedente, recogiendo la jurisprudencia consolidada al respecto en el ámbito comunitario, que obligó a cambiar incluso la jurisprudencia nacional contraria a este derecho, que finalmente terminó reconociendo por «imperativo comunitario».

La segunda, más relevante por tratarse de un nuevo enunciado legislativo, supone incluir un párrafo tercero en el precepto comentado, según el cual, en el supuesto de que el periodo de vacacio-

nes coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior –esto es, contingencias comunes– y que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado. En este caso, por tanto, sí se fija un límite máximo a la prolongación del periodo para el disfrute, lo que no sucede en el grupo de supuestos anteriores.

La reforma tiene, pues, en este punto, un claro signo de mejora de la protección. Pero tal rumbo no se debe en este caso a ningún intento de compensación del mayor rigor liberal sino a un imperativo del Derecho comunitario por lo que, en consecuencia, no era disponible para el legislador.

V. LAS POLÍTICAS DE LIBERALIZACIÓN Y REDUCCIÓN DE LOS COSTES DEL DESPIDO POR IMPERATIVO DE EFICIENCIA: «UNA AUTOPISTA CON BAJO PEAJE»

Sumario

1. ¿Reducir o multiplicar los dualismos del mercado de trabajo?: Un modelo de equiparación por la igual vulnerabilidad.
2. El abaratamiento de los costes del despido improcedente: El menor precio de la arbitrariedad empresarial ¿la restringe o la incentiva?
3. Mutación del modelo de despido colectivo: Adiós a los ERE administrativos.

V. LAS POLÍTICAS DE LIBERALIZACIÓN Y REDUCCIÓN DE LOS COSTES DEL DESPIDO POR IMPERATIVO DE EFICIENCIA: «UNA AUTOPISTA CON BAJO PEAJE»

1. ¿Reducir o multiplicar los dualismos del mercado de trabajo?: Un modelo de equiparación por la igual vulnerabilidad

Toda la filosofía oficial de la reforma, plasmada en las grandes palabras –EM–, no así en la letra de los preceptos modificados, obedece a un intento de reducir el «ajuste por el empleo», vía despidos –flexibilidad de salida–, para favorecer el ajuste por el «precio de las condiciones de trabajo», reduciéndolas –a través de las medidas de flexibilidad interna–. No hay ningún reparo en reconocer, con certero diagnóstico en este caso, que la «falta de un nivel óptimo de flexibilidad interna es una de las características de nuestro mercado de trabajo, afectando ello primordialmente a trabajadores con contrato temporal y en menor medida a trabajadores indefinidos mediante despidos. El resultado es, a estas alturas, sobradamente conocido: la acusada rotación y segmentación de nuestro mercado de trabajo». A partir de esta valoración, que puede compartirse, se insiste, el objetivo es doble a la hora de buscar las mejores terapias: favorecer la eficiencia del mercado de trabajo, de un lado, y reducir la dualidad laboral, de otro.

El inicio del capítulo dedicado a tales fines –el IV– era esperanzador. Se formula la ya comentada anticipación del final de la suspensión de aplicar los límites temporales previstos para los contratos temporales, con lo que la corrección de la dualidad laboral parece orientar sus dardos hacia arriba, buscando mejorar la estabilidad. Puro espejismo, desde luego, como se dijo, no casual sino buscado. A partir de aquí todas las medidas relevantes van referidas «esencialmente a la extinción del contrato», y no para endurecer sus condiciones, facilitando que sea mucho más sencillo –eliminación de las trabas, normativas y culturales– y eficiente –más ventajoso o beneficioso (rentable)– modificar las condiciones, incluso a la baja, en aras de conservar empleo con un coste asumible por la empresa y ajustable a cada tiempo y circunstancia, que despedir. Al contrario, la reducción de la dualidad laboral se propone, como era de esperar –aunque resulte poco comprensible– en el marco del modelo global de reforma devaluadora de las condiciones de trabajo y de competitividad por la reducción de precios –del trabajo–, haciendo del despido una enorme «autovía con apenas peaje», esto es, no ya solo se va a liberar buena parte, si no todos, los obstáculos que había para despedir, sino a procurar que sea también al menor coste posible –de ahí la eficiencia–. A falta de crédito para la actividad empresarial, el legislador ha decidido capitalizar las empresas permitiéndoles renovar –y rejuvenecer– su plantilla posibilitándoles despedir a bajo coste y contratar a más bajo coste aún.

En suma, quizás es cierto que se consiga eliminar la dualidad, pero no mejorando la seguridad razonable de todos, sino convirtiendo a todos los trabajadores, sobre todo a aquellos que suponen más «lastre para las empresas» –los de más antigüedad y mayores costes–, en igual de vulnerables. Por enésima vez el propósito confesado de la reforma se trastoca cuando vamos a su cuerpo articulado hasta el punto de proponer todo lo contrario de lo que se afirma ya que, ahora, y pese a todo el esfuerzo –ya analizado– por mejorar la flexibilidad interna, será muchísimo más eficiente despedir que modificar las condiciones de trabajo. El problema no es ya que se vaya a una indemnización generalizada de 33 días, que realmente no supone ningún cambio brusco en el contexto actual, amén de ser asumible en el concierto europeo, sino que se han puesto las condiciones para que o bien se paguen solo 20 días –con la liberalización del despido objetivo–, o incluso nada, con el recurso de futuro a esa modalidad de contratación indefinida que analizamos y que más constituye, como se dijo, una «forma de blanqueo legal de empleo temporal» que de fomento de la contratación indefinida.

También aquí pueden verificarse las falacias sobre las que se sustenta la reforma. De un lado, y respecto al coste del despido en España, conviene dejar bien claro que en términos globales representa una parte muy pequeña de los costes laborales, pues se sitúa en apenas un 1,5 por 100 de los costes laborales totales.¹ Es cierto que estos costes se distribuyen de forma muy desigual entre sectores y empresas, al tiempo que la indemnización por despido improcedente se sitúa entre las más elevadas de Europa, pues por lo general está en el entorno de los 20 días, aunque las fórmulas son muy diferentes y es difícil el cálculo comparado. Ahora bien, no deberían perderse de vista algunos datos constatados –no ya meras opiniones– relevantes para comprender la posición de nuestro modelo en ese concierto internacional.

Primero, España, según datos de la poco sospechosa de derivas socializadoras OCDE, es el país que, a través de sus reformas del mercado de trabajo, más rápido y más intenso ha reducido el nivel de protección ofrecido por su modelo jurídico-laboral frente al despido, situándose ya por debajo de la media europea. Por lo tanto, las reformas laborales no han tenido un significativo efecto en la creación de empleo neto, como se dijo, pero sí ha supuesto una marcada debilitación de nuestra protección a los que trabajan.

Segundo, no existe ninguna evidencia ni empírica ni científica que acredite que el despido barato conlleva la creación de empleo, pudiendo encontrar estudios económicos que tanto sirven para un argumento, como para otro.

Tercero, la OCDE ha puesto de relieve igualmente que más que la indemnización lo que incide en la flexibilidad o no de una regulación es la complejidad y duración de los procesos para llevarlos a cabo, relativizando la influencia final del coste del despido en la creación –o destrucción de empleo–. De nuevo el reciente caso español es evidente.

Finalmente, y fuera de los argumentos estrictamente económicos, que no avalan la falacia que se nos quiere imponer –«a más barato sea el despido, más incentivos habrá para contratar»–, pues si eso fuese así, Alemania, en donde la indemnización se sitúa en 20 días, hubiera apostado por esa vía,

¹ Vid. RUESGA BENITO, S. *et al.*: «¿Qué reforma laboral?», *op. cit.*

cuando ha hecho todo lo contrario, hay que tener en cuenta un argumento fundamental de tipo jurídico: en España el coste del despido causal es o 20 días –situación económica difícil–, o 0 –si se trata de un despido disciplinario procedente–. El eventual sobre coste –los 45 días ya del pasado–, no era –y es, si bien ahora reducido a 33 días– sino el «*coste de la arbitrariedad*» empresarial, pero según la lógica jurídica privada, la arbitrariedad está prohibida, y según la constitucional es una quiebra del derecho a la estabilidad. En suma, ni la ciencia económica aporta ninguna base razonablemente sólida para sostener que la reducción del coste del despido incide de forma positiva en la creación de empleo, y sí pone de manifiesto que facilita lo obvio, la extinción, ni la racionalidad jurídica puede aceptar, so pena de quebrar principios elementales –de índole constitucional, comunitaria e internacional–, que el derecho indemnizatorio del trabajador se mida únicamente en términos de costes económicos.²

Sin embargo, ninguno de estos datos aparece en la EM. Solo el enfoque ideológico de partida. Por tanto, fiel al lema de los «milagros de Fátima», el Gobierno, a través de la EM, se empeñará en hacernos creer que en España sí es cierto –a diferencia de cualquier otro país– que a más «libre y barato» sea el despido –estamos a un paso del gratuito (conseguido con la modalidad de contratación que maquilla de indefinido el empleo temporal)–, mayor será la eficiencia de nuestro mercado y, por tanto, mayor contratación, eso sí, cuando se den las condiciones económicas de crecimiento económico. Veamos cómo formula el legislador este enigma, que quiere resolver a través de esa nueva fórmula mágica –pero vacía– de la «flexiseguridad», referida de forma reiterada, pero sin contenido regulador alguno, más allá de justificar una posición ya adoptada de partida.

2. El abaratamiento de los costes del despido improcedente: El menor precio de la arbitrariedad empresarial ¿la restringe o la incentiva?

2.1. Una rebaja anunciada del coste de la arbitrariedad: La reducción a 33 días de la indemnización por despido improcedente

La EM es de nuevo directa en su diagnóstico y parte de reconocer las «rigideces que han venido caracterizando al régimen jurídico del despido». Ahora bien, no solo denunciaría esa situación –que como hemos visto no tiene un estricto referendo ni teórico, ni empírico, sino más bien lo contrario–, sino que entiende que, además, nuestro sistema sería disfuncional, porque habría contado desde hace tiempo con mecanismos que, «de modo indirecto y un tanto irrazonable», habrían intentado «mitigar» esas rigideces –EM: punto V, antepenúltimo párrafo–. En consecuencia, presupone no solo la ineficiencia económica de la regulación del despido –sobre todo su elevado coste–, sino también su irracionalidad jurídica, al poblar esa regulación de anomalías jurídicas orientadas a cumplir una función económicamente útil –la

² Como se ha argumentado con una extraordinaria profusión de datos, económicos y jurídicos, un análisis comparado de costes del despido basado solo en los días de salario por año trabajado previstos en cada ordenamiento es «absolutamente inválido»; es decir, los análisis económicos que se basan en el estudio de cuántas semanas o meses de salario deben abonarse... no sirve para casi nada, pues ofrece una visión sesgada de la realidad, una visión puramente parcial. De otro lado, es justamente en esos otros costes donde en los últimos años ha puesto todo su esfuerzo nuestro ordenamiento, procurando dejarlos reducidos casi a la nada..., facilitando una reducción indirecta de los costes. Por lo tanto, es evidente que teniendo en cuenta esta realidad, la conclusión a la que con total ligereza y falta de rigor han llegado estos estudios, queda en evidencia». *Vid.* GORELLI, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, Sevilla: CARL, 2010. pág. 246.

reducción del mismo—. De ahí que se proponga saldar cuentas con esa situación —una parte de la cual la habría generado el anterior Gobierno del PP en 2002—, a través de una triple tarea u operación:

- a) Inclusión de una mayor flexibilidad en la delimitación de los motivos para despedir —liberación de causas—.
- b) Abaratamiento notable de los costes del despido a través de diferentes vías, cuyo resultado final no será sino la equiparación real del coste extintivo de un contrato de trabajo indefinido y otro temporal, reduciendo bruscamente aquel y ampliando gradualmente este (reducción general de los 45 días a los 33 días ex art. 56.1 ET; eliminación de los siempre polémicos «salarios de tramitación» también como línea de tendencia, art. 56.2 ET; así como la eliminación de la autorización administrativa para los despidos colectivos por entenderse como la responsable de las extinciones suplementarias, art. 51 ET). Esta reducción afectada de modo especial al despido improcedente, reforzando su dimensión económica e ignorando su dimensión jurídica, pues la reducción de los costes solo de un modo parcial —reducción de la responsabilidad del FOGASA— ha atendido a que sigue siendo una anomalía jurídica (supone un despido sin causa jurídica, por no estar probada ante el Tribunal).
- c) Eliminación de atajos, a fin de simplificar y hacer expeditos la decisión y sus efectos, pero sin el expediente perverso del «despido exprés».

A este respecto, aunque lo más visible y mediático ha sido la generalización para los despidos improcedentes de la indemnización de 33 días —con un límite máximo reducido ahora a 24 mensualidades—, antes prevista solo para la modalidad de fomento de empleo estable, que ahora se deroga —la extrema ampliación de colectivos beneficiarios con la reforma de 2010 pretendió un mismo efecto, pero fracasó por la caída de su uso, ya casi residual—, con la consiguiente desaparición de la histórica indemnización de 45 días —y límite máximo de 42 mensualidades—, según establece el nuevo y simplificado —en exceso— artículo 56.1 del ET, no es, a mi entender, lo más llamativo. En realidad, esa reducción aparecía en todas las «quinielas» como apuesta segura y ya había sido asumida por los sindicatos, porque era difícilmente sostenible en el actual marco de intervención —determinación— europea de las políticas nacionales de reformas laborales, sobre todo en los países si no intervenidos —como son Portugal, Irlanda y Grecia—, sí «vigilados» —como es España—. Para el Gobierno tal diferencia constituía «un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido» —la reducción de la dualidad ha de ser, pues, a la baja de los más protegidos, no desincentivando realmente el recurso a los contratos más vulnerables—, además de ser, añade, «un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para las más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación». En suma, aunque tales afirmaciones carecen de la más mínima base científica, como ya indicamos, y si bien revelan fuertes contradicciones —si tan costoso fuese de verdad no se hubieran producido casi un millón de despidos de este tipo en nuestro país en estos tres años de crisis dura—, realmente se trata de una medida asumida y asumible, con la que culminaría razonablemente una evolución continuamente a la baja en la tutela dada por nuestro ordenamiento al despido.³

³ Aunque ahora parezca ya una completa antigualla, no está de más recordar que el ET supuso un cambio radical de modelo de tutela indemnizatoria respecto de la legislación laboral histórica, pues cambió el sistema de indemnización de daños

Consciente el Gobierno-legislador de la contestación que iba a tener esta medida, ha tratado de paliar o contener una parte de sus efectos a través de las reglas de transitoriedad. Así, la nueva cuantía se aplica íntegramente solo a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2012, si bien los celebrados con anterioridad a dicha fecha se ven parcialmente afectados: hasta la entrada en vigor del real decreto-ley se computa conforme a los 45 días, y los años de prestación de servicios posteriores a razón de 33 días.

De nuevo, el Gobierno-legislador ha querido evitar el añadir adicionales tachas o dudas de constitucionalidad, por lo que él mismo advierte que esta complicación en el cálculo ha de responder al necesario respeto al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la CE, así como el de seguridad jurídica, protegiendo «las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contrato en vigor» –EM–. La continuación de la labor laminadora de los costes del despido, que tuvo significativo empuje en 1994, aunque la regla de los 33 días fuera de origen convencional y se introdujera en 1997, responde, pues, a un proceso debilitador de la protección, equivocado económicamente e irracional jurídicamente, pero comprensible.

Ahora bien, es evidente que, pese a lo indicado por la EM, el Gobierno-legislador no apuntaba, en el fondo, solo a esta medida «estrella», pero mixtificadora o encubridora de cambios más profundos e irrazonables.

2.2. *Saldando cuentas con el pasado: Crítica y fin del «despido exprés» y, de paso, laminamos los salarios de tramitación*

En efecto, como recordara no hace mucho la premonitoria *STS, 4.ª, de 27 de octubre de 2009* (NSJ030971), la Ley 45/2002 moderará el objetivo reductor del coste de los despidos, por la fuerte presión social que supuso la huelga general contra el Real Decreto-Ley 5/2002 –recuérdese que la STCO 68/2007 (NSJ023443) lo declaró inconstitucional por razones de forma–, que quiso eliminar de raíz los salarios de tramitación para supuestos en los que no concurriese la readmisión. Pero se mantuvieron también para la readmisión, tras el duro pulso sindical y social con el Gobierno de entonces. Pero, eso sí, permitiendo que el empresario pudiera paralizar el curso de los salarios de tramitación en ciertas condiciones que implicaban, al menos en apariencia, la satisfacción del interés del trabajador despedido. Por lo tanto, en las dos reformas –la de 1994 y la de 2002– se evidenciaría que la finalidad perseguida era la de limitar más bien «los costes meramente procesales» del despido cuando existe una decisión empresarial, dejando sin objeto la continuación del proceso. De ahí que, añadiría la *STS, 4.ª, de 18 de diciembre de 2009* (NSJ032329), se estableciera en el artículo 56.2 del ET una «norma compleja» que busca tanto anticipar la transacción sobre el despido, antes incluso del acto de conciliación a través de la iniciativa empresarial de ofrecer al trabajador el reconocimien-

y perjuicios por despido injusto, libremente fijado por el juez, siendo esta libertad un auténtico factor de desincentivo para el empresario ante la incertidumbre del coste, y un límite de 5 años, pasando a otro de indemnización tasada –45 días– y límite notablemente menor. A partir de ahí, salvo en relación con la protección de los derechos fundamentales –nulidad radical, que conlleva readmisión e indemnización adicional–, y al ejercicio de los derechos de conciliación –nulidad objetiva–, todo el proceso posterior de reformas se describe como una curva descendente, adquiriendo en 2012 una velocidad tal que asemeja mucho a una «caída libre». Para la evolución del ordenamiento en este punto *vid. GORELLI, J.: El coste económico..., op. cit., pág. 79 y ss.*

to de la improcedencia y el abono de la indemnización correspondiente debidamente garantizada, cuanto, y sobre todo, evitar que mediante acciones estratégicas del trabajador pudiesen incrementarse de forma «artificial» los costes del despido, a través de la «presentación de demandas estratégicas que persiguen aumentar los salarios de tramitación, que –no se olvide–, a partir de cierto límite temporal tienen una financiación pública».

Pues bien, el Gobierno-legislador no ha olvidado en absoluto todo esto y ha entendido que es hora de eliminar tan brillante pero compleja, y sobre todo costosa, construcción –con lo que no se habría conseguido todo el efecto radical pretendido, pues no se busca solo eliminar los costes procesales sino los costes en general del despido–, y ha puesto fin, una década más tarde, al «despido exprés». Para ello ha dado una nueva redacción al artículo 56.2 del ET, como se ha visto, y ha derogado el artículo 105.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –LRJS–, como se verá al estudiar los cambios en la norma procesal. La justificación la explicita con todo lujo de detalles la EM, que no escatima explicaciones al evidenciar cómo los «beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas», no compensa los costes de irracionalidad del «despido exprés». Este se revelaría frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de *flexiseguridad* –EM–.

Para el legislador, el *despido exprés* no crea seguridad para el trabajador –por tanto satisfacción en su pretensión, como entiende la jurisprudencia referida–, puesto que las decisiones empresariales se adoptan –este reconocimiento es muy interesante por parte del Gobierno, pues oficializa la irracionalidad de reducir los costes de los despidos improcedentes– «sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Pero, además, tampoco desde el punto de vista empresarial *«constituye un comportamiento económicamente racional»*.

Siendo impecable, a mi juicio, el diagnóstico, ¿la conclusión lógica no sería la de evitar, en efecto, el mecanismo de la paralización de los salarios de tramitación, que fomenta unas conductas arbitrarias por parte del empleador e inseguras para el trabajador, pero mantener los salarios de tramitación como coste que incentive decisiones racionales, esto es, las de readmitir por cuanto queda constatado judicialmente que no hay causa para la extinción? El Gobierno-legislador da un salto lógico, a mi juicio, y llega a la conclusión contraria a la que sería razonable tras su exhaustivo, coherente y completo discurso crítico del despido exprés –despido seguido de reconocimiento de improcedencia con puesta a disposición inmediata de la indemnización–. Por lo que deja traslucir que todo el discurso se instrumenta a un único fin ideológico-político: los salarios de tramitación son un coste añadido en una situación en la que el empresario ya ha decidido librarse del trabajador, por lo que, salvo que él mismo decida «arrepentirse», readmitiendo –debe aceptar su «penitencia», siguiendo la doctrina de los actos propios–, la suerte –el infortunio– del trabajador está echada. ¿Para qué andarse por las ramas?

El despido exprés, al final, no era más que una técnica de supresión de los salarios de tramitación, pero el precepto devino muy complejo, como la jurisprudencia diseccionó, con el establecimiento de un cúmulo de requisitos. En consecuencia, lo mejor para lograr el objetivo es liquidar de

un plumazo todo ese formidable entramado institucional y llamar a las cosas por su nombre. Sobran ya la excusas, buscándose los objetivos de abaratamiento del coste de un modo directo, reduciendo primero la indemnización general –de 45 a 33– y luego eliminando, sin más, y salvo que el empleador quiera renunciar a ello readmitiendo, los salarios de trámite. Eso sí, en el camino el Gobierno se ha dejado bastantes jirones de legitimidad y coherencia, pues con certeros argumentos ha ido exponiendo la arbitrariedad de estas situaciones, que ahora se multiplican al premiarse la opción más dañosa, la extinción, pese a reconocerse que en el cálculo de tal decisión solo cuenta el coste y no la existencia de razones productivas –o disciplinarias–.⁴

En suma, se favorece descarnadamente el interés empresarial, pese a no existir causa –por tanto, aun reconociendo el Gobierno que es irracional jurídica y también económicamente–. En contrapartida se reclama para el trabajador –aquí estaría la recurrente llamada a la «flexiseguridad», pero externa ahora–, siguiendo también el modelo más general de intensa socialización de los costes de la flexibilidad empresarial, aún arbitraria, pese a proclamar lo contrario –con la excepción hecha, como se ha dicho y se verá con detalle, de la eliminación de la responsabilidad del FOGASA de una parte de la indemnización para los casos de improcedencia–, la inmediatez del pago de la prestación por desempleo, esto es, se facilita el despido reduciendo el coste para el empresario con la recurrente «cobertura del Estado», a través de la Seguridad Social, como siempre, y también con la continuidad de la asunción de los costes de la eventual dilación en el pronunciamiento judicial. Ciertamente de este modo, y de forma indirecta, también hallamos una fórmula de reducción del déficit público, por cuanto la alianza del interés empresarial –la eliminación de costes– con el público –la reducción de los suyos–, llevará a que se opte por la extinción, con lo que la dilación del proceso –ahora cada vez mayor–, no afectará negativamente al erario público.⁵

2.3. *El perverso fomento de la extinción frente a la readmisión aun constatada la improcedencia: Las excepciones a la eliminación de los salarios de tramitación*

Una vez más, los efectos contraproducentes e irracionales de este tipo de medidas tan directas emergen por doquier apenas se reflexione un poco sobre el alcance de la decisión de política legis-

⁴ La opción seguida por el Gobierno-legislador hace 10 años, en 2002, fue calificada por autores muy poco sospechosos de «radicales» como la reforma de mayor trascendencia desde la aprobación del ET en esta materia, por tanto muy superior a la reducción selectiva de los 45 días a los 33, en 1997. Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La reforma del despido y del desempleo mediante el RDL 5/2002», en AA.VV.: *La reforma del despido y del desempleo*, Murcia: Laborum, 2002, pág. 23. Más extensamente GORELLI, J.: *El coste económico...*, op. cit., pág. 298 y ss.

⁵ El Gobierno-legislador no tiene ningún pudor en reconocerlo, es simplemente una decisión de política, sin más. Así, dice «En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva –se refuerza esta previsión con la modificación de ajuste del art. 209.4 y 5 a) LGSS–. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días», según el artículo 57.1 del ET. Pero ¿acaso la reducción del coste del despido, facilitando el acceso a la protección por desempleo de personas que pierden su empleo sin causa –despido improcedente o sin causa–, no es ya una socialización del coste de la decisión empresarial?

lativa. Así, de un lado, el efecto obvio, y es que anómala y perversamente se fomenta la extinción indemnizada –más reducida– a la readmisión, cuando se está ante un acto empresarial jurídicamente irracional. Debe tenerse en cuenta que, en paralelo, el Gobierno confiesa querer clarificar las causas y provocar en el empresario un juicio más atento a los motivos reales que al puro cálculo monetario, de ahí que le objetive al máximo el despido de carácter empresarial –como veremos de inmediato–, por la vía de los artículos 51 y 52 del ET, con lo que la indemnización aún sería menor –20 días–. De otro, y frente al modelo propiciado por la LRJS, que apuesta claramente por las soluciones de conciliación y/o transacción, el Gobierno se aleja de este enfoque, asestando un «golpe mortal» a una relativa práctica que se había fomentado con la exigencia de salarios de tramitación, como era el propiciar el que acudiese el empleador, con espíritu conciliador, al acto de negociación que a tal fin contempla el proceso. En consecuencia, esta cultura, ciertamente no demasiado extendida o difusa, pero existente, ahora ya desaparece, al mantenerse la obligación empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de su calificación de nulidad.

En definitiva, estamos ante un demoledor ejemplo del favor de la norma de revisión estatutaria por dejar las consecuencias de decisiones, ya en sí arbitrarias del empleador, a su libre albedrío. No solo el efecto racional de una decisión arbitraria, compensar los perjuicios que causa, queda al albur únicamente de la opción del empresario –antes ya ocurría así, cierto, pero tenía más graves consecuencias para el empleador: pago de salarios de tramitación–, sino que ahora el legislador incentiva la decisión arbitraria, no es neutral: favorecer, por la vía del premio de la exención de los salarios de tramitación, la extinción, que es además más barata.

Este tipo de regulaciones carece de cualquier base de racionalidad económica –favor hacia decisiones amparadas en el ajuste a la realidad económica, productiva o de organización u orden de convivencia en una empresa–, y solo se articula sobre un elemento emocional, por tanto irracional –la confianza empresarial– y de arbitrariedad –el mero cálculo económico o de utilidad favorable a un contratante–, pero sin análisis de eficiencia, solo de rentabilidad. Por lo tanto, además de contradecir el principio de la seguridad jurídica –del empresario y de la sociedad en general–, fomenta la arbitrariedad –prohibida por el art. 1.261 CC–, provoca una inestabilidad extrema e injustificada y erosiona la tutela judicial efectiva, al desincentivar el interés del trabajador por someter a valoración judicial su despido, pues sabe que apenas encontrará, salvo que concurren lesiones de derechos fundamentales, tutela económica. En este extremadamente debilitado modelo regulador, las incoherencias con el principio jurídico de proporcionalidad se multiplican, sin más razón que el ya referido nuevo «principio jurídico de protección de la confianza empresarial», invirtiendo –depredando– el tradicional carácter de «*intuitu personae*» del contrato de trabajo, pues sus efectos benefician desmedidamente al interés empresarial –libertad de empresa– en detrimento del interés del trabajador –derecho a la estabilidad razonable–, sin que se justifique por el interés social –la citada defensa de la productividad o la garantía de la creación de empleo–.

En este contexto de mínima tutela obligacional ya ni siquiera la última trinchera protectora de la seguridad económica del trabajador, la protección por desempleo, a la que alegremente apela el legislador, está asegurada, viéndose en cualquier caso deteriorada. En efecto, de un lado, es posible que el trabajador, tan ligeramente despedido, no reúna el periodo de carencia y, si lo reúne, también

se perjudica su situación, pues se ve obligado irremisiblemente a consumir su prestación –es «suya», porque sigue siendo un régimen contributivo, al menos de momento–. Más aún: con la reforma de los artículos 209.4 y 5 a) de la LGSS, desaparecen los salarios de tramitación y, con ellos, la cotización, por lo tanto, queda claro que se pierde también el impacto de los mismos en la ampliación de la carrera de seguro. En conclusión, para cualquier razonamiento sereno y medianamente equilibrado, queda bien claro que con la reforma del artículo 56 del ET, y sus corolarios –procesales y de seguridad social–, el coste de una decisión arbitraria, *el despido improcedente, se ha rebajado sensiblemente, ¡hasta por seis vías!*, con lo que el efecto es muy superior al de la Ley 45/2002, e incluso mayor al del devastador Real Decreto-Ley 5/2002, pues en este caso solo afectaba a los salarios de tramitación:⁶

1. Reducción de la cuantía de la indemnización.
2. Eliminación de los salarios de tramitación.
3. Desactivación de los tiempos de negociación conciliadora o transaccional (costes de transacción o negociación).
4. Mínima incertidumbre en torno a la cuantía.
5. Eliminación de las cotizaciones por el periodo de salarios de tramitación si se opta por la indemnización, al eliminarse estos.
6. Eliminación de los costes procesales de reclamación de los salarios de tramitación más allá de los 60 días si se opta por la extinción.

Ante este panorama, y en el plano económico, el cúmulo de todos estos incentivos para el despido improcedente ¿de verdad servirá para erradicar una de las prácticas más perversas de nuestro sistema de relaciones laborales, el encubrimiento de los despidos de carácter económico por otras vías, por lo general la disciplinaria, pero sin aportación de causa, que se supone es la razón básica que está detrás de esta formidable operación de mutación del régimen protector del despido mediante la previsión de un coste razonable de la decisión de extinguir sin causa? Es ya un tópico poner de relieve cómo la reducción de los niveles de protección frente al despido en España va derechamente conducido hacia un sistema anómalo o contradictorio, pues si en la forma conserva el carácter de causal, en la práctica se ha ido liberalizando, asumiendo el empleador que tiene carta blanca para despedir, y el trabajador que ese margen de arbitrariedad se compensa con una indemnización relativamente importante, de ahí la imagen del «*despido libre, pero costoso*».

Sin embargo, el legislador ahora ha querido expresamente acabar con esa contrapartida, de modo que el despido seguirá teniendo los mismos o más incentivos para su facilitación causal –la exigencia de causa sigue jugando en todas las modalidades, aunque, como veremos, se debilita ahora también para los despidos económicos, individuales, plurales y colectivos–, pero añadiendo los derivados de un

⁶ Para un análisis certero, en el plano económico, del fuerte impacto de reducción de costes del despido de tales reformas vid. MALO OCAÑA, M.A.-TOHARIA CORTÉS, L.: «La reforma de los despidos 2002», *RMTAS*, n.º 76, págs. 111-126. En el plano jurídico, GORELLI, J.: *El coste económico... op. cit.*, págs. 304-305.

notorio y notable menor coste, con lo que ahora se configuraría un nuevo modelo, de «*despido libre, y mucho más barato*». Incluso, como ya se indicó al analizar las novedades en materia de contratación indefinida, ya se han dado los primeros pasos para introducir el último modelo involutivo, que representaría el máximo de la privatización del Estado Social de Derecho: el «*despido libre, y gratuito*». Un contrato que se pretende estable pero que contempla un periodo de un año de prueba responde a ese modelo. Parece claro que esa sí es una línea roja que no se puede cruzar constitucionalmente, pero...

Cada uno expresará la valoración que mejor entienda. La mía está clara. Parafraseando lo afirmado por la STCO 27/2004 (NSJ014190), el Gobierno-legislador hace de peor condición a quienes, estando en una misma situación de arbitrariedad, aun estando amparada por la ley, un despido sin causa, aún lo estarán más por la menor protección económica que tendrán y por las mayores dificultades de acceso a un empleo en el momento de la extinción respecto de los que se vean agraciados con la readmisión. Y el único fundamento de la disparidad de trato es la voluntad del contratante que despide sin causa, el empleador, por lo que la legislación hace una valoración diferente y peyorativa de la protección que merecen un trabajador y otro sin más razón de ser que la libérrima voluntad del empleador. En el régimen anterior, la misma situación de arbitrariedad, el despido sin causa, daba lugar a una misma tutela respecto de los salarios de tramitación –correspondían en todo caso–, pero ahora, se profundiza más aún en la devaluación de la estabilidad del trabajador, sin más criterio que explique la peor condición en torno a los salarios de tramitación que una decisión arbitraria. Por tanto, entiendo que tal diferencia de trato no es compatible con las previsiones del artículo 14 en relación con el artículo 35 de la CE, por lo que la arbitrariedad no debe tener solo un coste económico, en su caso,⁷ sino también una respuesta de depuración en sede jurídica, sea por el Tribunal Constitucional –nulidad– o por el Tribunal Supremo –corrección–.

En este contexto, parece manifiesto que no pueda predicarse una interpretación expansiva de esta regulación restrictiva. Esta observación tiene que ver porque hay algunos casos en los que cabe plantearse si se siguen manteniendo o no los salarios de tramitación. En este sentido, ha de evidenciarse que en los despidos improcedentes de los representantes legales la opción corresponde a estos. El artículo 56.4 del ET prevé expresamente que cualquiera que sea el sentido de la opción, por la readmisión o por la indemnización, se tendrá derecho a los salarios de tramitación, en los mismos términos que se predicen para los previstos en caso de readmisión. Ahora bien ¿qué sucede cuando el trabajador no representante legal tiene reconocida también esa opción y opta, como es poco probable –ante tanto debilitamiento del coste del despido en tales casos–, pero sí posible –en hipótesis–, por la readmisión?

Tal situación se puede dar, cuando menos, de un lado, en el caso de los trabajadores a los que su convenio colectivo les da la opción de elegir entre readmisión e indemnización, siendo esta situa-

⁷ No está de más recordar que la jurisprudencia ha aceptado indemnizar a los trabajadores que vieron «expoliados» sus derechos a salarios de tramitación por un real decreto-ley que luego fue declarado inconstitucional. Por tanto, el coste de la arbitrariedad termina repercutiendo sobre el conjunto de la ciudadanía. En todo caso, evidencia que el Estado de Derecho tiene mecanismos para contener, o al menos compensar, los desmanes legislativos. Así, la STS, Sala Contencioso-Administrativa, Pleno, de 2 de junio de 2010, afirma la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño que provocan leyes inconstitucionales, y que se fortalecería con la regulación contenida en la Ley 45/2002, ya que la reintroducción de la obligación de pago de los salarios de tramitación equivale a «(...) la desautorización de la supresión que había introducido el Real Decreto-Ley...» (FD 11, párrafo tercero). Mucho me temo que el próximo legislador, que se pronunciará, en un par de meses a lo sumo, no haga lo mismo que aquel, aun siendo del mismo signo político y dotado de una mayoría absoluta análoga.

ción muy frecuente en el seno de la negociación de los empleados públicos laborales –art. 96 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)–, y, de otro, en el caso previsto en el nuevo artículo 286.2 de la LRJS, que concede la opción en sede ejecutiva, a las personas víctimas de acoso o de violencia de género, aun habiendo obtenido una sentencia de nulidad en sede declarativa.

A mi juicio, la solución debe diferir según el caso. Para el primero, el reconocimiento por parte del convenio de la opción a favor del trabajador, no es posible identificar una identidad de razón con el supuesto del artículo 56.4 del ET que permita aplicar por analogía la solución del inciso final del mismo, por más odiosa que resulte esta regulación devaluadora de la estabilidad en el empleo. En este supuesto, habría que preguntarse por la coherencia de una regulación que favorece efectos perversos, como el que un empleador público tenga incentivos para optar por la extinción en caso de decisiones arbitrarias –recuérdese que solo si no se trata de decisiones disciplinarias, sino de extinciones objetivas, por cuanto el artículo 96 del EBEP impide que en caso de despido disciplinario improcedente quepa optar por nada que no sea la readmisión–. Para el segundo, en cambio, en cuanto que se ponen en juego estrictos derechos fundamentales, es evidente que debe haber una protección máxima, y por lo tanto, si es de aplicación la solución favorable al reconocimiento del derecho a los salarios de tramitación, en los mismos términos que para los representantes de los trabajadores.⁸

3. Mutación del modelo de despido colectivo: Adiós a los ERE administrativos

3.1. *El fin de las autorizaciones administrativas y del control judicial de oportunidad: ¿Discrecionalidad o arbitrariedad?*

Entre las novedades más relevantes de la reforma, que aúna el doble objetivo de librar al empleador de las viejas ataduras administrativas y, a partir de una mayor discrecionalidad en la apreciación de la causa económica, reducir el coste de la extinción, es la eliminación, tras décadas de intensa presión empresarial, de las autorizaciones administrativas para el despido colectivo, con lo que si no desaparece propiamente, sí que cambia radicalmente de sentido el célebre ERE. Los principales aspectos innovadores en este punto, que son de extraordinario calado, se pueden agrupar en cinco. A saber:

- a) *La eliminación de la autorización administrativa* y la consiguiente mutación del papel de la intervención administrativa en el procedimiento, volviendo a la labor tradicional de garante del buen orden y el «juego limpio».
- b) *La objetivación de la causa justificativa de estos despidos* y, en coherencia, la reducción del papel del juez a la verificación de su concurrencia o no, pero sin juicios de oportunidad o de conexión funcional entre la causa y la medida. Liberado del control administrativo era obligado, para evitar que se trasladara la traba al control judicial, recortar el campo de acción de este.

⁸ Ampliamente sobre este supuesto MOLINA NAVARRETE, C.: *Análisis de la Nueva Ley de la Jurisdicción Social*, La Ley-Temas, 2012, pág. 506.

- c) La intensificación, a modo de contrapartida –«maquillado»–, pero más nominal que real, de ciertos «aspectos sociales» «de estos procedimientos de regulación de empleo, en especial con la formulación de un embrionario, aunque ambiguo, derecho de recolocación de los trabajadores en ciertos supuestos, con una suerte de emulación, pero con rebajas, del modelo francés.
- d) La cruda aplicación de estos procedimientos de reestructuración al empleo público laboral, como vía –irracional– para mayores recortes del déficit.
- e) La creación de una nueva modalidad procesal para la impugnación colectiva de la resolución judicial de este procedimiento de despido colectivo –nuevo art. 124 LRJS–. La acción de los representantes de los trabajadores persigue dar una solución homogénea a los trabajadores afectados por el despido.

Por lo que hace a la esperada eliminación de la autorización, gran reivindicación de los empresarios en aras de una libertad de empresa efectiva, no tutelada o vigilada, el Gobierno ha dado plasmación a ciertos planteamientos de la OCDE que indicaban cómo al empleador le pesa más que el coste del despido las complicaciones y dilaciones en la tramitación formal de unas decisiones que ya tiene tomadas por entender que es lo mejor para su empresa. La EM no oculta este enfoque y asume que la *«caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales»*. De ahí, concluye, *«seguramente la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral»*.

Por supuesto, ninguna concesión hace el Gobierno al beneficio de la duda de pensar que, posiblemente, esa opción favorable al convenio responda a que constituye una exigencia de la normativa comunitaria en la materia –Directiva 98/59/CE– que viene defendiendo la eficiencia y justicia social de reestructuraciones participadas colectivamente respecto de las impuestas, de modo que el periodo de consultas se orienta a favorecer acuerdos amplios. Por enésima vez anclado en un enfoque no económico sino economicista, con nula base científica, y con el solo apoyo del tópico, descalifica este instrumento como puro resorte inflacionario de las indemnizaciones y, de paso, silencia la importante función mediadora, y financiadora, que ha desempeñado hasta hoy. En consecuencia, la existencia de la autorización desnaturalizaría el sentido cualitativo del periodo de consultas para dotarlo de una razón monetaria, en detrimento de la negociación de las *«medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos»* –lógica de la empleabilidad–.

El eje del procedimiento, por tanto, es ahora el periodo de consultas, según la pauta común en la experiencia comparada europea –recuérdese que la legitimidad del sistema de autorización residía en el principio de norma más favorable de la directiva, que tolera pero no exige este modelo más tuitivo–, por lo que la función de la autoridad laboral es, según el artículo 51.2, párrafo 8 del ET, garantizar *«la efectividad del periodo de consultas»*. Por tanto, una vez recibida la comunicación de la apertura del periodo de consultas –simultánea a la realizada a los representantes de los trabajadores–, con la información documental adicional que precisa el artículo 51.2 del ET, párrafo segundo, la autoridad laboral se convierte básicamente en un vigilante del buen desarrollo del periodo negociador.

De ahí que se prevea su facultad de «remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento». Se trata más de una función de garante del buen orden que de mediación en sentido estricto. Asimismo, una vez se produzcan los acuerdos, estos están dotados de intangibilidad para la autoridad laboral, que solo los podrá impugnar o bien porque constate un vicio del consentimiento o una anomalía del mismo, o cuando suponga un daño a un interés público, en particular, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo –art. 51.6–. Sí le corresponde constatar, en cambio, la existencia de fuerza mayor, al margen del número de trabajadores afectados y conforme al procedimiento del artículo 51.7 del ET –también art. 49.1 h) ET–. En suma, se trata, como ya se dijo respecto de la movilidad geográfica, de un mero vigilante o garante del «juego limpio» –la función típica de la Administración en el orden económico liberal–, pero no sujeto decisor.

Que se siga previendo el deber de evacuar diferentes informes, como el de la ITSS, además de dar traslado al SPEE –a fin de que pueda controlar el respeto al interés público en torno al cobro de las prestaciones por desempleo que esta situación provoca–,⁹ no altera, como ya se dijo respecto de otras previsiones análogas, esta mutación a la baja del papel de la autoridad laboral. La revisión estatutaria convierte, pues, en sustancialmente cierto lo que se afirmaba con antelación a la reforma, y es que la autorización solo habilitaba al empresario para decidir –a diferencia del auto judicial en el proceso concursal que sí tiene efectos decisorios– pero era libre de adoptar o no la decisión extintiva. Pues bien, al margen de la mayor o menor artificialidad de ese planteamiento, lo cierto es que a partir de la entrada en vigor del real decreto-ley, quien decide es el empleador. Si hay acuerdo, se hará en los términos de este, dando copia de aquel a la autoridad laboral, y si no hay acuerdo remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su «decisión final de despido colectivo» y las condiciones del mismo –art. 51.2 *in fine* ET–. Comunicada la decisión a los representantes, notificará la decisión a los afectados individualmente en los mismos términos que para el despido objetivo –art. 53.1 ET, no modificado–. La eficacia del despido exige un periodo de espera mínimo, que se cifra en 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas –que, recuérdese, es de ese periodo para las empresas de más de 50 trabajadores y tan solo de 15 para las de menor dimensión– y la fecha de efectos del despido individual por las causas económicas, u organizativas, de referencia –art. 51.4 ET–.

El segundo grupo de novedades, igualmente dirigidas a una mayor liberalización de estos despidos, *se dirige a objetivar la causa* de este tipo de despidos, de modo que no solo proporcione un mayor campo de juego al empleador para reestructurar laboralmente su plantilla para ajustarla a las circunstancias económicas, sino que vaya más allá, ofreciéndole una auténtica confianza en que el juez cuando se produzca, en su caso, la impugnación, bien individual bien colectiva, no va a adoptar una posición meramente defensiva frente a estos despidos, en defensa del trabajador. Cómo no, el valor de la confianza, que se repite de modo machacón como elemento explicativo de buena parte de los problemas actuales del sistema –la falta de confianza de los mercados financieros, la falta de confianza de los empresarios, la falta de confianza de las autoridades...–. De nuevo es claro el Gobierno al respecto, evidenciando una sorprendente comprensión de la arbitrariedad empresarial eviden-

⁹ Para adaptar la forma de acreditar las situaciones de desempleo en tales casos se ha introducido una nueva disposición adicional quincuagésima cuarta a la LGSS –disp. final sexta RDL 3/2012–.

ciada hasta ahora, que justifica con un argumento no racional sino puramente emocional o de psicología colectiva.

En otros términos: si los empresarios no han acudido a la fórmula legalmente prevista era porque querían «evitar un proceso judicial sobre el que *no se tenía demasiada confianza* en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación». Es decir, la protección de la confianza empresarial –elemento emocional y, por tanto, irracional– en la utilidad a sus intereses de las instituciones laborales, incluido el proceso judicial, aparece como una suerte de nuevo principio general del derecho del trabajo a tener en cuenta. Aunque así situado el problema es evidente que el Gobierno revisionista incurre en una insoluble aporía, pues si la cuestión principal reside en cambiar la «cultura de sospecha empresarial» de la «parcialidad» de los jueces de lo social a favor de los trabajadores por otra «cultura de confianza» en los beneficios de la acción judicial para sus intereses, entonces queda claro que la reforma tendrá efectos reducidos, porque no se cambia la cultura judicial tan fácil como se cambian las leyes por real decreto-ley. No obstante, el Gobierno sí lanza varios mensajes al orden jurisdiccional social, que es el competente en esta materia, aunque le haya durado tan poco el control de las autorizaciones.

De un lado, la ley se ciñe también aquí ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos ampliando hasta el extremo su delimitación, pues bastará con acreditar por parte del empresario una «disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas», entendiéndose que es persistente «si se produce durante tres trimestres consecutivos».

Queda claro el carácter secuencial que tienen las medidas de reestructuración laboral, pues para las cláusulas de descuelgue se exigen solo «dos trimestres» –art. 82.3 ET–, ampliándose a tres para los despidos, siendo necesario que concurra un relevante desequilibrio empresarial, en aras del principio de proporcionalidad que debe seguir rigiendo esta materia, exigiéndose «problemas de gestión o pérdidas de eficiencia perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos» –STS, 4.^a, de 2 de marzo de 2009 (NSJ028243)–. En realidad, este mensaje ya lo habían entendido los Tribunales tras las sucesivas reformas, en especial el Tribunal Supremo. La jurisprudencia de este, aún con permanentes dudas y excesivos vaivenes, ha venido experimentando una evolución aperturista muy notable en estos años –STS, 4.^a, de 15 de octubre de 2003 (NSJ015093)– aunque se silencie de forma interesada. Pero que lo omita en su justificación, no quiere decir que el Gobierno lo ignore, por lo que, de otro lado, pretende suprimir toda referencia normativa que, dirigida a permitir un juicio de razonabilidad, ha generado mayor incertidumbre para las previsiones –por tanto para la confianza en el juicio– de los empresarios.

El Gobierno realiza una crítica demoledora –lo que hace dudar de su confianza en los jueces sociales– del modelo de control judicial precedente. A su juicio, «tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los Tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del ET». Gobierno *dixit*.

Aquí el Gobierno-legislador dirige sus dardos directamente contra la jurisprudencia consolidada, conforme a la cual se exige, una vez aceptado, tras dudar, que las causas señaladas «no necesitan resultados negativos, toda vez que pueden operar aunque no haya pérdidas» bastando pues una cierta continuidad de beneficios decrecientes, «un juicio de razonabilidad para esclarecer la conexión entre la causa y la medida, de modo que la empresa debe acreditar que tales dificultades existen y que la decisión extintiva se halla vinculada al mantenimiento de la posición competitiva de la empresa en el mercado... O lo que es lo mismo, la reorganización de la estructura empresarial, como causa justificativa del despido, sigue ligada a una determinada finalidad, cual es la del mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que habrán de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra –STSTS, 4.^a, de 30 de septiembre de 2002 (NSJ012012) y 15 de octubre de 2003 (NSJ015093); STSJ de Valencia de 28 de enero de 2004–.

Pues bien, toda esta construcción queda ahora arrumbada por la intervención del Gobierno-legislador, llevando a su extremo opciones liberales ya ensayadas en otros países, como reacción a opciones restrictivas precedentes y en línea con la óptica aperturista de ciertos Tribunales constitucionales, como el francés, siendo sin duda este modelo el que tiene más directamente en cuenta la reforma.¹⁰

Queda claro, pues, el efecto que quiere el Gobierno provocar en el control judicial, pero ¿puede hacerlo? ¿De verdad que una palabra del Gobierno-legislador y construcciones de años «a la papelera de reciclaje», sin función de «restauración»?

Resulta manifiesto que si hubiera podido quitar el control judicial, como ha hecho con el administrativo, lo habría realizado. Pero es inconstitucional y, por tanto, el artículo 24 de la CE era una barrera insuperable incluso para un Gobierno con una mayoría absoluta. Por tanto, se trata de podar al máximo el papel del juez que, como se dijo en relación con el control de las cláusulas de descuelgue, y por tanto no repetiremos, debe ser solo el juez que garantice la efectividad de la prohibición de arbitrariedad, pero no el juez de razonabilidad o de oportunidad de la medida, competencia en exclusiva del empresario en virtud de la libertad de empresa, derecho constitucional que sale en la reforma «extremadamente reforzada en detrimento, claro está, del derecho a la estabilidad –tanto «obligacional» como «real»– en el empleo ex artículo 35 de la CE.

Sin embargo, es evidente que, una vez más, el juez no está vinculado solo a la Ley sino al Derecho –art. 117 CE–, y está obligado a dar tutela efectiva no solo a los derechos e intereses de los empresarios, sino también a los de los trabajadores. Además, la reforma no resuelve un amplio abanico de problemas interpretativos en torno a la concurrencia de la causa, pues, por ejemplo, siguen planteándose cuestiones tales como la constatación de una realidad de empresa de grupo, que exige determinar su incidencia en torno a la valoración del conjunto –SSTS, 4.^a, de 16 de enero de 2007; 3.^a, de 14 de

¹⁰ Es conocida la ardorosa defensa que la Decisión 201-455 del Consejo Constitucional francés hizo de la libertad de empresa frente a la legislación socialista de 2001 que restringía la causa económica –Ley de Modernización Social de 19 de diciembre de 2001– a favor del objetivo del mantenimiento del empleo, y aunque ciertamente no «descausalizó» este tipo de despidos sí que introdujo una extraordinaria libertad de decisión, como se ocupó de resaltar el sector de la doctrina más vociferante de los deseos empresariales. *Cfr.* DURÁN LOPEZ, F.: «Libertad de empresas y despidos económicos. Una visión liberal de las relaciones laborales», Universidad de Córdoba, 2006, págs. 88-90.

febrero de 2007—. Por tanto, es ingenuo pensar que basta con un cambio legal para provocar un seísmo de la magnitud que pretende el Gobierno-legislador en el actual modelo de control judicial de las decisiones de despido —sea colectivo sea individual— por causas económicas.

El sistema de fuentes de las relaciones de trabajo no puede quebrarse por la voluntad de un real decreto-ley, y entre esas fuentes están los valores, derechos y principios jurídicos generales, en particular los que tienen un origen constitucional, pero también de carácter internacional —art. 10.2 CE—, y comunitario.

A este respecto, y ya desde una perspectiva general, conviene advertir que el diseño de una específica modalidad procesal para el control de estas decisiones empresariales reserva algunas interesantes sorpresas en sentido tuitivo. Así, por ejemplo, lo que puede ser, a mi juicio, un resurgimiento de la figura del despido nulo por decisiones empresariales fraudulentas o con «abuso de derecho» —o incluso «ejercicio antisocial del derecho» según los arts. 6 y 7 del CC—, más allá del previsto para la delimitación del número de despidos a incluir en el umbral cuantitativo. De este modo, y seguro que como un efecto no deseado por el Gobierno-legislador, pero coherente con el carácter sistemático y axiológico también en el plan social, no solo económico, del Derecho, renacen por la vía procesal el papel de los principios de fondo. Lo veremos.

3.2. Contrapartidas a favor del interés laboral: Responsabilidad social de la libertad extintiva y garantías de efectividad

A lo largo de estas páginas hemos ido comprobando cómo el Gobierno no descuida el incluir elementos que permitan justificar —más bien excusar— su propósito de reforma el ET de manera «equilibrada», a modo de compensación o contrapartida de las modificaciones de favor hacia los intereses empresariales. Los «recortes» de derechos y de poderes, individuales y colectivos de los trabajadores, aparecerían así balanceados o equilibrados con las «mejoras de derechos sociales». Por eso, el tercer grupo de novedades al que hacíamos referencia en el apartado anterior tiene que ver con los nuevos «elementos de responsabilidad social» que deben acompañar la gestión de estos despidos, ahora fuertemente liberalizados. A mi juicio, no deben infravalorarse estos aspectos, aunque no por ello debemos convertirlos en «cantos de sirena» que nos seduzcan en torno al carácter transaccional y equilibrado del cambio, pues evidentemente ganan más unos —los empresarios— que otros —los trabajadores—. Sin embargo, si se hace una adecuada comprensión jurídica de los mismos —dependerá del nuevo desarrollo reglamentario, de la interpretación judicial y administrativa, como se verá—, no son menores.

Habrà, pues, que realizar una labor interpretativa —hermenéutica—, y también, y sobre todo, de negociación en los periodos de consultas, que permita reforzar estas oportunidades para hacer de los acuerdos en este momento auténticos dispositivos de garantía de la recolocación de trabajadores, fuera —mercados externos—, y dentro —mercados internos, como los grupos de empresas—. En última instancia, como veremos y ya se anticipó, también aquí hay una voluntad económica: reforzar el incipiente mercado de recolocación que se creó a partir de la Ley 35/2010, favoreciendo transiciones más rápidas desde un empleo a otro, o a oportunidades efectivas de recolocación.

En síntesis, estos aspectos sociales innovadores son cinco. A saber:

- a) Extensión del deber de adoptar medidas sociales en todos los despidos colectivos, y no ya solo en los que afecten a empresas de más de 50 trabajadores.

La nueva redacción dada al artículo 51.2 del ET delimita el objeto del proceso de consultas en la negociación con el empresario que de buena fe deberá concretarse «como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», entre las que se nominan, como lista o catálogo abiertos, no cerrados, las «medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad».

El tenor literal de este precepto es análogo, en su espíritu, al que se establecía en el revisado artículo 51.4 del ET, pero es llamativo tanto lo que desaparece como lo que aparece respecto de aquella versión. Y por supuesto, desaparece todo lo que tiene que ver con la dimensión económico-empresarial de la consulta.¹¹

En efecto, sin perjuicio de que el objeto del periodo de consultas no puede estar en absoluto cercenado por una ley, de ahí que se entienda que es «mínimo», sí es sintomático del espíritu de reforma que no se haga ya referencia ni a la negociación de las causas del despido ni a la adopción de medidas acordadas que «posibiliten la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial», como se decía antes. El trasfondo es evidente: los temas económicos son para los empresarios, su competencia básica y reservada, mientras que las consecuencias sociales de sus decisiones, sí que deben ser objeto de negociación, aunque de no mediar acuerdo al empleador competirá tomar la decisión final.

El principio de participación en la gestión de las reestructuraciones de empresa, afirmado en el marco comunitario, queda de nuevo desoido en esta regulación liberal, aunque, eso sí, acompañada de una cierta conciencia, también muy típica de ciertas corrientes de una suerte de liberalismo económico reformista –o incluso pietista y benefactor–, de «responsabilidad social», un concepto hoy muy en boga, si bien en su dimensión de voluntariedad. Aquí aparecen específicas garantías jurídicas.

Ya situados en el ámbito de la gestión social de las decisiones empresariales extintivas es reseñable que desaparezca tanto la referencia a que las acciones de recolocación deben realizarse a través de las empresas de recolocación autorizadas, como sucedía antes –si bien en la lógica reguladora anterior se trataba más bien de una posibilidad, sin perjuicio de otras–, cuanto el deber especial de las empresas de 50 o más trabajadores de acompañar un «plan social». A mi juicio, eso significa que, ahora, todas las empresas que extingan colectivamente deben aportar un «plan social de acompaña-

¹¹ Sin embargo, no es extraño que un acuerdo pueda suponer incluso la retirada del ERE. Por ejemplo, el reciente acuerdo del Gran Teatro del Liceo de Barcelona de 22 de febrero de 2012, por el cual los trabajadores se comprometen a ceder su paga extra (por un monto de 1,5 millones) y la empresa se compromete a retirar el ERE.

miento», cuyas dimensiones o contenidos, como es evidente, será diferente –en contenido– según el número de trabajadores afectados, en la medida en que, conforme al artículo 51.10 del ET –despidos que afecten a más de 50 trabajadores (no a más de 100 como dice la EM)–, solo en tal supuesto será obligatorio que incorpore el plan social un plan de recolocación. No me parece correcta, en cambio, la lectura, también deducible del tenor literal del precepto, de que ahora desaparecen en todo caso los planes sociales, sea cual sea la dimensión de la empresa y el número de afectados, convirtiéndose en una obligación de presentar un «plan de recolocación externa» solo en ciertos casos.

En última instancia, el plan de medidas de acompañamiento social no debe entenderse en sentido rígido y formalizado, sino como la exigencia de expresar en la decisión de gestión –como dice expresamente la norma– una serie de medidas sociales, por lo que es razonable pensar que deben presentarse con un mínimo de ordenación y coherencia –esto es, un plan, aunque básico–.¹²

b) Deberes adicionales de transparencia empresarial en situaciones de especial riesgo para los intereses de los trabajadores.

Conforme al nuevo apartado 3 del artículo 51 del ET, cuando la extinción afecte a más del 50 por 100 de los trabajadores, se establece el deber del empresario de dar cuenta de la venta de los bienes de la empresa «excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma» –garantía de mantenimiento de la actividad–, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente.¹³

c) La ampliación nominal, condicionada a las decisiones acordadas en el periodo de consultas, del catálogo de preferencias de permanencia en la empresa, de modo que junto a las debidas a razones colectivas aparezcan otras de índole social.

Al igual, y con la misma fórmula e idéntico alcance nominal, que vimos para las decisiones de movilidad geográfica, también para las decisiones extintivas de esta guisa se prevén derechos de permanencia en la empresa para personas diferentes a los representantes de los trabajadores. El apartado 5 del artículo 51 del ET incluye un nuevo inciso en el que se añade que, junto a la prioridad de permanencia en la empresa –recuérdese que la jurisprudencia entiende este concepto, para las causas económicas, no así para las organizativas, en sentido amplio, que afecten al conjunto de centros existentes en el seno de la misma (*STSJ de Madrid, 821/2011, de 14 de diciembre*), o del grupo de empresas si exis-

¹² Habrá que esperar al comprometido desarrollo reglamentario. Ahora la obligación se establece en el artículo 9 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. La disposición final decimoquinta, en su apartado 2, manda al Gobierno aprobar, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del real decreto-ley, un nuevo real decreto sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en la reforma, «con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario».

¹³ Recuérdese que el anterior artículo 51.11 del ET establecía una previsión específica cuando se tratara de venta judicial de la empresa. Ahora esa previsión específica desaparece.

te una gestión indiferenciada de trabajadores o confusión, patrimonial y/o de plantilla– de aquellos, la de «otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad». Por lo tanto, puede pensarse que acrece el catálogo real de preferencias para la conservación del empleo, lo que revelaría una reforma de mejora, conforme al principio de responsabilidad social de la gestión extintiva –STS, 4.^a, de 30 de noviembre de 2005 (NSJ019787)–.

Ciertamente, esta llamada a la negociación colectiva, por la vía del convenio colectivo o la del periodo de consultas, supone el reconocimiento de que la designación concreta de los trabajadores afectados no es solo una competencia empresarial. Conforme a la jurisprudencia consolidada en esta materia, al «empresario le corresponde la facultad de dirigir la empresa conforme a las exigencias de la buena fe; esta facultad de dirigir lleva consigo la de seleccionar trabajadores, *de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos*, a diversos efectos... por lo que al elegir a la demandante de entre los varios empleados afectados por la informatización, hizo uso de esa facultad, con exclusión como se viene reiterando de otra motivación» (STS, 4.^a, de 28 de abril de 1988).

La valoración de las diferentes circunstancias concretas a tener en cuenta para la designación específica correspondería a la vida de la empresa y eso le «corresponde en principio al empresario, desbordando normalmente el ámbito del control judicial..., ya que este es un control de legalidad de los concretos despidos enjuiciados, limitado a juzgar sobre la razonabilidad del mismo aplicando el estándar de conducta del buen empresario, «y no puede convertirse en una valoración global o conjunta de la política de personal de la empresa». Esta posición se ha mantenido a lo largo del tiempo, aceptando que tal decisión «corresponde en principio al empresario y su decisión solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios» (SSTS, 4.^a, de 19 de enero de 1998 –NSJ003679– y 15 de octubre de 2003 –NSJ015093–). En consecuencia, esta posición es compatible con que el empleador decida compartir, o renunciar a, esa facultad discrecional a favor de la negociación colectiva.

Cosa distinta hubiera sido que el legislador reconociese la posibilidad, ya planteada de una forma hipotética por esa jurisprudencia, de que el citado «principio de gestión socialmente responsable» de las reestructuraciones laborales o, según prefiere llamarlo la jurisprudencia, el «principio de adecuación social» permitiera un «control de la discrecionalidad empresarial en la selección de los trabajadores, cerrando el paso a decisiones de despido de elevado coste social», como serían aquellos generadores de situaciones antisociales –despido de empleados que sean la única fuente de ingresos, o especialmente vulnerables personal y socialmente en el actual contexto de crisis...–. A este respecto, no sería descabellado pensar que esta exigencia se convierte en una suerte de contrapartida al principio de liberalización que recoge de un modo específico la reforma, por lo que eliminado el control de oportunidad de la causa, a favor de la mayor discrecionalidad de decisión del juez, sería exigible un control del carácter social de las decisiones extintivas, por cuanto en juego estarían ya no solo razones de índole empresarial y social, que exigen un juicio de ponderación de los efectos –perdido el relativo a las causas– de las extinciones, al afectar a intereses legítimos especialmente protegidos.

Precisamente, esta lectura nos reconciliaría con la pretendida vertiente de equilibrio que el legislador dice preconizar. Pero, con ser viable e incluso aconsejable, me temo que no será la más esperable, por lo que el desarrollo de esta medida se fiará más al juego de poder que en cada unidad

de negociación pueda darse entre los sujetos, que a la consolidación de una jurisprudencia no correctora en lo económico de la decisión liberal del legislador sino compensadora en lo social de tal decisión, siguiendo su finalidad confesada –vertiente social en la ordenación de los efectos, una vez liberada la causa y dejada sobre todo al empresario–. Aunque la ventana para la reconciliación con el orden social está abierta.

En otro caso –el más probable– comprobamos que, una vez más, el incremento es meramente nominal. No se trata de ninguna innovación jurídica, pues no es una norma legal de garantía individual de derechos sociales, sino tan solo una norma declarativa de un poder de regulación colectiva que ya existía antes de la norma. Así pues, no es ningún derecho, sino una mera expectativa, por tanto, realmente un brindis al sol, porque depende estrictamente de lo que establezca la negociación colectiva, a través de convenios –que aquí encontrarían un refuerzo particular, pero sin nada nuevo bajo el sol precedente a la reforma–, o acuerdos derivados del periodo de consultas. Piénsese, además, que una previsión de este tipo generará problemas incluso para los representantes. La preferencia de conservación de empleo por factores sociales obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al beneficiario en otra unidad productiva, esto puede llevar consigo que un trabajador de esa otra unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante, o a los nuevos sujetos beneficiarios. Por lo que el reconocimiento del derecho a unos se traduce siempre en «un sacrificio potencial», o real, para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que pueda ser más o menos extenso. Buena prueba de ello es la consideración especial que se hace en el artículo 124.11 de la LRJS.

d) La configuración de la recolocación externa como un derecho subjetivo individual de los trabajadores en empresas de mayores dimensiones.

No son, en todo caso, extrañas a la regulación este tipo de previsiones atinentes a la responsabilidad social de la empresa reestructuradora, con atribución de deberes o cargas de carácter estrictamente vinculante, aunque, por lo general, de contenido monetario o de garantía de cooperación al sostenimiento de rentas de los trabajadores afectados. Así sucedería, por ejemplo, respecto de las previsiones específicas, que por su gran importancia analizaremos en un apartado propio, relativas a los especiales deberes de financiación social a cargo de las empresas que acudan a esta vía de regulación colectiva de empleo, si incorporan trabajadores de cierta edad –de 55 o más años sin la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 (apdo. 9 art. 51.ET, que reitera la previsión del apdo. 15 del anterior art. 51 ET); y de 50 o más años en los términos del nuevo apartado 11 y disp. final cuarta RDL 3/2012–.

De este modo, se seguiría un modelo de ordenación basado en la *tutela de la seguridad económica* de los trabajadores –preocupación por la tutela indemnizatoria adicional–, más que en la búsqueda de una «*seguridad real en el empleo*», una vez perdido el puesto de trabajo, bien en un espacio interno –otro centro de trabajo, u otra empresa del mismo grupo empresarial–, o incluso en un ámbito externo –otra empresa del mismo sector o distinto sector–. No obstante, la regulación vigente, como cabe comprobar con la lectura del artículo 9 del Real Decreto 801/2011, todavía en

vigor –aunque por muy poco tiempo–, contempla también posibilidades de reconocer derechos más efectivos para la garantía del principio de estabilidad, como las medidas de «recolocación».

Pues bien, es muy destacable, al menos de entrada, en el plano de la responsabilidad social de las decisiones relativas a los despidos colectivos, la obligación de presentar y financiar por el empresario un «*plan de recolocación externa*», a través de la conclusión de un contrato –técnica de mercado– con las empresas de recolocación autorizadas. A diferencia de la ampliación nominal de las citadas preferencias sociales para la conservación del empleo, aquí no estamos ante una norma vacía o declarativa, por cuanto aparece completa, esto es, viene acompañada de un cierto catálogo de garantías de efectividad, sean judiciales, sean administrativas, que convierten la medida en un auténtico derecho subjetivo de prestación social, orientado a mejorar las oportunidades de empleo para los afectados por la extinción, facilitándoles la transición a otro empleo. Por tanto, estamos ante una garantía de efectividad del derecho social al empleo ex artículo 35 de la CE. Otra cosa será, como veremos, que, de nuevo, se debilite su objeto prestacional y que presente importantes fragilidades adicionales para ser un verdadero derecho a un nuevo empleo.

En este sentido, una primera vulnerabilidad del derecho es que no se reconoce con carácter general. De nuevo estamos ante la lógica de la «doble escala de regulación», que diferencia los niveles de protección atendiendo a la dimensión de la plantilla, si bien en esta ocasión la mejora del derecho es para las empresas de mayores dimensiones, que, como es natural, tienen mayor solvencia económica e inciden más negativamente en una comunidad cuando toman la decisión, ahora verdaderamente libre o discrecional, pero no arbitraria, claro.

Por tanto, aunque sea criticable que no se formule un derecho por igual para todos los afectados por extinciones, ya se realicen a cargo de la empresa ya a cargo de los servicios públicos de empleo –aquí ignorados, no en el RDL 3/2011, que habrá que reactivar–, aquí no creo que haya ningún problema de constitucionalidad. Ni tampoco se podrá hacer ninguna lectura o interpretación correctora, porque el precepto es preciso.

Otra cosa será, como se dice, la formulación de ese derecho por aplicación de otros preceptos y bajo pautas, sobre todo de financiación y titulares pasivos, diferentes.

Una incertidumbre surgida en torno al sujeto obligado a tal garantía de recolocación es la de a qué empresas afecta. El artículo 51.10 del ET es clarísimo: a las empresas que lleven a cabo un despido que afecte a «más de 50 trabajadores» –por tanto, a partir de 51–. Sin embargo, la EM dice que tal deber se limita a las empresas que despidan a más de 100 trabajadores –punto V, párrafo 9, *in fine*–. Pues bien, es evidente que prima el texto articulado y, por lo tanto, el derecho se reconoce en todos aquellos despidos colectivos (también de empleo público, como se verá) que afecten a 51 o más trabajadores. En todo caso, quedan excluidas «las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal». Aunque esta previsión es coherente con otras reglas ya contenidas en el precepto, que excluye estas situaciones de las obligaciones fijadas a cargo de las empresas de realizar contribuciones especiales a la Seguridad Social, a fin de compensar parcialmente los enormes costes que este tipo de políticas de reestructuración han generado para las arcas públicas, en beneficio básicamente de las empresas –y también de los trabajadores que han podido acceder a programas «privilegiados», de

dudosa legitimidad–, entiendo que entra en contradicción con el planteamiento de los concursos que quiere hacer la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. Como es sabido, en esta normativa se quiso introducir, primero, una nueva imagen del concurso como instrumento o dispositivo de reestructuración económico-financiera y laboral, no solo de liquidación de patrimonios y, segundo, una equiparación de la regulación de los ERE judiciales a los «ERE administrativos». En consecuencia, no se comprende bien esta diferencia, salvo que, en efecto, el nuevo Gobierno entienda que el concurso de acreedores es lo que es y ha sido siempre: una liquidación.

Por lo que refiere al contenido del derecho, se establece que el plan, que tiene una garantía de duración temporal mínima –será diseñado para un periodo mínimo de seis meses–, «deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo». Se trata, como puede verse, de un amplio abanico de «prestaciones de servicios de empleabilidad», pero no de una auténtica o genuina «oportunidad real de un nuevo empleo» –aunque fuese temporal, o de alternancia–.

De este modo, el objeto diluido debilita notablemente el alcance del derecho social de nuevo cuño y, por tanto, debe moderar cualquier valoración optimista en torno a su capacidad para compensar la mayor libertad de despido que, esta sí cierta, afirma la nueva regulación. Téngase en cuenta la enorme diferencia con la previsión de las acciones, si bien no se garantizan como auténticos derechos subjetivos, de «recolocación interna de los trabajadores».

A tales acciones hace referencia la normativa reglamentaria vigente, que recoge esa posibilidad de recolocación «dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte». Así se contempla en el artículo 9.2 a) del Real Decreto 801/2011 –cuya pérdida de vigencia (como ya se ha dicho) parece inmediata, con lo que dudo de la suerte de esta interesante previsión–, identificándose la «recolocación externa» como la que podrá «ser realizada a través de empresas de recolocación autorizadas», previstas por el artículo 9.3 a) del mismo Real Decreto 801/2011. En suma, si la desilusión por las expectativas creadas de potenciación de la vertiente social del despido colectivo se produce en el caso de las auténticas *garantías de conservación de empleo* de tipo interno, las preferencias de continuidad, por su carácter nominal, al depender su existencia de la negociación colectiva –como antes–, en el caso de las *garantías de transición a un nuevo empleo*, que en eso consiste el derecho de recolocación en sentido estricto, se genera por la devaluación de su objeto, *pasando de ofrecer una oportunidad real o efectiva de nuevo empleo a una oportunidad meramente potencial de ocupación, a meras prestaciones de servicios de empleabilidad.*

En consecuencia, la regulación de tal derecho social nos situaría más en el ámbito de los servicios públicos de empleo y, por tanto, de la intermediación y la orientación laborales que en el de los deberes de recolocación en otro centro de trabajo, en otra empresa del grupo o en otra empresa del mercado, a cargo del empleador. Sin embargo, como ya se ha dicho, y en coherencia con el enfoque general de esta reforma de desconfiar –es curioso, que se pida confianza a los empresarios en las instituciones laborales, a través de la liberación de trabas administrativas y judiciales, y se presuma que otras instituciones son ineficaces sin remisión o respuesta– de los servicios públicos (de empleo), y confiar, incondicionalmente, en el mercado y las empresas de servicios de empleo para garantizar este nuevo derecho social, de un modo indirecto nos encontramos con una regla potenciadora, en

realidad, más que de un nuevo derecho social, de un nuevo mercado de servicios de empleo, haciendo de estos servicios oportunidades de negocio. No debe ignorarse la influencia que en esta previsión legal tiene el comentario deslizado en la EM sobre el dinamismo de este tipo de agentes, basado más que en datos estadísticos comprobados en una copiosa «literatura» hecha de informes, por lo general, realizados por los agentes económicos del sector, en los que se glosan todas sus bondades, *incluidas las de que más de la mitad de los recolocados lo serían indefinidos*.

Según los informes más recientes, las ventajas en términos de inserción real que esta vía propiciaría no pueden hacer ignorar que a menudo el nuevo empleo implica una importante rebaja de condiciones de trabajo, sobre todo salarial, en contrapartida a la nueva posibilidad u oportunidad real de empleo que obtiene, incluso indefinida.

Así, más del 80 por 100 de los llamados «candidatos» encontraría «una nueva alternativa profesional en menos de un año», que supondría una ampliación del «tiempo medio de recolocación» en 0,1 por 100 meses en 2011, hasta situarse en torno a los 6 meses –coincide con la garantía mínima legal, como puede verse y, quizás, resulte llamativo–, por la mayor incertidumbre en el mercado de trabajo. Al tiempo, de que tales «candidatos» se mostrarían ahora más dóciles –esto es, más flexibles– a la hora de plantearse un nuevo empleo en cuestiones como el salario, el puesto o el sector. «De hecho, un 69 por 100 que consiguió recolocarse vio reducido su salario cuando optó por un nuevo empleo, frente al 65 por 100 que lo hizo en 2010. En cambio, el 31 por 100 consiguió aumentar o igualar las condiciones económicas» respecto del anterior contrato.¹⁴

Esta referencia nos permite plantear la cuestión del alcance concreto de la obligación del empleador y, por tanto, del derecho del trabajador. Pues, si se trata de un auténtico plan de recolocación y no ya solo, como parece, de un programa de búsqueda activa de empleo, que es ya un derecho de ciudadanía que reconoce la LE –tras la reforma de 2011– a toda persona que se quede en desempleo, si bien en el marco de los servicios públicos de empleo, parece claro que habría que esperar algo más. En consecuencia ¿qué sucede si no se produce la recolocación en un tiempo razonable, como es el relativo a esos seis meses? ¿Debe entenderse que queda garantizado el derecho tan solo con la actividad y su financiación por parte del empleador, sin atender a los resultados efectivos?

Especialmente llamativa, y en cierto modo inquietante, es la cuestión relativa a la financiación de estos «planes de recolocación externa». En este sentido, a diferencia de lo que se dijo respecto del nuevo permiso formativo de carácter individual reconocido en el artículo 24 del ET, el Gobierno-legislador no clarifica si el coste va a cargo del empleador o puede cargarlo a los poderes públicos. En efecto, lo único que dice es algo obvio, pues ya está garantizado legislativamente al ser la recolocación servicios de intermediación-empleo:

¹⁴ Según un estudio elaborado por la consultora Lee Hecht Harrison. Para una síntesis del mismo, puede verse la información en el diario económico *Expansión*: <http://www.expansion.com/2012/02/13/empleo/mercado-laboral/1329135104.html>. Por tipo de contrato, el 53 por 100 de los trabajadores encontró un empleo indefinido frente al 21 por 100 que consiguió un contrato por obra y servicio. Además, un 10 por 100 consiguió un contrato autónomo o de más de 6 meses y un 6 por 100 se quedó con contratos de menos de 6 meses. El 10 por 100 de los candidatos optaron por un empleo por cuenta propia como vía de recolocación, lo que supone un aumento del 25 por 100.

«El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.»

Pero, entonces ¿a cargo de quién va? ¿Por qué no ha dicho la norma que recaerá sobre los empleadores, como parecía razonable?

Mucho me temo que, como sucediera respecto del referido permiso de formación, aunque aquí no se diga expresamente, se está pensando en la asunción pública, por una vía u otra, de este tipo de programas. Por lo tanto, el derecho es individual, la planificación es empresarial, la realización –empresa contratada– es privada y, cómo no, quien paga será toda la ciudadanía, a través de programas públicos.¹⁵

e) Garantías de efectividad de los derechos de prestación social y de los deberes de responsabilidad social empresarial: protección administrativa y judicial.

Si un derecho vale lo que sus garantías, queda claro, como se decía, que estamos ante un derecho subjetivo pleno. Al reconocimiento legislativo, le sigue la atribución de garantías para su efectividad. Así, se dice que el incumplimiento de la obligación de recolocación –y en general de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, lo que es una mejora que no debe infravalorarse–, «podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores», en vía judicial, sin perjuicio, además, de las «responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento».

Estas garantías no se recogen directamente en el precepto estatutario, pero sí se pueden determinar a través de las previsiones específicas en otros cuerpos legislativos laborales. Así, de un lado, la tutela judicial específica la encontramos en el artículo 124.11 de la LRJS, que es el precepto dedicado a las impugnaciones individuales vinculadas a la extinción del contrato por causas económicas –u organizativas–. Ahora bien, lo que no queda nada claro es cuál es el contenido de la resolución judicial de entenderse incumplida la obligación, porque, a diferencia de lo que sucede respecto de las preferencias de empleo establecidas –por ley o por acuerdo colectivo– cuya inobservancia generará la nulidad del despido, no se dice nada expresamente ni de la obligación específica de recolocación en estos supuestos ni de las medidas de acompañamiento social. Caben dos interpretaciones, que aquí dejo enunciadas en sus términos básicos, a fin de que permitan un mayor desarrollo en futuros estudios, pues es evidente que se abren múltiples interrogantes que solo la práctica podrá precisar o aportar elementos de clarificación, incluso el futuro desarrollo reglamentario.

La primera permite entender que el legislador quiere separar claramente esta obligación empresarial del conjunto del procedimiento, de modo que la reclamación se dirigirá a hacer valer su derecho, exigiéndole el cumplimiento directo o por equivalente –pago de la cantidad que permita realizar

¹⁵ Para un análisis detenido de estos programas, estas entidades y tales situaciones, por todos, el precoz y sugerente estudio de la profesora VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: *Las «empresas de intermediación» en el mercado de empleo tras la reforma: un nuevo partenariado público-privado*, Murcia: Laborum, 2012.

el programa de recolocación–, sin que su incumplimiento pueda afectar o condicionar la validez de la extinción efectuada.

O, de otro lado, considerar que realmente la referencia que hace el artículo 124.11 c), a la nulidad del despido cuando se incumpla lo previsto en el artículo 51.2 del ET, no solo hace referencia al procedimiento de consulta y de comunicación laboral, sino que incluye también el acompañamiento de medidas sociales –pues se recoge en ese apartado–. En consecuencia, si el plan de recolocación externa no es, como aquí se ha sostenido, sino una concreción, solo en ciertos supuestos, del plan social –que ha de incorporar también medidas de recolocación, aunque no aparezcan como obligatorias–, puede entenderse que el incumplimiento de la obligación de recolocación condiciona la validez del despido mismo.

Aunque me temo que la jurisprudencia orientará sus decisiones en el primer sentido, creo que hay bases suficientes para defender el segundo. A mi juicio, solo esta lectura más protectora se revela acorde con la configuración como un derecho subjetivo de prestación social relevante, haciendo creíble la voluntad legislativa de dotar de una efectiva dimensión social estas decisiones empresariales, ya dotadas de una gran libertad de adopción. No creo que haya desproporción en la tutela propuesta, sin perjuicio de reconocer la diferencia clara que existe con la regla de preferencia de empleo, lo que justificaría un diferente nivel de tutela y de ahí la mención expresa. Aquí sí se establece un derecho de conservación de empleo, mientras que el derecho de recolocación *no es un auténtico derecho a un nuevo empleo, sino tan solo un derecho a efectivas oportunidades de empleabilidad*, que es bien diferente.

No obstante, entiendo que no es razonable hacer solo una lectura procedimental de la remisión al artículo 51.2 del ET, de modo que solo sea nula la decisión que incumpla el deber de seguir un determinado procedimiento –razones formales–, sino también si se ignora de modo relevante el deber de asumir ciertas responsabilidades sociales en compensación con la libertad de extinción. En consecuencia, el incumplimiento del deber de presentar medidas de acompañamiento social, o de observarlas, debería conllevar la nulidad misma de la extinción efectuada. Puede pensarse que una protección de este tipo choca con la voluntad liberal del legislador. Pero una cosa es –o deber ser– la «*voluntas legislatoris*» y otra la *voluntas legis*.¹⁶

La función interpretativa no es asegurar lo querido por el legislador pero no expresado de un modo preciso, sino dar el sentido más acorde con el tenor de los enunciados en el marco de un contexto de fines y valores sociales plurales, hallando el equilibrio adecuado al Derecho.

De otro lado, la reforma contempla garantías de carácter jurídico-administrativo para propiciar una fiable efectividad de este derecho individual, con lo que, para esta vertiente de la regulación laboral adjetiva, se sigue confiando netamente en la intervención de orden público administrativo. Así, se considera como infracción administrativa muy grave el incumplimiento por el empresario de

¹⁶ Según el vigente artículo 9.3 a) del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio –aunque le quede poca vigencia si se cumple la previsión de la disp. final decimoquinta RDL 3/2012–, «en el caso de que se consideren estas medidas (de recolocación), deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo». Se trata, pues, de un requisito específico con carácter general, del procedimiento, más si existe un deber, como sucede en estos casos, de realización.

la obligación establecida en el artículo 51.10 del ET –o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario–. Aquí la regulación legislativa sí es clara y precisa, propiciando una modificación del artículo 8.14 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que introduce certeza en la infracción y, en consecuencia, en la sanción.

3.3. *Liberalización de las reestructuraciones del sector público: «Una poda a la griega de empleados públicos laborales»*

3.3.1. Normas habilitantes y de excepción y sus problemas de legitimidad constitucional y de comprensión interpretativa

Hasta que entró en vigor el EBEP, la gestión del personal laboral se regía básicamente por el ET. Ahora bien, con la vigencia del EBEP, las relaciones entre la legislación laboral y la legislación funcional son mucho más complejas, de modo que es necesario integrar de un modo coherente y correcto los dos sectores del ordenamiento, sin contradicciones ni fallas. Así deriva del artículo 7 del EBEP. Esta necesidad de combinar ambos cuerpos reguladores está especialmente presente en la toma de decisiones relativas a las reestructuraciones laborales en el empleo público, como evidencia con toda nitidez el artículo 69 del EBEP. Pues bien, el Gobierno-legislador revisionista también ha ignorado por completo esta situación y ha actuado bruscamente en el ámbito de la gestión del empleo público laboral, introduciendo una disposición de radical laboralización de los procesos de reestructuración extintiva –pues paradójicamente no se acepta la suspensiva o la novatoria– del sector público.

A tal fin, ha incorporado la disposición adicional vigésima al ET, con el objetivo de que el procedimiento de despido colectivo, en sentido estricto, por tanto no ya de regulación de empleo con otros contenidos menos traumáticos, sea de plena, incluso más radical, vigencia o aplicación para el personal laboral al servicio de cualquier Administración pública.

De este modo, de nuevo el Gobierno-legislador desacredita un importante cuerpo de doctrina judicial que, aun aceptando la aplicación teórica del artículo 51 del ET para el personal laboral de las Administraciones públicas, había establecido múltiples cautelas y modulaciones en su aplicación. Para esta jurisprudencia, ni había una regla legal de general aplicación a este ámbito de empleo ni los conceptos utilizados en el precepto –situación económica negativa de la empresa, «mejora de la posición competitiva» de la empresa...– parecían albergar de forma fácil esta aplicación. En consecuencia, la mayor parte de los fallos que se han dado hasta ahora concluían declarando el carácter improcedente. Sin embargo, la crisis económico-financiera y la asfixia de las Administraciones públicas, sobre todo de las locales, llevó a una creciente proliferación de decisiones de acogerse a estos procedimientos de regulación de empleo.

Aunque algunos fueron aceptados por la autoridad laboral, otros, la mayoría, fueron no solo inadmitidos sino que propició que se adoptaran instrucciones en diversas autoridades laborales autonómicas que evidenciaban la imposibilidad de aplicar esta vía al empleo público. Especialmente beligerante contra esta posibilidad aplicativa fue el SPEE. Sus razones son inequívocas. En efecto, este

organismo público gestor de las prestaciones por desempleo temía un aluvión de ERE, incluso suspensivos, que llevaran al pago masivo de prestaciones por desempleo –recuérdese que por los empleados públicos laborales sí existe la obligación de cotizar por desempleo, como para los «interinos»–.

Pues bien, de un plumazo el Gobierno-legislador ha desacreditado esta doctrina jurisprudencial y administrativa, eso sí, como se verá, ha ahuyentado los temores del SPEE al excluir el artículo 47 del ET, extendiendo con extremado liberalismo la medida al empleo público laboral, con lo que quiere propiciar una «poda a la griega» del empleo público. De este modo, aprovechará la reforma para dar oxígeno a las corporaciones públicas que opten por sacudirse una parte del abrumador déficit reduciendo plantillas, seguramente desmesuradas en épocas de crisis, pero también seguramente parte de las mismas necesarias para una mínima calidad de los servicios públicos que presta. Estos se verán merendados, con lo que las dos lógicas claras de la revisión estatutaria afrontada, la potenciación del despido con la liberalización de las causas y el abaratamiento de sus costes y la reducción del déficit público –y también, de paso, del sector público en beneficio de la iniciativa privada–, concurren dramáticamente.

Ahora, según la referida disposición adicional vigésima del ET, que técnicamente es una norma habilitante de un actuar administrativo, el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –tanto Administraciones públicas como el sector público empresarial– se efectuará conforme a lo dispuesto en los *artículos 51 y 52 c) del ET* y sus normas de desarrollo y, añade el precepto, en el marco de «los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas». No obstante, y por las razones dichas, el RDL 3/2012, excluye la aplicación del artículo 47 del ET a las Administraciones públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos,

«salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado».

El Gobierno-legislador lleva a cabo una adaptación de la causa al ámbito público, pues no se trata de empresas en sentido estricto. No obstante, con ello no se reduce el campo de aplicación de la norma, sino más bien todo lo contrario.

Así, a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones públicas, *«se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una **situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes**. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos»*. Tres son los requisitos legales que integran el presupuesto de este despido:

- a) Insuficiencia presupuestaria.
- b) Sobrevenida.
- b) Persistente.

El primero es incierto porque ¿qué significa insuficiencia?, ¿es sinónimo de desequilibrio presupuestario administrativo? A mi juicio sí que se está hablando de un desequilibrio de tipo presupuestario, pero tiene que ser significativo, ahora bien ¿cómo de significativo? Habrá que estar a la referida normativa de estabilidad presupuestaria que se está tramitando, pero en todo caso negociación colectiva y Tribunales deberán realizar una importante labor de ajuste, a fin de evitar que pueda ser una vía de desestabilización de servicios públicos.

La norma sí nos proporciona una delimitación objetiva del tercer elemento, la persistencia, pero en términos sorprendente e injustificadamente idénticos a los previstos con carácter general –insuficiencia durante nueve meses–, cuando es sabido que el ejercicio presupuestario es anual y, por tanto, al menos debería darse la oportunidad de contemplar qué pasa entre ejercicios presupuestarios públicos. En cambio, no aporta nada en torno a la clarificación de qué significa «sobreenvenida», lo que abre diferentes vías de lectura o de interpretación. Por lo tanto, es necesario integrar este régimen jurídico con un importante cuerpo legislativo relativo a la financiación de las Administraciones públicas, que son las que deben dar la pauta para poder dilucidar cómo entender la causa. En consecuencia, la previsión simplista del Gobierno de incluir una medida de este tipo en la legislación laboral no es sostenible, porque no puede en modo alguno ignorar el conjunto de reglas que ordenan esta materia, como de hecho hace al referir a la legislación de estabilidad presupuestaria. Por lo que ha de tenerse en cuenta tanto la normativa de gastos como la de ingresos para determinar qué es insuficiencia.

También se modula, si bien aquí prácticamente existe identidad, la causa organizativa, aunque aplicada a este ámbito genera múltiples dudas en torno a su concreto significado y alcance, que seguro generará una extraordinaria conflictividad. Conforme al tenor legal, se entenderá que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. Ahora bien, conviene tener en cuenta que, a diferencia de la empresa, estos conceptos están reglados administrativamente.

Queda de manifiesto de este modo la apertura de una brecha radical entre el régimen que inspira el empleo público laboral y el régimen que inspira el empleo público funcional en relación con la estabilidad, cuando, precisamente, el EBEP quiso iniciar un camino orientado en una dirección radicalmente contraria, como prueba la previsión de su artículo 96. De todos son conocidas la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aceptan la legitimidad de las diferencias de tratamientos entre unos y otros por la existencia, también, de regímenes formales diversos, con principios distintos. Esta diversidad trascendería a todos los aspectos, desde el régimen de ingreso en el empleo público hasta su encuadramiento en los regímenes de Seguridad Social –por cierto, ya orientados hacia su integración plena–, siendo especialmente relevante en el vínculo establecido legalmente para unos y para otros –*STS, 4.ª, de 24 de enero de 2011 (NSJ040876)*.

Ahora bien, no menos cierto es que el Gobierno-legislador ha establecido un régimen radicalmente liberalizador de la extinción masiva de empleos públicos laborales, con lo que se hace recaer el coste de la crisis únicamente sobre unos empleados, siendo el sacrificio desproporcionado para ellos. En este sentido, no es cierto que existan ya esas diferencias tan radicales, sobre todo a partir

de la promulgación de un Estatuto Jurídico Profesional Unitario, al menos parcialmente. El ingreso de los laborales sigue ya, por imperativo legal, el mismo régimen que los no laborales, respecto de las funciones que estos pueden desempeñar, como es natural. Asimismo, hay que recordar que la Administración pública respecto del personal laboral sigue siendo Administración pública y, por tanto, tiene una serie de obligaciones de prestación de servicios y de financiación que no le permite librarse de ellas por esta vía. En consecuencia, si hay un ámbito en el que es necesario introducir correctivos interpretativos es en este, pues de lo contrario creo que se estaría provocando un sacrificio de todo punto desmedido para un sector de empleo público, en realidad en detrimento sobre todo de la ciudadanía que será la que vea mermada su calidad de prestaciones.

En este sentido, ha de hacerse incluso referencia a la jurisprudencia comunitaria que viene afirmando la necesidad de no abrir fracturas tan extremas en el tratamiento jurídico-laboral entre diferentes categorías de empleados públicos, como sucedió respecto de la retribución entre los funcionarios de carrera y los interinos, si bien aquí la diferencia era el criterio de mera temporalidad. O en relación con el trabajo a tiempo parcial y sus formas de retribución –STJUE de 1 de marzo de 2012, C-393/10–.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta la normativa administrativa para «actuar» las decisiones. Tal despido requiere la motivación y la adopción de una supresión del puesto o plaza en la relación de puestos de trabajo (RPT) o en la plantilla anexa al presupuesto, y como tales deben negociarse.¹⁷

Finalmente, y como ya se ha indicado, la disposición adicional tercera del RDL 3/2012 excluye el empleo público laboral, tanto a las Administraciones públicas como a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, de los procedimientos del artículo 47 del ET, esto es, de la reestructuración laboral suspensiva de los contratos o reductora de jornada. Es evidente que la exclusión no obedece a ninguna razón de estricta racionalidad jurídica, sino a la voluntad de reducir el déficit público, de manera que no se desplace el coste de las reestructuraciones a la Seguridad Social.

En efecto, tales procesos son generadores de situaciones legales de desempleo. Por eso el SPEE siempre se opuso a que pudiera aplicarse un ERE en una Administración pública, pues hubiera supuesto una bálsamo financiero de primer orden para los ayuntamientos, que eran –y son– los más afectados por la asfíxia financiera. En el plano jurídico estricto, pues, es difícil escapar a la reprobación de diferencia de trato desproporcionada, aunque pueda tener una justificación objetiva, porque genera una diferencia radical entre el empleo privado y el público laborales, cuando la voluntad de la norma es incluirlos dentro de los procesos de reestructuración al mismo nivel.

La segunda cuestión problemática que se plantea es determinar el ámbito aplicativo de esta regla de excepción a la aplicación de la normativa laboral de reestructuración de plantillas en el

¹⁷ En el pasado mes de diciembre el Tribunal Supremo dictó varias sentencias con el mismo razonamiento (y creando jurisprudencia) sentando un criterio de tremenda relevancia en las relaciones entre sindicatos y Administraciones públicas, particularmente al afectar al alcance del derecho de intervención de aquellos en la aprobación de las RPT que, tras las citadas sentencias y ante el criterio novedoso del EBEP, no se limita al mero derecho de informe o consulta sino que se extiende al derecho de negociación y además canalizado a través de mesas de negociación.

empleo público, por cuanto la norma contiene una salvedad que reinstaura la regla de aplicación general de la normativa laboral. En efecto, la exclusión del artículo 47 del ET de las entidades público-administrativas se hace «salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado».

Si queda claro tanto el límite por arriba –quedan fuera las Administraciones públicas y organismos públicos dependientes de ellas–, cuanto por abajo –se incluyen las sociedades mercantiles–, hay algunas entidades de difícil adscripción –por ejemplo las empresas públicas–. La finalidad perseguida por la norma es la referida exclusión de que este tipo de reestructuraciones lleven a nuevos costes públicos –en términos de protección por desempleo–, pero esa razón no se daría en sentido estricto si las entidades no dependen de presupuestos públicos sino que lo son de los ingresos –precios– que obtengan de su actuación como entidad en el mercado. El problema es que a menudo no es fácil delimitar el funcionamiento legal autónomo, y el real, que evidencia una gran dependencia de los presupuestos públicos y de las decisiones por parte de los poderes públicos de liberalizar o no servicios públicos.

3.3.2. Los trabajos de colaboración temporal: ¿Recuperando por la «ventana» el empleo público expulsado por la «puerta»?

Al tiempo que se propician políticas de intenso, y en parte irracional, ajuste del empleo público laboral, ahora reforzadas con las referidas vías de reestructuración extintiva, hemos asistido a la difusión por ciertos políticos de un modelo alternativo de empleo público de utilidad social, de modo que voluntarios asuman, sin retribución, como donación laboral, la prestación de servicios públicos vinculados a necesidades comunitarias.

Al tiempo que surgía esa ocurrencia, entre los «bulos» de la reforma laboral se expandió en un primer momento el que se facilitaba con el cambio la obligación de los desempleados de colaborar en la prestación de estos servicios al tener que «realizar servicios de interés general en beneficio de la comunidad a través de convenios con las Administraciones públicas».¹⁸ Por supuesto es un error de precipitación, pues no hay modificación del artículo 213 de la LGSS que no se ha producido, de modo que no se encuentra una propuesta de ese tipo en ninguna «letra pequeña» de la reforma laboral. Pero al margen de que una previsión de este tipo se enmarcaría en la campaña de acoso y derribo del desempleado que cobra prestación –una vez que se facilita su despido, ahora hay que propiciar que busque «de verdad» otro, liberando de cargas a la Seguridad Social, para, de este modo, propiciar una mayor reducción de las cotizaciones sociales, que es la estrategia que late tras la nueva ofensiva de la CEOE al sistema de protección del desempleo en España–, tal referencia genera un interrogante.

En efecto, los referidos medios de comunicación errados, inmediatamente hicieron una asociación: «Gracias a este resquicio legal, la alcaldesa de Madrid... podrá tirar de parados para que trabajen en bibliotecas u otros servicios públicos». Por tanto, junto a una medida de mayor discipli-

¹⁸ Puede verse esta lectura de «letra pequeña» de la reforma laboral en *El País*, sección Economía. Vid. http://economia.elpais.com/economia/2012/02/10/actualidad/1328889825_322448.html

na de los desempleados –como otras que se recogen expresamente, y otras que se apuntan respecto de los trabajadores en situación de baja, incluso justificada, a través de una reforma del control por las Mutuas de la incapacidad temporal–, creo que este «error» debe alertarnos sobre una posibilidad de futuro: ¿acaso no pueden propiciar estos instrumentos, ya existentes en nuestro ordenamiento sin necesidad de cambio legislativo, una vía que procure compensar la reestructuración masiva «a la griega» de empleos públicos laborales? Por supuesto no tengo ninguna pretensión aquí de hacer ningún juicio de intenciones ni de oficiar de adivino, sino tan solo de advertir que una política de personal de empleo público de ese tipo, aun revelándose a todas luces como una quiebra del modelo constitucional de prestación de servicios públicos, no resultaría tan descabellada si se tiene en cuenta la evolución de la jurisprudencia del orden social en este aspecto, pasando de una posición claramente restrictiva del recurso público a este tipo de contrataciones sin respetar estrictamente las exigencias legales, en especial la necesidad de tratarse de actividades de utilidad social en sentido estricto, y no actividades de la propia Administración empleadora, a otra extraordinaria, y muy peligrosamente, liberal, que habilita genéricamente a la Administración a su uso.

Las Administraciones públicas firmaron el año pasado casi 5.000 contratos de «colaboración social» para desempleados. Se trata de una fórmula heredada de los años ochenta que obliga a los parados a trabajar temporalmente para las entidades públicas, por lo general en el marco de las corporaciones locales –que serán las que más empleo público laboral pierdan con los ajustes vía ERE–. Como se sabe, tal posibilidad está prevista en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, sobre medidas de fomento de empleo, modificado en 1986. La aceptación del contrato es obligatoria para el desempleado –al igual que está obligado a aceptar otro tipo de trabajos, siempre que no perjudiquen determinados mínimos de dignidad profesional, según el art. 230 LGSS, y pese a lo que en estos días se difunde también, interesadamente de forma errónea–, teniendo derecho a percibir con cargo al SPEE la correspondiente prestación o subsidio por desempleo, completando las Administraciones públicas, mientras realicen tales trabajos, la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiera agotado antes de percibir el subsidio. Por supuesto, la legislación –art. 213.3 LGSS– otorga la consideración a esta figura jurídica de fomento de empleo de utilidad social –«*Workfare State*»–, relación no laboral sino administrativa, no dejando lugar a dudas. Ahora bien, en una pendular fluctuación jurisprudencial, se ha pasado de admitir la aplicación del fraude de ley en estos casos, para evitar situaciones abusivas, a excluirlo prácticamente, facilitándolas, con gran perjuicio tanto para el trabajador como para la entidad gestora.

Así lo ha evidenciado recientemente el preciso y fundamentado voto particular de la STS, 4.^a, de 9 de mayo de 2011 (NSJ040103). Esta sentencia –y algunas anteriores– quiebra un enfoque hoy clave para evitar situaciones abusivas muy extendidas en el empleo público laboral. La aplicación de los principios laborales clásicos, y en general de las técnicas jurídicas de evitación de comportamientos abusivos y perjudiciales para la persona y para el interés público, como es la sanción de laboralidad por contrataciones realizadas en fraude de ley, persigue evitar que la Administración obtenga mano de obra barata a costa del daño de múltiples intereses concurrentes: al trabajador, que se ve obligado a consumir cotizaciones, a los potenciales candidatos a acceder a esos puestos por vía reglamentaria, a la Seguridad Social, que abona una prestación indebidamente y, finalmente, al conjunto de la sociedad por uso desviado de fondos públicos en detrimento de la calidad de prestación del servicio público mismo (SSTS, 4.^a, de 29 de septiembre de 1998 –NSJ005408–).

Con el nuevo siglo, se produce un radical giro.

Pese a describirse en la narración de hechos supuestos flagrantes de incumplimientos de la normativa reguladora de la misma (no identificación de las tareas a realizar, identificación de la temporalidad del objeto del contrato con el contrato mismo, no justificación de la posible utilidad social o beneficio para la comunidad por considerar todo trabajo de la Administración como de utilidad social, más allá de trabajar en un servicio público e, incluso, no identidad entre las tareas fijadas en el contrato y las realizadas efectivamente), descartan el principio de favor en tales casos a la laborabilidad de la prestación. A mi juicio, la culminación de esta labor más que de deconstrucción de voladura de tan relevante y coherente doctrina jurisprudencial, se produce con la STS, 4.^a, de 9 de mayo de 2011 (NSJ040103), que, como ahora el Gobierno-legislador, termina confundiendo la Ley con el Derecho, de modo que, a su entender, no se «*actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara*» (sic). Pero ¿no es eso el fraude de ley, el utilizar una norma que formalmente ampara una conducta, la de cobertura, para lograr eludir una prohibición contenida en otra norma, la eludida?

El error es mayúsculo a mi juicio, por supuesto en el plano técnico-jurídico, pero más me preocupa por lo que puede suponer en el plano de política de contratación temporal de empleo público. Si no se corrige esta jurisprudencia, que permite el contrato de colaboración temporal para llevar a cabo las actividades que son propias de la Administración, llegaríamos al absurdo de identificar, como propone la alcaldesa de Madrid, el beneficio social con la simple asignación –no ya voluntaria, sino obligatoria– de desempleados para prestar su actividad.

En suma, por esta doble vía –reducción de empleo público laboral contratado por los mecanismos de la regulación extintiva de empleo, y posterior recuperación de una parte de los mismos, o de otros desempleados (hay varios millones donde elegir), inscritos en el SPEE por la contratación temporal de utilidad social–, las Administraciones públicas podrían realizar sus funciones normales con un «capital humano a bajo coste». Ya tenemos expedita, pues, una vía alternativa y mucho más barata –que es el objetivo buscado en el actual contexto de reducción salvaje del déficit público– de proveer las plazas de empleo público laboral pertinentes, sean indefinidas sean temporales. Entonces, ¿dónde está el fraude, en la transformación en indefinidos, no fijos, de los desempleados contratados indebidamente por las entidades públicas, abriendo un «portillo fraudulento» para el ingreso en la plantilla de empleo público, como dice la mayoría del Tribunal Supremo, o en forzar al desempleado a realizar obligatoriamente trabajos temporales, siendo actividades permanentes de la Administración, abriendo un «portón de abusos masivos», mientras aquel consume su prestación y la Seguridad Social sigue abonando la prestación por desempleo, como sintetiza perfectamente el voto particular?

3.4. *Deberes de compensación de las reestructuraciones jurídicamente anómalas pero económicamente rentables: Los despidos colectivos de trabajadores con más de 50 años pese a los beneficios*

Entre las contradicciones profundas que mantenemos en el sistema regulador –y de financiación– de los procesos de reestructuración empresarial, que deja cohabitar reformas del sistema de protección orientadas tanto a los recortes en general como a la ampliación ya casi *sine die* de la edad

de jubilación, con continuas «prejubilaciones» de trabajadores en el entorno de 50 años –esto es, con casi 20 años por delante para alcanzar la edad de jubilación «ordinaria»–, está la posibilidad de que empresas con extraordinarios beneficios puedan acudir a la regulación de empleo, utilizando recursos públicos para facilitarla –fue el caso tan escandaloso de Telefónica el año pasado; de ahí que se conozca esta disposición como la «Enmienda Telefónica»–. Por eso, presionados por la alarma social generada, más que por una auténtica convicción sobre la necesidad de resolver coherentemente estas aporías, el anterior Gobierno adoptó algunas iniciativas a fin de corregir los efectos más sangrantes de esta ineficiente, injusta e inicua situación. Así, siguiendo la senda ya trazada en su día por el artículo 6 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, de aplicación a los ERE iniciados a partir de 1 de enero de 2002 –disp. trans. única de dicha ley–, en 2011 se iba a dar un paso más en esa búsqueda de una mayor racionalidad del gasto público en reestructuraciones laborales.

En efecto, si la Ley 35/2002 introdujo el apartado 15 del artículo 51 del ET –hoy apdo. 9, que no modifica lo establecido desde entonces–,¹⁹ la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social, avanzó en aquella dirección. Se trata con ello de aportar una mayor coherencia entre la regulación estatutaria y la de Seguridad Social en lo relativo a las aportaciones compensatorias que deben realizar al erario público las empresas que, pese a tener beneficios –ellas o el conjunto de su grupo empresarial–, realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad. No obstante, la reforma no se limita a esta regla de coherencia reguladora sino que aprovecha para introducir algunos cambios en la disposición adicional decimosexta, a través de la disposición final cuarta del RDL 3/2012.

Conforme a ella, las empresas que realicen despidos colectivos asumen una parte del coste de la protección por desempleo, compensando al Tesoro Público los gastos que le suponen tales decisiones, siempre que:

- Sean realizados por empresas –o formen parte de grupos– de más de 500 trabajadores.
- Afecten a trabajadores de 50 o más años de edad.
- Las empresas –o el grupo– hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que el empresario inicia la regulación de empleo.

De este modo, respecto de la regulación anterior, desaparece el requisito de que el ERE afecte a un determinado número de trabajadores –100 o más–. Para el cálculo de la aportación económica se toma básicamente en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el SPEE, atendiendo a una serie de conceptos que integran la base

¹⁹ Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la LGSS.

contributiva y tipos de gravamen que se recogen en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional comentada en este apartado.²⁰ En cambio, se excluyen del cálculo de la aportación económica, a petición de la empresa afectada, los importes de la protección por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en sentido estricto.

Emerge, pues, también desde esta perspectiva, la importancia de las medidas relativas a la recolocación. Esta recolocación puede ser en un «mercado interno de trabajo» –en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte–, o en el «mercado externo de trabajo» –esto es, en cualquier otra empresa–, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. En estos casos la empresa deberá acreditar estos extremos en el procedimiento. Como puede verse, aquí sí se trata de una auténtica medida de recolocación, a diferencia del derecho a programas de empleabilidad previstos en el artículo 51.10 del ET. En este caso, cabría preguntarse si también deberían quedar excluidos los costes que realice, en su caso, la empresa para financiar estos planes de recolocación.

El importe de la aportación se determinará anualmente mediante la aplicación de ciertos tipos –establecidos en el apdo. 4– sobre los conceptos que, referidos a los costes de la protección por desempleo –contributiva y no contributiva–, fija el apartado 3.

De este modo, se aligera el coste del SPEE. El tipo aplicable será el fijado por una escala que atiende al número de trabajadores de la empresa en total, número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados y el porcentaje de los beneficios de la empresa –o el grupo– sobre los ingresos:

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2000	Entre 501 y 999
Más del 35%	Más del 10%	100%	95%	90%
	Menos del 10%	95%	90%	85%
Entre 15% y 35%	Más del 10%	95%	90%	85%
	Menos del 10%	90%	85%	80%
Menos del 15%	Más del 10%	75%	70%	65%
	Menos del 10%	70%	65%	60%

Esta disposición tiene carácter retroactivo, pues será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011. No obstante, las empresas afectadas por esta disposición que hayan realizado despidos colectivos autorizados antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012 «únicamente deberán efectuar las aportaciones económicas a que se refiere dicha dis-

²⁰ También se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes realizados por el SPEE por los referidos conceptos de los trabajadores de 50 o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa *o empresas del mismo grupo*, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 del ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

posición cuando las resoluciones que hayan autorizado las extinciones afecten, al menos, a 100 trabajadores» –disp. trans. duodécima RDL 3/2012–.

El apartado 8 prevé que al menos el 50 por 100 de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignen en el presupuesto inicial del SPEE *con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de 50 o más años* que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del SPEE deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas.

3.5. Despidos objetivos: ¿Hasta cuándo se puede dar, sin desbarrar, vueltas de tuerca, al control disciplinario de los trabajadores?

3.5.1. La prohibición de despedir por inadaptación sin ofrecer un «curso de reciclaje profesional»

Una reforma revisionista del modelo estatutario precedente no podía dejar intactos los despidos objetivos –directamente no ha tocado los despidos disciplinarios, pero sí de un modo indirecto, pero muy determinante, con la reducción de costes del despido improcedente en general–, por lo que ha afectado de modo específico tanto al *despido por falta de adaptación del trabajador* a las modificaciones del puesto de trabajo –art. 52 b) ET–, cuanto al *despido por absentismo justificado* –art. 52 d) ET–. Dejando a un lado el profundo impacto en los despidos objetivos por causas económicas [art. 52 c) ET], los despidos individuales o plurales, pero que no se modifican directamente sino por remisión al artículo 51 del ET, por lo que al comentario de este remitimos, aquí dedicaremos alguna atención a sendos cambios expresos.

La novedad relativa al despido por inadaptación realmente no hace sino reflejar, como ya se indicó, la importancia que ahora tiene el derecho-deber de formación como instrumento para afrontar responsablemente tales cambios, considerados ahora como inherentes a toda empresa y necesarios para garantizar su posición competitiva. En este sentido, se da una nueva redacción al supuesto, a fin de dejar claro, a diferencia de la redacción anterior, que el empresario está obligado a ofrecer al trabajador un curso de readaptación. Durante el curso se produce la suspensión del contrato de trabajo, si bien no es propiamente tal, porque realmente existe cumplimiento de deberes por parte del trabajador (pero formativo) y contraprestación (equivale al salario medio que viniera percibiendo). Antes de la reforma de 2012 el precepto preveía la impartición de un «curso de reconversión profesional», pero daba a entender que era potestativo, no obligatorio. Además, ahora no se prevé tiempo máximo para el mal llamado «periodo de suspensión» –realmente lo es solo de la prestación principal de servicios profesionales–, situándose antes en un límite máximo de tres meses.

De este modo, el simple transcurso del plazo máximo desde la modificación hasta el límite final previsto en el precepto, dos meses, sin adaptación, no puede determinar la decisión extintiva, sino que será previo ese curso en todo caso. No obstante, el último inciso del artículo 52. b) del ET es impreciso, de ahí la necesidad de una interpretación correctora. En efecto, el tenor del precepto prohíbe acordar el despido «hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la

modificación *o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación*». El primer inciso legal coincide con el tenor del enunciado anterior, añadiéndose ahora, coherentemente, el segundo. Sin embargo, el uso de la disyuntiva «o» de nuevo le plantea problemas al legislador, o mejor, a quienes han de comprender lo que quiere decir el legislador para identificar la norma y aplicarla. Si se opta por una interpretación literal, parece que el empleador puede elegir el momento de tomar la decisión extintiva, bien transcurridos los dos meses previstos, como mínimo, desde que se introdujo la modificación, o, a su elección, dos meses desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación y, se supone, aunque no lo diga expresamente, no se obtuvieran los resultados esperados de adaptación.

Pero, razonando de este modo, se neutralizaría la novedad relativa a la obligatoriedad del referido «curso de reconversión profesional» individual, puesto que, en hipótesis, cabría una formación de reciclaje profesional de duración superior a ese periodo de dos meses, por lo que es evidente que, en tanto esté vivo el curso, no es posible legítimamente despedir por esta causa. De otro lado, visto desde la perspectiva empresarial, tampoco parece que tenga mucho sentido que, siendo obligatorio el curso de reciclaje o reconversión individual, haya que respetar el mismo plazo de espera, al menos dos meses, para ver si se produce la adaptación y, por tanto, poder, o no, tomar la decisión extintiva, pues en este caso se dilataría el tiempo, ya que al periodo de formación habría que añadirle esos dos meses. Por tanto, es necesario hallar el sentido del texto legal e identificar la norma aplicable a estas situaciones.

En mi opinión, una lectura sistemática y teleológica conduce a lo siguiente:

- a) Es obligatorio ofrecer el curso previo para el empleador, pero no es obligatorio el que lo siga el trabajador, que puede oponerse.
- b) Cuando el empleador ofrezca el curso y el trabajador lo rechace, entonces solo podrá el empleador despedir cuando hayan transcurrido al menos dos meses desde que introdujo la modificación, y persista el rechazo del trabajador, que cuenta con dos meses para aceptar en cualquier momento.
- c) Cuando el empleador realice la modificación, ofrezca el curso obligatoriamente y sea seguido por el trabajador, la extinción deberá esperar a la finalización del curso.

3.5.2. «Solo ante el peligro»: La eliminación del umbral colectivo para determinar el índice de absentismo disciplinable

Si instrumentar la normativa laboral al servicio de la permanente adaptación de los trabajadores a las necesidades de la empresa, bajo la presión que significa hacer depender la continuidad de su empleo de la eficacia y actitud ante tal deber, es un eje básico de la actual política de gestión de personas, aún lo es más, hasta llegar incluso a ser obsesión, el forzar la regulación hacia la garantía de un continuo control de los llamados niveles de «absentismo», sea «injustificado», que parece razonable, sea «justificado», lo que ya suscita más dudas. Pues bien, en esa lógica, la reforma revisora del ET también ha encontrado en el despido objetivo por absentismo un útil para dar una vuelta de tuerca más a la regulación en orden a controlar –disciplinar– a los trabajadores para reducir los

índices de absentismo laboral. Los análisis más serios al respecto evidencian que no hay criterios suficientemente fiables para medir de un modo eficaz tales índices, al tiempo que evidencian que el problema ofrece múltiples variables, de modo que es erróneo identificar mayor productividad con mayor presencia en la empresa, pues a veces sucede lo contrario –a más tiempo en la empresa, rendimientos decrecientes, por tener la «mente» en otro lugar en el que se considera se debería estar prioritariamente–. Asimismo, en el absentismo inciden diversos factores que no se relacionan solo con la falta de presencia en el trabajo, sino con las motivaciones, las actitudes, el clima laboral. Por lo que, en efecto, una buena política de gestión de personal no puede construirse sobre la medición individual y colectiva solo de las ausencias y la adopción de medidas disciplinarias.

En todo caso, la situación es muy desigual en las empresas. Así, las que introducen algunos mecanismos de evaluación y gestión de los factores que inciden en el absentismo laboral consiguen rebajar sustancialmente los niveles, pero quienes se limitan a adoptar medidas disciplinarias en sus empresas apenas consiguen variar las situaciones. En este sentido, los estudios evidencian que en España el nivel de absentismo laboral está en torno al 5 por 100, pero en las empresas con políticas de flexibilidad del tiempo de trabajo, evaluación del clima de trabajo y de conciliación de la vida laboral y familiar, baja al 3 por 100, estando la media europea en torno al 4,6 por 100. Esta rebaja ahorraría en torno a los 5.000 millones de euros al año.²¹

Pero esto son puros datos estadísticos, ha debido pensar el legislador. Y fiel, una vez más, a su modelo de radical individualismo y facilitación del despido para lograr los objetivos de reducción de los costes laborales por la «eliminación de pesos muertos» y consiguientes incrementos de productividad, ha reforzado el control disciplinario del trabajador dejándolo «solo ante las estadísticas de ausencia en el trabajo», aunque estén justificadas las bajas. Para ello, manteniendo el listado de situaciones de ausencia laboral que no cuentan para el referido cómputo y que se amplió con la reforma de 2010 (STS, 4.^a, de 24 de octubre de 2006 –NSJ026973–), ahora ha eliminado los niveles mínimos de absentismo colectivo –2,5%– antes exigidos para permitir el despido individual en caso de faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes, por encima de un determinado porcentaje –los mismos que antes de la reforma–: 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses –se computan de fecha a fecha, no por días naturales (STS, 4.^a, de 9 de diciembre de 2010 –NSJ037560–) si son consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses. En suma, antes de la reforma, el índice debía calcularse excluyendo las ausencias de toda la plantilla por las causas indicadas y debían concurrir simultáneamente los criterios individual y colectivos (SSTS, 4.^a, de 23 de enero –NSJ023290– y 19 de septiembre de 2007). Ahora, tras la reforma, sin embargo, solo computarán las ausencias de carácter individual y sin atender al umbral colectivo –incluidas las bajas no profesionales por enfermedad de menos de 20 días (la mayoría)–, por lo que se introduce una fuerte presión a renunciar a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por el miedo a estar por encima de los umbrales fijados.

Llama la atención que el legislador solo se centre en la doble dimensión individual y de carácter sancionador del problema –menor del que se difunde interesadamente desde los más diversos medios–,

²¹ Vid. estudio de la fundación Másfamilia, la escuela de negocios EOI y la consultora Tatum. «El absentismo laboral: el colesterol (bueno y malo) de la empresa». Mayo de 2009. Fue presentado por el Observatorio de Empresas Socialmente Responsables. Disponible en su versión informática en el siguiente sitio web: <http://holon.ladipu.com/resources/53/absentismo%20laboral%20efr.pdf>.

cuando, como ha establecido para el despido por inadaptación, un eje más relevante es la adopción de medidas colectivas y de carácter organizativo y preventivo. La solución no está en ir más allá en la disciplina, sino en establecer los mecanismos necesarios para que puedan afrontarse sus causas, para lo que se precisará el acuerdo y la implicación de los trabajadores y sus representantes. Sin embargo, y ratificando su posición tradicionalista, aun está dispuesto el Gobierno-legislador a seguir «retorciendo» la situación, y para ello ha prometido también una futura reforma de la normativa sobre incapacidad temporal, para reforzar todavía más –todos los años hay una reforma normativa al respecto y cada vez es peor la siguiente respecto de la anterior– el control de su gestión, fiándola, cómo no, a entidades de carácter privado, como son las «Mutuas Patronales»–disp. adic. cuarta RDL 3/2012–.

En consecuencia, en breve asistiremos a un capítulo más de esta historia, tan interminable como fallida, mientras no se afronten las causas reales del problema. En tanto, no está de más tener presente que otras fuentes que pugnan por dominar la regulación de las relaciones laborales, los jueces, también escriben su historia y su modelo ordenador. De interés resulta, la *STS, 4.ª, de 31 de enero de 2011* (NSJ037767) que, sin cambiar con carácter general su jurisprudencia contraria a calificar como nulos los despidos por repetidas bajas de los trabajadores debidas a enfermedad, sí entiende nulo de pleno derecho «el comportamiento de la empresa que opera, como «práctica habitual», coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo». Una coacción que se vincula a la advertencia de adoptar «el despido para el caso de no aceptar la propuesta».

3.5.3. Una «verdad virtual ultraliberal», una «mentira normativa»: ¿Quién debe probar la procedencia del despido?

Asimismo, con efectos para ambos, y en general para todos los despidos por causas objetivas, la tercera modificación directa la encontramos en una nueva redacción al artículo 53.4 del ET, penúltimo párrafo. Esta última novedad adquiere especial relieve porque ha dado lugar a la difusión de otro de los «bulos ultraliberales» que han hecho circular ciertos medios de comunicación, que de nuevo se han precipitado a decir que, con tal cambio, se ha producido nada menos que una «inversión de la carga de la prueba». Así aparece nada menos que en el portal de RTVE, quien responde de esta guisa a la pregunta de ¿quién tiene que demostrar la procedencia del despido?:

«Hasta ahora era el empresario el que tenía que demostrar que el despido era procedente. Con la reforma laboral, se invierte la carga de la prueba y es el trabajador el que tiene que demostrar que el despido es improcedente.»²²

Basta con leer comparativamente ambos enunciados, el anterior y el actual, para ver que tienen ambos exactamente el mismo sentido, aunque, en efecto, se formulan de forma opuesta. Mientras

²² Si aparece en la página web, dedicada a «preguntas y respuestas» sobre la reforma laboral, de RTVE –así puede verse en: <http://www.rtve.es/noticias/20120210/cuestiones-esenciales-reforma-laboral-2012/497377.shtml>, a partir de aquí decenas de páginas de Internet –asesorías, sindicatos, asociaciones...– lo han extendido con idéntica redacción, con lo que se consigue multiplicar el efecto desinformación de la actual sociedad de redes.

que en la versión anterior se formulaba en negativo –la decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa–, la nueva lo hace en positivo –la decisión extintiva será procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó (por el empresario) la decisión extintiva...–. Ahora el tenor es mucho más directo, contundente y sencillo. Pero la carga de la prueba sigue correspondiendo al empleador para que sea procedente el despido, de modo que si no la prueba de forma suficiente, el precepto deja bien claro que se declarará su carácter «improcedente».

3.6. *La nueva limitación de responsabilidades del FOGASA en aras de la reducción de su déficit y su racionalización*

En la reforma de 2010 el pagano real de las facilidades al despido que se concedieron en ella –lo que ya se ha olvidado, ante el vendaval que ha supuesto la de 2012– fue, también, un organismo público: el FOGASA. Sus (maltrechas) cuentas así lo testimonian sin paliativos. Un organismo público que en 2008 evidenciaba unas saneadísimas cuentas, con relevante superávit, hasta el punto de disponer por aquel entonces –«cuando éramos ricos, y felices»– de un «colchón» que sobrepasaba los 4.500 millones de euros, aparece hoy con un significativo incremento del gasto, presentando números rojos, de modo que ha debido acudir a créditos suplementarios –los déficits del SPEE y FOGASA explican el déficit ya de la Seguridad Social, que fuera de esas partidas sigue arrojando «beneficios»–.

Asimismo, aunque originariamente el FOGASA se concebía como un sistema de financiación pública de los fallidos de los empresarios, para garantizar el fin social y familiar de los «salarios», progresivamente se fue configurando como un instrumento de financiación de los ajustes empresariales, de las pequeñas empresas –menos de 25 trabajadores–, pero también de las medianas y las grandes. Por lo que el pago de indemnizaciones de ruptura de los contratos de trabajo ante situaciones de insolvencia fue absorbiendo un presupuesto cada vez mayor, hasta doblar el asumido por salarios. En determinados momentos, puntuales, sus responsabilidades se veían limitadas,²³ pero, por lo general, tanto la jurisprudencia (SSTS, 4.ª, de 24 de diciembre de 1999 –NSJ007656–; 9 de julio de 2009 –NSJ029141–) como el legislador fueron desarrollando una imagen de tal organismo, acorde con los tiempos de crecimiento e ingenua ilusión de irreversibilidad de este, expansiva de aquellas responsabilidades de financiación.

²³ Por ejemplo, el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, inconstitucional pero hoy resucitado en este punto concreto, como hemos visto, hizo que el FOGASA se ahorrara los salarios de tramitación de los despidos producidos durante su vigencia y en los que el empleador hubiese optado por la indemnización (STS, 4.ª, de 22 de noviembre 2007). Ahora bien, como hemos visto más arriba, esta posición jurisprudencial en lo social no significa que supusiera un ahorro real para el presupuesto público, porque el dislate legislativo, una vez fue declarado inconstitucional –STCO 68/2007 (NSJ023443)–, generó múltiples demandas por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que, finalmente, prosperaron, sentándose una jurisprudencia en sede contencioso-administrativo favorable a tal responsabilidad. Por ejemplo, últimamente, STS, 3.ª, de 27 de noviembre de 2011, que reconoció una indemnización de 10.500 euros a la trabajadora que se vio privada de sus salarios de tramitación por decisiones legislativas tan arbitrarias. En algún otro aspecto, la Sala Social del Tribunal Supremo trata de acotar la misión del FOGASA en términos razonables, de modo que no se convierta en el pagador de todas las indemnizaciones previstas por la norma estatutaria ante la insolvencia del empleador. De ahí que, por ejemplo, ratifique que el amparo económico del FOGASA se refiere exclusivamente a las indemnizaciones reparadoras de la pérdida de empleo –de carácter tasado– pero no a la compensación económica por la falta de preaviso de la extinción del contrato (SSTS de 2 de febrero de 2010 –NSJ032977– y de 10 de febrero de 2010 –NSJ034497–).

Sin ninguna duda, el punto culminante de esta peligrosa situación expansiva se produjo con la reforma de 2010, cuando se atribuyó al FOGASA el resarcimiento de una parte –40%, esto es, 8 días– de la indemnización en caso de contratos indefinidos con una duración superior a un año, tanto ordinarios como de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010 y que se extinguieran por las causas de los artículos 51 y 52 (o art. 64 LC). La aplicación de esta regulación dejó claro que se financiaba el despido al margen de que fuese o no reconocido improcedente por el empresario –o por resolución judicial–, confirmándose que el fin era facilitar los despidos sin causa. Al margen de la irracionalidad jurídica que supone fomentar con dinero público la arbitrariedad, cuando el deber de los poderes públicos es promover lo contrario –art. 35 en relación con los arts. 9 y 14 CE–, tal pago por el FOGASA de la parte de la indemnización por despido suponía una extraordinaria ineficiencia económica que en el transcurso de pocos años generaría un modelo insostenible, pues, sin incrementar las aportaciones empresariales –espacio vedado–, sería inviable.

Por eso, y consciente el Gobierno-legislador de que el primer impacto de la reforma no iba a ser la creación de empleo sino el mayor ajuste de plantillas mediante despidos por causas económicas, individual y colectivo, modifica el régimen jurídico del FOGASA, racionalizando su ámbito de actuación, aquí sí. En este sentido, ahora su responsabilidad directa se ciñe exclusivamente al pago de una parte –8 días de salario por año de servicio– de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos que tengan lugar en empresas de menos de 25 trabajadores y no hayan sido declaradas improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como por sentencia.²⁴ Para ello, se da una nueva redacción al artículo 33.8 del ET y se deroga la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que es la que regulaba el abono de parte de la indemnización por el FOGASA en los nuevos contratos de carácter indefinido.

Conviene advertir de la introducción de una fórmula en el nuevo precepto que plantea algún problema interpretativo de cierta relevancia. Me refiero a que el precepto habla de «**resarcimiento por el FOGASA**» en las extinciones procedentes. En consecuencia, se plantea si se mantiene la responsabilidad directa o no del FOGASA en tales casos, por cuanto una cosa es «abonar directamente» el FOGASA al trabajador su parte de indemnización, y otra «resarcir» al empleador de esta responsabilidad económica a cargo del empleador. Una consecuencia práctica de esta diferencia la hallamos en relación con el artículo 53.1 b), relativo al deber de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la carta de despido objetivo, la indemnización de 20 días. Si el FOGASA solo resarce al empleador, parece claro que el empleador debe poner a disposición del trabajador toda la indemnización, si no quiere encontrarse con una declaración de improcedencia, y luego dirigirse al FOGASA para obtener la compensación de esos 8 días. Pero si la responsabilidad sigue siendo directa, entonces cumpliría, sobre todo si la empresa tiene limitada solvencia, con poner a disposición 12 días, debiendo ir al FOGASA el trabajador para cobrar los 8 días. Si es la primera lectura, como parece más

²⁴ Recuérdese que en las empresas de menos de 25 trabajadores en que se extingan contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el FOGASA abona el 40 por 100 de la indemnización legal sin necesidad de acreditar su insolvencia (STSJ de Galicia de 22 de enero de 2010, rec. núm. 160/2010, que aplica la doctrina de la STS, 4.^a, de 21 noviembre 2001 –NSJ010431–). La equiparación de títulos, judiciales y extrajudiciales, que ahora subraya tanto el ET como la LRJS, ya había sido defendida por el Tribunal Supremo que, respecto de la responsabilidad subsidiaria, entiende que el título habilitante para decretar legalmente tal responsabilidad del FOGASA no tiene que ser necesariamente una sentencia en proceso por despido, sino que es suficiente con que se declare judicialmente la existencia de un despido (STS de 13 de abril de 2010 –NSJ037013–).

coherente con el concepto utilizado –resarcimiento–, entonces no es lógica con el sentir general de la reforma, que es la de reducir trámites y descargar al empleador de trabas y costes; si prevaleciera la segunda, como resulta más coherente con la protección del trabajador –que no se ve obligado a acudir al FOGASA para cobrar íntegramente su indemnización–, entonces quebraría esa lógica liberalizadora de la reforma. Mejor haría el legislador, pues, en aclarar este tema en el trámite de aprobación parlamentaria.

En suma, y sin perjuicio de reconocer la corrección de esta reforma –salvo el aspecto técnico indicado–, que introduce, al contrario que en otros ámbitos, racionalidad jurídica y económica, esta revisión legislativa se une ahora a otras reformas establecidas en fechas recientes en el artículo 33 del ET, como la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, en el seno de los procedimientos concursales. El resultado es una configuración opuesta a la de los años de bonanza, donde los cambios eran expansivos, y ahora los ajustes también pasan factura en este organismo. Si el recorte ahora efectuado en la responsabilidad del FOGASA es positivo, y debe valorarse de modo favorable, otros realizados no tienen justificación más allá de la ansiedad por los recortes, corrigiendo doctrinas judiciales asentadas y mucho más coherentes con el actual esquema de derechos, valores y principios que rigen –o debían hacerlo– esta materia. Sería, una vez más, oportuno huir de las reformas pendulares.

VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA NUEVA VUELTA DE TUERCA MÁS HACIA UN MODELO DESCENTRALIZADO IRRACIONAL

Sumario

1. El convenio como útil de flexibilidad interna: De la función distributiva y de control de la competencia desleal a la función productiva.
2. La negociación colectiva como instrumento principal para la reducción –no solo contención– de los costes laborales.
3. La reestructuración convencional: El favor por los convenios de empresa por «imperativo legal» (nuevo orden público laboral productivista).
4. El resquebrajamiento del clásico régimen de eficacia normativa y general de los convenios colectivos: Modernidad y reversibilidad convencionales.
5. Valoración: Un inquietante, por ineficaz, ineficiente y dudosamente constitucional, dirigismo legislativo de la autonomía colectiva.

VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA NUEVA VUELTA DE TUERCA MÁS HACIA UN MODELO DESCENTRALIZADO IRRACIONAL

1. El convenio como útil de flexibilidad interna: De la función distributiva y de control de la competencia desleal a la función productiva

En el eje de reformas orientado a fomentar la flexibilidad interna, el Gobierno ha ubicado el grupo de modificaciones directamente dirigidas a revisar en profundidad –para algunos desmantelar– el sistema de negociación colectiva, al que se le imputa, sin duda con toda injusticia, buena parte de los problemas de competitividad de nuestras empresas, de nuestros trabajadores y de nuestro mercado de empleo, por ser el principal instrumento de fijación de los «precios» del trabajo, es decir, de las condiciones de trabajo en general y en especial del salario, lo que realmente preocupa. Aunque todos los actores coinciden en la necesidad de una reforma de aspectos significativos de la negociación colectiva, que en España ha funcionado notablemente bien, al mantener una cierta función distributiva y garantizar un porcentaje de cobertura de trabajadores muy significativo –en torno al 80% del total de los trabajadores–, envidiado incluso por otros países –como los sindicatos alemanes–, queda claro que tanto los diagnósticos como las terapias para operar esos cambios son muy diferentes, e incluso opuestos. No obstante, conscientes los interlocutores de esa necesidad, ya dieron sindicatos y empresarios el paso de promover una reforma relevante en el aspecto que más preocupa y que monopoliza el interés, el control del crecimiento de los salarios, hasta incluso proponer incrementos anuales nominales –esto es, incrementos en la nómina percibida–, pero que suponen una rebaja de los salarios reales –esto es, lo que le permite adquirir al trabajador, pues tales crecimientos nominales están por debajo de la inflación–.

Pero no era suficiente para el espíritu liberal radical y la estrategia de competitividad por bajos salarios que anima la reforma. Aún se precisaba más. Y eso pese a contar con la felicitación de la canciller alemana, la guardiana de la ortodoxia de este otro oxímoron que es la convicción de que a más reducción de costes más capacidad de competir tiene Europa. Si el ajuste ha de realizarse no por la vía del empleo sino por la de los precios –según el postulado más relevante del liberalismo económico neoclásico, que los economistas institucionalistas ya desmintieron hace decenas de años en el plano científico y la experiencia en el plano real–, la instrumentación del marco regulador de la negociación colectiva hacia esa función reductora –no ya tan solo moderadora– de los salarios debía ser la principal guía de la reforma. Poco iba ya a importar que la realidad fuese mucho más tozuda que la política del Gobierno, y ponga de manifiesto que los costes salariales en España estén muy por debajo de otros países europeos.

En efecto, como han puesto de relieve recientes estudios económicos, la variable que es más relevante para determinar la competitividad-coste de una economía es el llamado «coste salarial» corregido por la evolución de la productividad en este sector –«costes unitarios de trabajo»–. Pues bien, para 2011, ese coste en euros es el siguiente:

Bélgica: 36,73; Francia: 33,51; Alemania: 28,85; Italia: 28,32; **España: 22,87**; Grecia: 15,56; Portugal: 10,83.

Ciertamente, a menudo se dice que en España el coste unitario del trabajo si no se atiende a las cotizaciones sociales es señaladamente más bajo que en buena parte de los países europeos, por lo que la clave para mejorar la competitividad no estaría tanto en reducir salarios sino que estaría, según proponen los empresarios, en reducir las elevadas cuotas sociales, que están, es verdad, por encima de la medida europea. Ahora bien, ya se atiende a estas consideraciones, ya se ponga de relieve, según los referidos estudios a los que se hace referencia, que no ha habido problema de costes salariales en España que explique el incremento del déficit exterior español de los últimos años, como dicen la mayoría de los economistas y políticos neoliberales para justificar así sus constantes propuestas de moderación salarial, la verdad científica –no la ideológica– evidencia que no son los salarios el problema. Lo que ha sufrido la economía española ha sido un problema de demanda interna que, al contrario, se verá notablemente perjudicado con una progresiva reducción salarial, como se propone ahora, con lo que lejos de ganar perderá la competitividad que ahora tiene.¹

La negociación colectiva, pues, no solo ha cumplido una función productiva útil, sino que también, con su estructura sectorial estatal, y también provincial, ha conllevado una función de defensa de la competencia leal, evitando que las empresas puedan competir a través de bajos precios descontrolados y pongan en peligro la propia racionalidad del sector. En paralelo, ha permitido garantizar una cierta función distributiva del crecimiento, si bien las abismales diferencias entre las rentas del capital –incluyendo beneficios– y las salariales en estos años, ponen de manifiesto que esa función ha sido muy limitada. En suma, la negociación colectiva es un instrumento que, admitiendo y exigiendo continuas reformas para su modernización en sus diferentes aspectos, sobre todo a través de la actualización continua promovida por sus protagonistas, empresarios y representantes de los trabajadores –como piden una y otra vez–, ha cumplido inestimables servicios a la mejora de la economía española y al progreso social.

Pero nada de esta historia parece servir, no se reconocen los «servicios prestados». Había que darle una vuelta de tuerca más en la dirección productivista demandada no por la racionalidad económica, y las demandas sociales de razonable justicia social, sino puramente mercantil, que quiere su instrumentación al servicio del ajuste –a la baja claro– continuo. De ahí que se afecten en la reforma los tres aspectos que más directamente se dice pueden incidir en esa reducción del convenio a instrumento de gestión rentable del trabajador como un recurso productivo plegable –«empleable»–, más que otros factores productivos –pese a ser materiales e incluso inorgánicos–, a las circunstancias de un incierto y globalmente competitivo mercado. A saber:

- a) El criterio de referencia de la fijación de los incrementos salariales, de modo que no sea la inflación, provocadora de espirales inflacionistas incontrolables, sino esa nueva fórmula mágica útil para todo que es la «productividad».

Para eso los mecanismos no podían ser solo, ni siquiera principalmente legales, sino convencionales. Por eso aquí la reforma combina una dimensión legal y otra convencional. Para

¹ Vid. Informe Natixis: «Quels pays de la zone euro sont compétitifs, quels pays ne le sont pas?», 13 de febrero de 2012, n.º 124. Disponible en <http://cib.natixis.com/flushdoc.aspx?id=62437>.

las situaciones ordinarias, esto es, la gestión normalizada de los salarios, la reforma se articula a través del compromiso responsable asumido en el II Acuerdo Interprofesional de Empleo y Negociación Colectiva 2012 (Resolución de 30 de enero de 2012 –BOE de 6 de febrero–), proponiendo un cambio sustancial en los mecanismos de las «cláusulas de revisión salarial». Para los momentos críticos, o más bien de dificultades, sin llegar incluso a crisis económicas actuales profundas, se propone una generalización de las cláusulas de descuelgue, no ya solo salariales, sino para todas las condiciones de trabajo.

- b) La estructura de la negociación colectiva, a partir de la asunción de un modelo de análisis económico que propone como más eficiente la descentralización de aquella que su centralización sectorial estatal –o autonómica–.

Aunque no se dispone de evidencias científicas concluyentes sobre este aspecto, pues unos estudios ponen de manifiesto que es más eficiente la negociación centralizada –y ponen de ejemplo a Alemania, Suecia–, que la descentralizada, y otros proponen lo contrario, dando un mayor relieve a los convenios de empresa –sería el caso de Reino Unido–, por lo general, en ese amplio y ambiguo concepto que es Europa, encontramos diversos modelos –Italia y Francia, por ejemplo, reconocen una multiplicidad de niveles de negociación, sin que haya unas rígidas jerarquías ni preferencias entre ellos–, sin que sea posible racionalmente asegurar que una determinada estructura garantiza esos efectos positivos, sin provocar negativos. Sin embargo, el RDL 3/2012 apostará intensamente por el nivel de empresa.

- c) La dinamización de los procesos negociadores, a través de su agilización, como una clave fundamental de poder mantener permanentemente ajustadas las reglas convencionales a las aceleradamente cambiantes circunstancias de tipo organizativo y de mercado que determinan la suerte de la empresa.

Desde esta óptica, netamente economicista –y falsamente científica– se proponen dos cambios respecto a la *aplicación del convenio colectivo en el tiempo*. De un lado, radicalizando el principio de modernidad que ya está vigente en nuestro sistema, se pretende «incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado». El precio será la pérdida de estabilidad de lo regulado, que más que normativo se torna en contractual y disponible, por los negociadores y por otros sujetos –los destinatarios–. De otro, en previsión de que tal solución no se alcance, «se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a dos años». No obstante, y como veremos de inmediato, esta regla nos reserva una sorpresa, pues tal opción no se impone legislativamente, como otras, sino que queda condicionada a decisiones de autonomía colectiva –art. 86.3 ET–, con lo que, si se nos permite la metáfora, el Gobierno aquí parece «humanizarse» o le ha «temblado el pulso» y no ha querido levantar acta de defunción de esta institución clave en la estabilidad de nuestro sistema negociador.

En los próximos apartados daremos cuenta de los cambios legales a fin de lograr estos objetivos.

2. La negociación colectiva como instrumento principal para la reducción –no solo contención– de los costes laborales

2.1. La revisión convencional de las cláusulas de revisión salarial. El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva

Entre los lugares comunes que va reiterando machaconamente la norma de reforma está el relativo a la necesidad de eliminar la dualidad del mercado de trabajo español, dando de este modo a entender que hay colectivos importantes de trabajadores que no sufren la crisis y a los que, por tanto, hay que pedir más sacrificios a favor de los desempleados. El Informe mundial sobre salarios 2010-2012 –disponible en la página web de la OIT– lo desmiente, en la medida en que se confirma que los trabajadores empleados han perdido poder adquisitivo.

En otros términos, la crisis ha agravado hasta el extremo las desigualdades salariales. La OIT, cuyos análisis son tan solventes como los de la OCDE, el FMI y el Banco Mundial, pero mucho más equilibrados, ha puesto de relieve que tanto razones sociales de bienestar como, y sobre todo, razones económicas de sostenibilidad del crecimiento económico –que tenía razón se ve en la nueva recesión que vive Europa, tras vivir tan solo hace dos años otra–, exigen que se atienda a las políticas salariales, sin las cuales no habrá competitividad. Sin embargo, estas políticas no pueden definirse conforme al designio de los mercados, que es el ánimo infundido por las políticas de reforma laboral, pues la teoría y la experiencia enseñan que el mercado es incapaz por sí mismo de llevar a cabo una evolución equilibrada de los salarios que sostenga el consumo y, por tanto, la producción.²

Esta exigencia está presente en el llamado «Pacto por el Euro Plus». Este pacto obliga a los Estados firmantes, entre los que está España, a establecer una política de promoción de medidas orientadas a lograr los objetivos comunes de competitividad, sobre una adecuada y equilibrada evolución de los salarios y la productividad, de modo que los «costes laborales unitarios» sirvan de estímulo al crecimiento y no sean una rémora. La forma de lograrlo compete a cada Estado, pero el pacto impone el compromiso de asegurar ese objetivo llevando a cabo las «reformas tendentes al aumento de la productividad» que sean necesarias, «respetando las tradiciones nacionales de diálogo social y relaciones laborales» (sic). Entre esas medidas se hace referencia, por lo que aquí más importa y por su importancia primaria, a la «revisión de los acuerdos de fijación de salarios y, cuando sea necesario, del nivel de centralización del proceso de negociación y de los mecanismos de indexación, a la vez que se mantiene la autonomía de los interlocutores sociales en el proceso de negociación colectiva».

Traigo a colación este pacto institucional europeo porque, como en la reforma anterior de 2010, nada se dice de él en las largas exposiciones, pero cuya referencia ahorraría folios y folios y también la búsqueda de razones para entender las medidas de reforma. Realmente, es en este documento donde está escrito el sentido profundo de las reformas que han venido y se han concretado en el RDL 3/2010. Y las cosas se dicen con claridad, no con eufemismos ni ambigüedades tan características de las últimas leyes de reforma. El mensaje no solo ha sido captado por el legislador, sino también por los interlocutores

² Vid. OLARTE ENCABO, S.: «Cláusulas de revisión salarial en la negociación colectiva durante la crisis económica», *Actualidad Laboral*, n.º 1/2012.

sociales. Hasta el punto de que han firmado un acuerdo interprofesional o marco, típico en la ordenación de este aspecto, que altera profundamente la evolución de los instrumentos para fijar los incrementos salariales, de manera que, desde una instancia centralizada, se acoge el imperativo productivista europeo.

El *II Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva*, para los años 2012-2014, trata de responder de una forma razonablemente equilibrada a la principal crítica evidenciada al sistema por el pacto y que no es otra que la exigencia de revisar los mecanismos de «indexación salarial». Siguiendo la onda expansiva de aquellos países que procedieron a una eliminación de los sistemas de indexación conforme al IPC –Dinamarca, Países Bajos, Italia–, el Pacto Europeo sobre el Euro Plus cuestionó los sistemas de ajustes automáticos de salarios, ya deriven de un mandato legal, lo que no sucede en España desde 1977 –estaba previsto en la Ley franquista de Convenios Colectivos de 1973, como recuerda la STS, 4.^a, de 10 de junio de 2009 (NSJ030370)–, cuanto de la práctica consolidada en el sistema de relaciones laborales, lo que sí es (era) nuestro caso hasta el referido acuerdo interprofesional. Además, y aquí sí hay que evidenciar una cierta rigidez debida más a factores ideológicos –en este caso favorables a los intereses de los trabajadores que tienen empleo– que a estrictas razones jurídicas, en nuestro país la técnica usada para estos ajustes automáticos ha tenido un carácter unidireccional, de forma que la inflación superior a la prevista llevaba a hacer funcional la cláusula de revisión salarial, pero la inflación inferior a la prevista no reducía los salarios –SSTS, 4.^a, de 27 de octubre 2010 (NSJ038910); 5 de diciembre de 2011 (NSJ043420)–.

Hasta el punto ha sido rígida la interpretación jurisprudencial, que aun reconociendo que su lectura, integradora y no pacífica del régimen convencional, provoca efectos disfuncionales en el actual contexto de crisis económica, la obligación de cumplir con la fuerza vinculante de los convenios colectivos obliga a ese tipo de decisiones, pues debe primar sobre la eficiencia la «seguridad jurídica» y la «mayor uniformidad en la interpretación de este tipo de cláusulas convencionales». Incluso, ignorando por completo su propia jurisprudencia sobre la aplicación a la interpretación del convenio de las normas relativas a la interpretación de los contratos, dada la naturaleza mixta del convenio como norma jurídica de origen contractual, ha negado la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* porque no es aplicable más que a los contratos y porque la crisis no es una situación imprevisible, al ser pronosticada por «voces autorizadas» (sic) –STS, 4.^a, de 20 de septiembre de 2010 (NSJ038838)–. El resultado ha sido un crecimiento del 3 por 100 de los salarios como media, en un contexto de reducida inflación y una reducción del PIB en torno al 2 por 100, en los años clave de la crisis, con el consiguiente efecto anticíclico y de inelasticidad salarial.³ De todos modos, conviene tener en cuenta que esos crecimientos no han supuesto un aumento relativo considerable de los costes unitarios respecto del contexto de referencia, como se indicó.

En todo caso, como era de esperar, la rigidez y las resistencias numantinas –de unos (sindicatos) y de otros (jueces tuitivos)– traen aniquilaciones, de modo que el paso del tiempo obliga a tomar medidas aún más draconianas, por lo que la reacción contraria –ley del péndulo– es peor. Y la reacción inversa la ha anticipado la propia negociación colectiva central. Para ello se establecen dos tipos

³ «(...) La evolución de los salarios a nivel agregado se caracteriza por una fuerte inercia temporal y por un comportamiento inadecuado a lo largo del ciclo (con una notable moderación de los salarios reales durante las expansiones y crecimientos significativos en contextos recesivos) y (...) los salarios relativos muestran una insuficiente capacidad de ajuste a las circunstancias económicas de cada sector o empresa». Vid. <http://blogaldeaglobal.com/2012/01/27/el-ii-acuerdo-para-el-empleo-y-la-negociacion-colectiva/#more-1940>.

de actuaciones. La primera es promover que se alcancen en la negociación colectiva crecimientos muy moderados de los salarios nominales: hasta un 0,5 por 100 en 2012; una subida máxima del 0,6 por 100 en 2013 y un crecimiento salarial en 2014 que, en función del crecimiento del PIB real, puede situarse entre *el 0,6 por 100 y el 1,5 por 100*.

La segunda es limitar el alcance de las cláusulas de revisión salarial. Así, estas se activarían exclusivamente si la inflación supera el 2 por 100 y únicamente se compensaría a los trabajadores por la desviación del crecimiento de los precios que excediese ese porcentaje. Además, se tendría en cuenta el registro menor de inflación según el IPC español y el IPC armonizado de la zona euro y se introducen también consideraciones relacionadas con la evolución de la inflación subyacente (en concreto, si los precios del petróleo aumentan más del 10 por 100 en términos anuales se eliminaría el impacto de este factor en el cálculo de la inflación). La consecuencia es evidente: de mantenerse las previsiones de inflación para los próximos años, se producirá una manifiesta caída de los salarios reales, con lo que el acuerdo asumiría la estrategia de competitividad promovida por la reforma, que es el incrementar competitividad en el marco de la unión monetaria por la reducción de salarios.

En suma, el acuerdo social de control de rentas, que es el punto que realmente cuenta –el resto está plagado de brindis al sol–,⁴ aporta lo que el Gobierno quiere, y no puede, por ser un terreno delicado y protegido claramente por el principio de autonomía colectiva, conforme a la doctrina constitucional reiterada: un comportamiento moderado de los salarios, incluso decreciente, y una mejor adaptación de los mismos a la situación del ciclo económico, permitiendo incluso que suponga disminuciones salariales en ciertos contextos.

2.2. La generalización de las «cláusulas de descuelgue ofensivas» y la reedición de la figura del «arbitraje administrativo obligatorio»

a) El tránsito impuesto del modelo de «cláusulas de descuelgue defensivas» al modelo de las «cláusulas de descuelgue anticipativas o preventivas».

Pero el Gobierno no tiene bastante, y quiere más, porque Europa –brazo político de los voraces mercados financieros– le exigiría todavía más. Aunque el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva de 25 de enero de 2012 también hace referencia a medidas que mejoren la capacidad de

⁴ No sé si a ternura, o a ingenuidad, sabe la incorporación de afirmaciones como las del II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva, que cree que es posible que pueda comprometer no solo el control de los salarios –que sí puede–, sino el de los beneficios –que está completamente fuera de su disposición–: «Para conseguirlo, todas las rentas deben realizar un esfuerzo conjunto. Tanto los salarios como los beneficios distribuidos deben evolucionar de forma moderada, de modo que permitan dirigir una mayor parte del excedente empresarial a inversiones de reposición y ampliación. Ambos aspectos tienen por objeto fortalecer la capacidad de competir del tejido productivo español. En la misma dirección, es preciso adecuar la retribución de altos directivos y ejecutivos de las empresas. De igual forma, se propone un especial seguimiento y vigilancia de la evolución de los precios de aquellos bienes y servicios con especial repercusión para las personas con menor renta. En los precios que sean competencia de las Administraciones públicas, estas deberían realizar el máximo esfuerzo posible de contención, y a su vez extremar la mejora de la gestión y la reducción de costes». Como puede comprobarse, los sujetos sociales tienen para todos, mandan y reparten «juego» como si tuviesen, en efecto, el poder de condicionar estas decisiones. Pero lo cierto es que ni una de esas medidas ha salido en prensa. Lo que todos saben es que, hasta 2014, los salarios «crecerán» por debajo de la inflación, esto es, «decrecerán» realmente.

ajuste de los salarios de las empresas a sus circunstancias económicas, con el fin de potenciar la flexibilidad interna en detrimento de la flexibilidad externa, incluyendo el descuelgue general, el Gobierno no se fía en este punto de los interlocutores sociales. De ahí que ha decidido impulsar desde la ley esta senda, afianzando su carácter de orden público económico-laboral.

De nuevo, el Gobierno parte de una visión unilateralista y sesgada –por tanto injusta– de la negociación colectiva, por lo que considera necesario introducir modificaciones de relieve «*al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*». No hay que hacer un gran esfuerzo de justificación ni tener la oratoria de Cicerón, para convencernos de que aquí el Gobierno ha olvidado la prudencia que quería introducir y su búsqueda del tan citado como ignorado «equilibrio». Asimismo, su valoración de la última reforma del mercado de trabajo, que ya «pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue» es pésima, pues «a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo».

Con este diagnóstico tan severo, pondrán en juego en relación con las «*cláusulas de descuelgue*» el «doble espíritu» que anima este revisado ET. De un lado, comprensión y «guante de seda» con los empresarios, de modo que se liberalicen cuantas trabas encuentren en su camino, dando pábulo a un modelo más liberal de relaciones de trabajo, facilitándoles el llegar a acuerdos –liberalismo colectivo–. De otro, dureza contra las resistencias sindicales a entrar en esa cultura del ajuste salarial, de modo que no dudará en rehabilitar la vieja figura, también propia del modelo (autoritario) franquista, del «arbitraje administrativo obligatorio» –dirigismo normativo–. La «doble vara de medir» queda al descubierto.

En el primer plano, el del espíritu liberal a favor del interés empresarial, el Gobierno introduce un régimen muy favorable de adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo –todas las nominadas en el art. 41 ET más las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social– fijadas en los convenios a la omnipresente productividad y competitividad, a través de un renovado régimen del descuelgue ex artículo 82.3 del ET. Una vez ampliado el listado de materias a tal fin –que, por cierto, a diferencia del art. 41 ET habrá que entender que es número cerrado, pues prescinde de la cláusula abierta «entre otras»–,⁵ el siguiente paso para la opción aperturista y liberal es ampliar las causas empresariales que dan lugar a tal régimen de inaplicación de lo pactado en convenio –de empresa o de sector–. A este respecto, y a fin de ser honestos científicamente y no incurrir en los mismos defectos que se le reprocha a esta reforma unilateralmente revisionista, conviene evidenciar que nuestro modelo de negociación colectiva presentaba una profunda anomalía respecto de la mayor parte de los europeos, lo que exigía –y exige– una profunda corrección.

En este sentido, el referido Pacto sobre el Euro Plus no conlleva, como hemos visto, la quiebra de los modelos nacionales consolidados y estabilizados, como sería el español, sino la necesidad –exigencia– de que tales modelos incorporaran nuevos espacios de negociación que tengan en cuenta la diversidad –territorial, empresarial, histórica o temporal, sectorial–. En este contexto de reforma –no

⁵ Una vez más es necesario llamar la atención sobre la inclusión ya de esta opción aperturista en el II Acuerdo de Empleo y de Negociación Colectiva, que ha aceptado esta ampliación de modo expreso, a fin de propiciar la mayor flexibilidad exigida o urgida por la situación. En este punto, por tanto, no debe producirse ninguna resistencia en el ámbito de la negociación.

tanto de revisión radical— de los regímenes convencionales de fijación de los salarios, el pacto sitúa en el centro la evolución de las llamadas «cláusulas de excepción» en esta materia —para nosotros, las «cláusulas de descuelgue»—. Este tipo de reglas derogatorias de la regulación convencional ordinaria, para situaciones críticas, se dan en todos los países de la UE y, por lo general, no son expresión de una imposición legislativa, sino de la práctica convencional. Pues bien, en este marco de difusión, consolidación y generalización de tales «*opening clauses*», en virtud de las cuales se intercambia la reducción de los salarios a cambio de compromisos de conservación de empleo, se ha podido evidenciar un progresivo tránsito desde el originario modelo de «*cláusulas de excepción derogatorias*» de las normas convencionales de salarios, meramente defensivas frente a crisis de empresa relevantes, a otro de «*cláusulas normalizadas de descuelgue*», que buscan anticipar, prevenir, las situaciones de dificultades negativas, con cláusulas estables de flexibilidad salarial que aseguren no ya solo la subsistencia sino la competitividad de las empresas. Eso sí, siempre causales —aunque los motivos se delimiten de modo abierto—, y acompañadas con contrapartidas.

En suma, nacidas como singulares compromisos excepcionales para evitar, en unos contextos de crisis o pérdida de competitividad global, la destrucción de empleo —condición de su legitimidad—, terminan planteándose como un instrumento de regulación correctora estable frente a la rigidez y uniformidad de los convenios de rama, pero sin desplazarlos. Si nadie duda de los riesgos de inestabilidad que este cambio de paradigma regulador, y no ya solo de reforma, propicia, al sacrificar algunos principios del sistema clásico —principio de favor hacia la negociación de mejora, vinculación férrea a las reglas acordadas hasta que venza la vigencia de lo pactado, protección de las condiciones más beneficiosas—, también queda claro que encontramos modelos reales, no solo teóricos, de correcta y equilibrada ordenación de tales cambios. Sería el caso reciente, por ejemplo, de Alemania e Italia.⁶

Las lecciones de este necesario observatorio de lo que pasa a nuestro alrededor, pero de un modo serio, no episódico o de pura moda, espigando lo que conviene ideológicamente y silenciando lo que no, son claras: no hay opción en torno al SÍ, esto es, si se quiere permanecer en el sistema con un razonable grado de bienestar hay que introducir estos instrumentos, la opción está en el CÓMO, esto es, con qué criterios se gobiernan y con qué límites se ordenan, a fin de asegurar el insoslayable equilibrio entre los valores, intereses y derechos en juego. El principio de razonable disponibilidad para la autonomía colectiva empresarial de lo negociado en un convenio de rama o de sector debe acompañarse del principio de gobierno ordenado de las cláusulas y de aseguramiento de su eficacia para el fin perseguido: intercambio de mayor competitividad, con los ajustes salariales, incluso a la baja, por la conservación razonable de empleo. Lamentablemente, este modelo transaccional —por cierto, el típico de la norma social y el característico de la regulación laboral clásica—, fue durante mucho tiempo ignorado tanto por el legislador como por los sujetos negociadores y también, de nuevo, por los jueces «de resistencia» o «reserva cultural o de justicia social», que no contemplan otra dimensión que la de garantía unilateral a favor del incremento del salario —*vid.* SSTS, 4.ª, de 25 de

⁶ De nuevo Alemania, que en ciertos aspectos «envidia» el sistema de contratación colectiva español, por su mayor cobertura de trabajadores —que en Alemania es notablemente menor que en España—, es el referente de una ordenación económicamente racional y eficiente, y socialmente sostenible, por ser equilibrada, transaccional, de este tipo de cláusulas, cuyo efectos positivos sobre el empleo son evidentes, una realidad estadística. En este sentido, todos los convenios colectivos sectoriales incorporan cláusulas de este tipo, y que no se destinan solo a las empresas en dificultades, sino también a las que evidencien cambios en su posición competitiva que exija intervenciones de mejora, previniendo los despidos de futuro. Una línea que está igualmente presente, si bien con menor ordenación, en Italia, a través del célebre acuerdo de Pomigliano de la Fiat. Por todos, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Crisis y Salarios», *Relaciones Laborales*, n.º 11/2011, pág. 10.

febrero 2010 (NSJ034633), 18 de mayo de 2010 (NSJ038773), Caso UTE LEGIO VII, y 14 de febrero de 2011 (NSJ041555), entre otras—, con lo que, llegada la crisis, de nuevo, las reacciones se tornan pendulares. Si el legislador reformista de 2010 comprendió bien esta necesidad de cambios, y también los interlocutores sociales que firmaron el Acuerdo de Negociación Colectiva 2010-2012, y ahora más todavía con el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva, abriendo nuestro sistema a tales cláusulas, las circunstancias frenaron esta apertura.

Pues bien, el Gobierno revisionista, en vez de corregir esas dificultades prácticas, no ya legales, ha decidido intervenir abruptamente e imponer su modelo de cláusulas normalizadas de descuelgue. Se trata, sin duda, ya no solo de cláusulas defensivas sino proactivas —y esto es positivo, no se puede dejar de reconocer tal valor—. Pero, y aquí está de nuevo el problema, unilaterales, solo en la dirección de la mejora de la competitividad —de una determinada estrategia claro, la indicada de bajos salarios—, olvidando la dirección de contrapartida que, sin embargo, es la única que puede legitimar, en nuestro modelo constitucional y comunitario de relaciones laborales, el sacrificio: las garantías de conservación de empleo. A tal fin, no solo se describe con mayor amplitud lo que se entiende por «situación económica negativa», sino que objetiva por completo la causa para reducir al máximo el control judicial.

A diferencia de lo que se preveía en la regulación anterior, y de lo que se recoge para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para las cláusulas de descuelgue se sigue el criterio de diversificación de las delimitaciones de las causas, diferenciando, como en el caso de los despidos por causas empresariales, entre las técnico-productivas-organizativas y las económicas. Respecto de las causas técnicas, organizativas y productivas se mantiene la definición ya presente para este tipo de motivos en el artículo 51 del ET.⁷ Donde sí hay cambios muy relevantes, trascendentales, es respecto de la delimitación de las causas económicas. Se entiende ahora que concurren causas económicas

«cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos *o* ventas. **En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos**».

También en contraste con lo que se dijo respecto de la delimitación de la causa para la movilidad geográfica, aquí lo significativo es tanto lo que dice como lo que no dice —lo que ha eliminado—. Respecto de lo que incluye, además de pérdidas previsibles —por tanto de futuro más o menos inmediato, con lo que queda aceptado su instrumentación como instrumento de gestión preventiva de las dificultades—, pues eso ya se introdujo con la reforma de 2010, bastará con la «reducción de ventas» —y no ya solo de ingresos—. Queda claro que no se trata solo de defenderse, sino de anticiparse a la situación económica negativa en sentido estricto.

El que baste con seis meses de reducción de ventas —ni siquiera de ingresos— para acreditar la situación negativa supone una apertura extrema a los intereses de rentabilidad empresarial apoyados sobre la gestión de la mano de obra, cuando, por definición, la relación laboral se basa en un modelo de

⁷ «Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.»

ajenidad en los «riesgos de empresa». Ahora quiebra este criterio de delimitación del contrato de trabajo, evidenciando una vez más que la clave para entender la relación de trabajo es la «subordinación» –la puesta a disposición del empleador para la obtención de una utilidad patrimonial por él decidida–, por más que nos empeñemos en diluirlo una y otra vez, bajo la apariencia de modernidad y ambiciones de expansión de la regulación laboralista, como se ve cada vez menos atractiva por su protección y más por la amplitud de márgenes de disposición de las condiciones de empleo y de trabajo de los contratos que ofrece, superiores claramente al Derecho Civil moderno –basado en el principio de equilibrio de las prestaciones y la prohibición de disposición unilateral del contrato–. Queda claro ahora que *el trabajador asume directamente el riesgo de fluctuaciones de mercado*, de manera que bastará una leve y relativamente continuada reducción de ventas para que pueda extinguirse legalmente su contrato de trabajo.

b) Más allá de la cuantía del salario: la generalización limitada –*numerus clausus*– de las materias objeto de acuerdos empresariales de descuelgue.

Una segunda novedad significativamente relevante, como ya se anticipó, es que estas cláusulas de descuelgue no se constriñen, como en la regulación anterior, al salario, sino que, siguiendo un esquema regulador análogo, aunque no idéntico, al del artículo 41 del ET, incorporan una amplia lista de materias susceptibles de descuelgue del régimen convencional –ya sea de un convenio sectorial ya de un convenio de la misma empresa–, con lo que se generalizan los acuerdos colectivos de empresa derogatorios o modificativos. La lista coincide básicamente con la del artículo 41 del ET, pero presenta algunas diferencias. Por supuesto, junto al tiempo de trabajo –jornada, horario y distribución– y la organización del mismo –movilidad funcional por encima de los límites del art. 39 ET; sistemas de trabajo y rendimiento y régimen de trabajo a turnos– incluye el «sistema de remuneración y cuantía salarial» –letra d)–. Como es natural, siendo este último aspecto el más relevante, pero sin desdeñar en modo alguno los demás, pues afectan a los aspectos clave de una gestión flexible y rentable de la mano de obra como factor productivo, se trata de los aspectos retributivos directamente incluidos en el régimen convencional, ya que los excedentes de ese marco no seguirán esta vía pactada –o por laudo «administrativo-corporativo»–, sino la del poder novador unilateral, aun colectivamente participado –pero sin exigencia de acuerdo o solución arbitral–, del artículo 41 del ET.

Al analizar esta importantísima novedad, a nuestro juicio más nominal que jurídica, se tuvo la oportunidad de recordar cómo sobre tal inclusión de cuantías salariales en el poder de modificación sustancial del empleador se están cerniendo duras críticas, hasta considerarlas de una dudosa constitucionalidad por atentar a un pretendido derecho a la consolidación salarial, que sería de rango constitucional –art. 35 (derecho a un salario suficiente) en relación con el artículo 9.3 (prohibición de la arbitrariedad en aras de la seguridad jurídica) CE–. En ese mismo ámbito puse de relieve igualmente mi opinión contraria a esta comprensión, de manera que si esta revisión estatutaria tiene múltiples aspectos de dudosa constitucionalidad, no es este, a mi juicio, el que puede presentar mayor solidez argumental, más bien lo contrario. En este sentido, ya se dijo cómo ni el listado del artículo 41 del ET ha sido nunca *numerus clausus* ni han faltado experiencias prácticas que, de un modo directo o indirecto, suponían una modificación reductora del salario y habían sido legitimadas por los Tribunales.⁸

⁸ Hay que reconocer que los diferentes Tribunales han evidenciado siempre sus recelos ante tal posibilidad, de modo que, si bien todos han terminado legitimando las prácticas de modificación reductora de la cuantía salarial, si cumplían con

Otra cosa es, como se dijo, que ha de tratarse de aspectos y cuantías no regulados, ni directa ni indirectamente, por el convenio, pues en ese caso el procedimiento necesario es el del artículo 82.3 del ET. Por tanto, la novedad tiene aquí tan solo un sentido, muy positivo, de clarificación y mejora de la seguridad jurídica reguladora, en torno al procedimiento a seguir en cada caso. Se acaba, así, con construcciones artificiales y, una vez más, con la cobertura bajo expedientes elípticos, incluso eufemísticos, de situaciones jurídicas que la legislación laboral, guste más o menos, reconocía. Aunque, naturalmente, esta mayor seguridad jurídica en torno al procedimiento suponga un paralelo incremento de la inseguridad –inestabilidad– económica para la parte más débil de la relación, el trabajador, y por tanto pueda afectar muy negativamente a su libertad de programación de sus decisiones de gasto. Pero queda claro que hay un control colectivo de procedimiento y judicial de fondo, para poder obtener una tutela efectiva. En consecuencia, el juicio crítico por su eventual injusticia no puede llevarnos a concluir un juicio de reprobación constitucional, salvo voluntarismo jurídico.

Sí representa una diferencia notable respecto de la lista del artículo 41 del ET su carácter de *numerus clausus*, esto es, las materias que aparecen en ella, y sin perjuicio de evidenciar que se trata de conceptos muy amplios, no pueden ser aumentadas, ni en sede interpretativa, por supuesto, ni en sede convencional, por tratarse también de una materia de orden público, en este caso, de protección de la autonomía colectiva. Aunque esta última afirmación puede ser, sin duda, discutible, entiendo que las cláusulas de descuelgue, por más que tiendan a normalizarse, no pueden ser objeto de una interpretación expansiva, ni tan siquiera de la propia autonomía colectiva –aunque en la práctica esta hipótesis sea poco probable, pues, al contrario, los negociadores tenderán a resistirse a esta liberalización de poderes empresariales en orden a la novación (flexibilidad interna) convencional, como hasta ahora (para ello no solo intentarán condicionar las causas, procedimiento y contenidos de los acuerdos de descuelgue, sino incluso los propios procedimientos de modificación sustancial del art. 41 del ET, lo que a mi juicio no sería lícito por el carácter de orden público económico productivo reforzado que asume ahora esa regulación)–, pues se trata de técnicas de desestabilización y/o revisión convencional que alteran significativamente la ordenación del convenio colectivo como norma jurídica vinculante frente a terceros. Por tanto, si el legislador, a diferencia del artículo 41 del ET, no ha incluido la cláusula «entre otros», es porque no piensa –siendo realista– que quepa ir más allá de esas materias, dejando todo el contenido del convenio a expensas de esta fórmula de derogación-revisión anticipada, y, como veremos, prácticamente para todo el tiempo de vigencia, del convenio, por sujetos –y/o procedimientos– distintos a los firmantes.

los requisitos de procedimiento del artículo 41 del ET –lo que a menudo no sucedía, declarándose correctamente la nulidad de la modificación salarial–, siempre buscaban algún subterfugio para evidenciar que más que una rebaja se trataba de una modificación. Pero la afectación final a la cuantía, en sentido restrictivo, era manifiesta. La «cultura protectora» y la visión unidireccional de las decisiones salariales –solo mejoran lo anterior, no empeoran–, hacía acto de presencia. Pero las posiciones han sido inequívocamente favorables a esta afectación cuantitativa salarial. Así lo evidencia la *STS, de 20 de enero de 2009* (NSJ027860), que cuestiona la decisión empresarial de modificar el derecho a un anticipo sobre el salario variable –40% mensual fijo de la retribución variable–, sin condicionamiento alguno, hasta el punto de que la no consecución de los objetivos no afectaba a su percepción, al establecer ahora como requisito previo para la percepción que se constate el cumplimiento de los objetivos empresariales, pero no por no ser posible, sino, precisamente, por ser una modificación sustancial que requería del artículo 41 del ET. En la misma línea, la *SAN de 23 de septiembre de 2010* (NSJ037006) declara nula una modificación de la «cuantía del bono que va a percibir el trabajador que ha cumplido los objetivos fijados por la empresa para el año 2009», por no seguir el procedimiento del artículo 41 del ET, dado que es una modificación sustancial. Para el carácter artificial del debate *vid. SALA FRANCO, T. : «El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: Alteraciones en el contenido de la prestación en las condiciones de trabajo, Madrid: CGPJ. 1996, pág. 106.*

Finalmente, también resulta novedoso, la inclusión expresa en la lista de las «*mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social*» [letra g) art. 82.3 ET]. Parece claro que se trata únicamente de las mejoras voluntarias pactadas por negociación colectiva estatutaria –también los planes de pensiones en el sistema de empleo, aunque no los mencione de modo expreso, pero debe entenderse como expresión de todo el sistema de mejoras en la protección social que se acuerde por convenio colectivo, siendo estos planes uno de los componentes más relevantes por su coste para la empresa–, pero no si se trata de mejoras introducidas por otras vías, en cuyo caso se estaría en el ámbito del artículo 41 del ET. De nuevo tiene un sentido más bien clarificador que constitutivo. En este sentido, de interés es traer aquí a colación la *STSJ de La Rioja, de 28 de enero de 2010* (NSJ033825), que legitimó la variación por la empresa no solo de la estructura del salario sino de otros componentes de la estructura remuneratoria global, como fueron los «complementos retributivos» y las «mejoras voluntarias». Es relevante el argumento de fondo que aportó para tal legitimación, evidenciando que la modificación era una medida adecuada, pues

«... la misma no tiende tanto a favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado, cuanto a intentar mantener la actividad empresarial misma, la continuación de... los puestos de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto. La grave situación económica... justifica... la supresión..., que se estima razonable y proporcionada...».

c) La eliminación de los diversos límites, además de los funcionales, para el control temporal y de fondo de la proporcionalidad del régimen de descuelgue.

El reclamo a esta última doctrina judicial nos da la buena pauta para afrontar las «innovaciones» por omisión o por silencio que, si me apuran, son todavía más relevantes, como se ha dicho respecto del control finalista o de conexión funcional. Porque aquí no solo se ha excluido este control de razonabilidad de la decisión –acuerdo– de descuelgue para preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa o su productividad –que, incluso, hasta puede resultar razonable y positivo para evitar inseguridad jurídica al empleador y obligar al juez a un juicio económico-organizativo para el que evidentemente no está nada preparado técnicamente ni es su función–, sino que han desaparecido prácticamente todos los límites orientados a concretar la proporcionalidad de la medida. Y esta opción reguladora sí que ya no tiene ninguna justificación jurídica, salvo la protección radical del interés a la máxima libertad de decisión, pero este no está solo para el Derecho, por cuanto el recurrente juicio de proporcionalidad, en cuanto es expresión de un principio general del Derecho, con rango constitucional, es indisponible para el legislador.

Por lo tanto, aquí sí, de nuevo, hay que llevar a cabo, tanto en sede convencional como también en sede interpretativa, una lectura correctora, primero, e integradora, después, del tenor literal de este precepto, en aras de una comprensión teleológica de la norma, esto es, conforme al plan de la propia ley. En efecto, la EM insiste machaconamente en que este favor hacia la flexibilidad interna tiene un objetivo muy claro: cambiar el vicioso patrón de ajuste empresarial para los tiempos de crisis, dejando de optar por el empleo, que es el bien prioritario a conservar y proteger, para optar por una intensa libertad de novación –devaluación– de las condiciones de trabajo, sea por vía unilateral sea por vía colectiva. Entonces ¿qué sentido tiene eliminar la referencia antes existente a la

vinculación de la medida al imperativo de utilidad para «mantener el volumen de empleo», aunque sea con el sacrificio razonable de una parte de las precedentes condiciones y en tanto dure la situación negativa? A mi juicio ninguno. Pero no basta con un reproche de política jurídica, o social, e incluso ético. Hay que ir más allá, y llamar en causa al Derecho, ignorado por la Ley.

El interés de la protección del empleo no puede quedar completamente al margen de estas decisiones, convirtiendo la norma únicamente en salvaguarda del interés a la conservación de los niveles de rentabilidad o beneficio –principio de conveniencia del beneficio empresarial–, pues ello rompe el equilibrio entre la libertad de empresa y la seguridad en el empleo, cuyo fundamento constitucional es evidente en los artículos 35 y 37 (derechos) en relación con los artículos 1.1, 9.2, 10 y 15 de la CE (derechos y principios superiores). Ni cabe aceptar, en los vigentes ordenamientos constitucional y comunitario, una conexión tan solo vaga o genérica, puramente abstracta o simplemente presunta, sino que es necesario que exista una conexión razonable y proporcionada con garantías de continuidad en el empleo en contrapartida a los sacrificios individuales y colectivos. En este sentido, creo que es interesante y útil, traer a colación la evolución de la regulación legislativa y, sobre todo, de su comprensión jurisdiccional, en torno a las relaciones entre las medidas convencionales de «sacrificio» de derechos y libertades básicos, como la continuidad en el empleo de quienes cumplen una determinada edad, y los límites a las mismas.

En efecto, como se sabe, primero la jurisprudencia defendió de forma numantina el carácter genéricamente transaccional de los convenios –década de los años noventa e inicios de la primera década del siglo XXI– para legitimar cualquier decisión convencional de extinción del contrato de un trabajador por cumplimiento de una edad máxima –cláusulas convencionales de jubilación forzosa–. Luego viró con una extrema virulencia al polo contrario, declarando la imposibilidad de aceptar el sacrificio de las libertades individuales a la estabilidad por ser discriminatorio contra las personas de edad introducir, bajo ningún concepto, tanto por motivos de orden constitucional como comunitario, cláusulas de cese forzoso –prohibición de discriminación en el empleo por razones de edad–. Finalmente, con ayuda –más bien imposición– del cambio legislativo –Ley 45/2005–, terminó construyendo una jurisprudencia razonable –SSTS, 4.^a de 10 de noviembre de 2009 (NSJ033205) y 24 de noviembre de 2011 (NSJ043411)–, plenamente acorde con la constitucional y también con la del Tribunal de Justicia Comunitario, sentando la siguiente posición que, a mi juicio, y sin perjuicio del análisis crítico de otros autores, que respeto pero que no comparto, tiene un valor general, no ya solo concreto o episódico, por derivar de un principio jurídico general. A saber:

«entre una medida convencional –sea convenio colectivo sea acuerdo colectivo– que supone el sacrificio de condiciones de trabajo en aras de una mayor facilidad –flexibilidad– para que el empleador se ajuste a los imperativos de mercado, en detrimento del recurso al ajuste de empleo, es necesario que exista una evidenciada conexión entre la medida de descuelgue y la conservación de empleo, o cualquier otra concreta garantía de empleo».

En otro caso, se quiebra la finalidad de la reforma en este punto y, por tanto, se frustra el plan de la ley, que es un criterio hermenéutico de primer orden para la conformación del sentido final de la norma, bien mediante integraciones convencionales –acuerdos colectivos de descuelgue, o incluso los laudos arbitrales–, bien mediante integraciones jurisprudenciales. A este respecto, que exige

una lectura de los preceptos conforme al principio general jurídico-constitucional de proporcionalidad, el desequilibrio regulador aún puede ser mayor si se tiene en cuenta que, al mismo tiempo, se desvincula el funcionamiento del dispositivo de inaplicación de la norma colectiva –que recuérdese es, además, expresión de la libertad sindical ex art. 28 CE, no solo del art. 37 CE–, del tiempo de duración de la crisis o situación negativa, pues no hay obligación de reajuste cuando pase la dificultad, sino todo el periodo convencional. La exigencia de un periodo de tiempo limitado, aunque pueda ser, sin duda, prorrogable en tanto se mantenga la situación y no llegue la vigencia final, que llevaría a firmar un nuevo convenio acorde a la situación –principio de modernidad–, es un imperativo, una vez más, de razonabilidad de la decisión y, por tanto, de proporcionalidad.

Aquí hay toda una contrarreforma, porque la Ley 35/2010 sí establecía esa conexión temporal, lo que es una condición inherente a la razón de ser de la regulación: el ajuste entre las condiciones y la situación de dificultad, pero por el estricto tiempo necesario. Dejarlo abierto todo el periodo erosiona el juicio de proporcionalidad y, por tanto, resulta ilegítimo establecer un sacrificio de derechos e intereses sin ese control. Cierto, ya hemos visto que en la experiencia europea más novedosa, nacidas para situaciones críticas, terminan asentándose como normalizadas. Pero también se ha dicho que, en todo caso, aparece un sistema de límites y contrapesos que nuestro legislador ha ignorado por completo.

Por lo tanto, será necesaria una interpretación correctora, de modo que ha de entenderse que la continuidad del descuelgue o acuerdo de inaplicación está estrictamente condicionada a la continuidad de la actividad, por lo que bien harán los representantes legales de los trabajadores en establecer esa conexión, que en la ley se diluye sin justificación.⁹ Por supuesto nada les impide integrar ese contenido. Otras eliminaciones pueden ser sintomáticas del sentido de la reforma, pero no suponen ningún empobrecimiento –cambio peyorativo– ni variación para el ordenamiento jurídico, porque persisten, quiera o no el legislador –el anterior incurrió en defecto técnico al introducirla–.

Claro está, me refiero a la desaparición al límite legal expreso a este tipo de acuerdos colectivos de descuelgue empresarial relativo al respeto o al cumplimiento, en todo caso, de las cláusulas convencionales sobre eliminación de las eventuales discriminaciones retributivas por razones de género.¹⁰ Pero es evidente que esta regla es una exigencia –imperativo– del derecho fundamental ex artículo 14 de la CE y, por lo tanto, le pese o no, no es disponible para el Gobierno-legislador ni para los negociadores. A este respecto, conviene tener en cuenta que si son ciertas las mayores limitaciones que, en relación con los acuerdos de empresa, presenta la vigencia del principio de igualdad de trato, no menos verdad es que las prohibiciones sobre discriminación, de cualquier tipo, y no ya solo por razones de género –aunque estas sean en la práctica de las más relevantes y extendidas estructu-

⁹ En la versión anterior, se exigía que el acuerdo determinará no solo la retribución –ahora serían las condiciones de trabajo– nueva, sino también, «en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones... establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el periodo de vigencia del convenio ni, como máximo, los tres años de duración».

¹⁰ Quizás sí resulte más llamativo si se pone en relación con otras omisiones referidas a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar –desaparición de las bonificaciones para el retorno de las mujeres al mercado de trabajo tras la maternidad (derogación del art. 4.2 Ley 43/2006)– o inclusiones –incorporación de nuevos incisos en el artículo 37.3 del ET para recorrer las posibilidades de concreción de sus derechos de la persona (normalmente mujeres) que tiene a cargo hijos o familiares–.

ralmente–, vinculan a todos los acuerdos por igual, así como a las decisiones empresariales, por su vigencia plena en las relaciones entre particulares.¹¹

d) La búsqueda de futuro mirando al pasado: ¿otro «milagro de resurrección», ahora del viejo, y finado en 1981, «laudo administrativo obligatorio»?

El acuerdo debe ser notificado a la Comisión Paritaria y a la autoridad laboral. Pero no son ninguno de estos dos sujetos los que asumen la función, en el diseño de la ley, de resolver las discrepancias persistentes en última instancia. Aquí reside la otra gran novedad de la reforma y también un punto crítico extremadamente delicado, tanto porque se duda de su eficacia como, sobre todo, porque debe dudarse de su constitucionalidad. En efecto, manteniéndose invariables las dos fórmulas previas de solución autónoma de conflictos de esta guisa, primero el recurso a la Comisión Paritaria –en el plazo máximo de siete días desde que se planteó la discrepancia–, y si esta es fallida la de los procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje en el marco de los sistemas estatal o autonómicos ex artículo 83 del ET, ahora se incorpora un nuevo intento de resurrección de los *laudos obligatorios administrativos*, aunque se quieran camuflar con el carácter tripartito del órgano administrativo consultivo legitimado para dictar el laudo pretendidamente obligatorio.¹²

Conforme al último párrafo del artículo 82.3 del ET, cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados –o estos no hubieran solucionado la discrepancia–, «cualquiera de las partes» –por tanto no exige que haya acuerdo previo de sometimiento al árbitro, presupuesto inexorable para que pueda ser vinculante un arbitraje razonable– podrá someter la solución de las discrepancias nada menos que a la, también resucitada, cuando agonizaba, «Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos» –si la inaplicación afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma–, o, estos sí mucho más vivos, «a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos».

La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a 25 días a contar desde la fecha

¹¹ Rotunda al respecto es la STCO 27/2004 (NSJ014190), que siguiendo las pautas de las SSTCO 34/1984, 177/1988 y 119/2002, destaca la vinculación a estas prohibiciones tanto «por la acción de los poderes públicos como por la práctica social», siendo, además, una exigencia derivada de la protección de la «dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE». En este sentido, para la prohibición de establecer diferencias retributivas atendiendo solo al momento de ingreso y al carácter indefinido o eventual, *vid.* STS, 4.^a, de 13 de noviembre de 2003 (NSJ014228). En cambio, libera a los acuerdos colectivos, por su naturaleza de pacto informal o privado entre partes, a diferencia de los convenios, de la estricta vinculación al principio de igualdad, SSTS, 4.^a, de 3 de noviembre de 2008 (NSJ027606), 10 de marzo de 2009 (NSJ030891) y 28 de marzo de 2011 (NSJ041720).

¹² La disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, ya quiso introducir, a falta de un buen funcionamiento de los procedimientos de solución de conflictos laborales extrajudicial, autónoma y, por tanto, voluntaria, un «arbitraje obligatorio». Al respecto, la doctrina laboralista coincidió en indicar sus muchas dudas sobre la constitucionalidad de una medida de ese tipo, por más que en ese tiempo se concebía como transitoria, temporal, tan solo prevista para el plazo de un año, pues en ese periodo debíamos ya contar con procedimientos negociados adecuados, en el marco del artículo 83 de la CE, para resolver los recurrentes bloqueos negociadores. Para una doble crítica, por ineficaz y por inconstitucional, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Texto y Contexto de la reforma de la negociación colectiva», en AA.VV.: *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pág. 39.

del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al artículo 91 del ET. En cuanto incuestionables órganos administrativos, aunque tengan una naturaleza de tipo consultivo, hace saltar las alarmas de inmediato, por evocar muy de cerca, aunque no sea lo mismo, por supuesto, al viejo «laudo obligatorio administrativo», cuya inconstitucionalidad fue sostenida por la STCO 11/1981. De ahí que, consciente del enorme riesgo que este tipo de previsiones corren de incurrir en inconstitucionalidad, el Gobierno justifique su opción en que se trata, «en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales».

El anterior Gobierno reformista no pudo tampoco resistirse a la tentación de imponer soluciones a los bloqueos negociadores, tratando de acabar por su cuenta y riesgo con un evidente problema, explicándolo por la grave situación económica y justificándolo por el limitado tiempo previsto, para él reducido, pero hoy todo un mundo –un año–. Pero el actual Gobierno revisionista va más allá, y aboga por soluciones de más largo alcance y, además, lo atribuye a órganos de más dudosa eficacia y constitucionalidad. En efecto, el Gobierno actual va más allá y acepta plenamente que estamos no ante un órgano de autonomía colectiva, sino ante un órgano administrativo, aún de base tripartita.¹³

En él se integra la Administración y da la cara, evidenciando que se trata de un mecanismo de «intervención pública», sí. Pero ahora este intervencionismo, contrastante con el evidenciado espíritu liberal –válido, como decimos, solo en lo individual, para dar margen al empleador, tornándose autoritarismo (no lo es la Comisión Consultiva, sino el eventual arbitraje obligatorio que pueda establecer) si se trata en embridar las resistencias de los representantes de los trabajadores–, tendría una justificación constitucional. Este fundamento residiría en el concepto de orden público económico-constitucional, entendido como «la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la CE». Esto es, el principio de rendimiento serviría de justo título para tal intervención, en detrimento de otro derecho, que tiene tanto o más fundamento constitucional, como el de autonomía colectiva –art. 37 en relación con arts. 7 y 28 CE–.

Ahora bien, es necesario recordar que la STCO 11/1981 ya advirtió de que tales mecanismos deben encontrar un marcado interés general y concurrir unas situaciones caracterizadas por factores de excepcionalidad, lo que desde luego no concurre en todos los casos de descuelgue ahora admitidos, que tienen tanto carácter defensivo cuanto «ofensivo» o preventivo. Por lo tanto, una vez más, o se hace una interpretación compatible con el modelo constitucional, corrigiendo el tenor literal de la norma, o sencillamente debería ser declarado inconstitucional. Y en este sentido, parece claro que los arbitrajes, incluso en el seno de estos órganos públicos tripartitos, pueden revelarse una buena solución a los bloqueos negociales, sí, pero en el marco de la voluntariedad de aceptación del recurso a ellos por AMBAS partes, no ya solo por una, como ahora con toda nitidez –¿y exceso?– se establece. Amén de que será poco práctico el que una regulación de intereses se imponga durante mucho tiempo en contra de la posición de la otra.

¹³ Que es un organismo administrativo, por mucha dimensión tripartita que la caracterice, lo pone de relieve la atribución al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de su Dirección General de Empleo, de un mandato para reforzar los medios que permitan a la Comisión Consultiva realizar sus funciones, siendo el papel de los interlocutores sociales tan solo el de la consulta (disps. adics. quinta y sexta RDL 3/2012). En estas normas se compromete la elaboración –en el perentorio plazo de un mes, como sucede respecto de los procedimientos de regulación de empleo– de un reglamento de regulación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

3. La reestructuración convencional: El favor por los convenios de empresa por «imperativo legal» (nuevo orden público laboral productivista)

3.1. De excepción funcional a regla general: El desbordamiento de la autonomía reguladora del convenio de empresa

Pero las limitaciones, e incluso las prohibiciones, a la soberanía ordenadora de la negociación colectiva, en aras de ese nuevo *concepto de orden público económico-laboral*, garante de un dirigismo productivista, diseñado y puesto en práctica por la reforma del ET –que sostuvo en su tiempo el inverso concepto de *orden público laboral, de signo protector*–, van más allá. Y de inmediato irrumpe abruptamente en la estructura convencional colectiva.

En efecto, de inmediato, alcanzará un cénit determinante del intento de ruptura del clásico modelo y la imposición –no hay margen a la resistencia convencional, en este espíritu de dirigismo convencional productivista de la reforma–, de otro muy diferente, ahora en el crucial aspecto de la estructura de la negociación colectiva. Aquí también el legislador es muy claro en torno a lo que quiere y cómo lo quiere. Lo que quiere tiene que ver con lo que constata –diagnostica o valora– con su particular prisma: la anterior reforma de la estructura de la negociación colectiva otorgó una prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa en una serie de materias primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. Pero habría sido anulada, como ya sucediera con la reforma de 1994, que también expresó un modelo de dirigismo intervencionista, aunque a mi juicio de menor calado, pese a las limitaciones legales y jurisprudenciales, por la autonomía colectiva.

En consecuencia, decide intervenir de modo radical, con autoridad plena, esto es, de modo autoritario, sin margen para la intervención convencional de respuesta. Y en un evidente ejercicio de su poder de imposición por real decreto-ley cree poder hacer realidad normativa y social «la efectiva descentralización de la negociación colectiva», prohibiendo la decisión autónoma en contrario. Como en otras materias, su política de revisión de la regulación salarial en una senda de devaluación global y apertura a los ámbitos organizativos singulares se lleva a cabo no ya mediante la fijación de excepciones a la regla, incluso muy amplias –como la regulación ya analizada de las cláusulas de descuelgue, incluso proactivas o preventivas–, sino convirtiendo, por encima de las vigencias puramente formales –art. 84.1 ET–, la excepción funcional en regla general –prohibición de concurrencia– misma.

El artículo 84.2 del ET es inequívoco: «*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado*». Por lo tanto, han desaparecido todas las referencias del texto anterior al «salvo pacto en contrario», que fue interpretado como un instrumento de control y «vigilancia» de la autonomía colectiva empresarial por los interlocutores sociales «centralizados» o «en la cumbre». Una suerte de «control del gran hermano» que, ahora, acordes con el espíritu liberal en todo lo que atenace a la empresa, también caería arrumbado por el dirigismo legal de la estructura convencional.

Por lo tanto, respecto del listado de materias contenido en el artículo 84.3 del ET, la referida unidad de empresa ya no queda a merced de la negociación sectorial –ni provincial, ni autonómica, ni estatal–, con lo que asume una supremacía sobre aquella, impensable hace años. A mi juicio el problema no reside en absoluto en que se abra el sistema a la negociación colectiva de empresa, como

acepta el propio II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva, sino que se haga de un modo tan pulverizado y desgobernado –desregulado–.

Cierto, esta marcada preferencia, directamente impuesta por el legislador, no supone una patente de corso para la negociación empresarial. Primero, irónica o sarcásticamente, según se mire, el Gobierno contempla claramente la relación de complementariedad entre las unidades de negociación, por cuanto permite que los convenios sectoriales del artículo 83.2 del ET puedan ampliar el listado de materias en los que exista prioridad aplicativa del convenio de la empresa respecto del convenio de sector. Una previsión ciertamente llamativa, pues será muy difícil que tales convenios contribuyan a abrir más brecha entre el modelo defendido por los interlocutores sociales y el que les impone el legislador, que solo le da margen para distribuir materias a favor de la empresa, sin poder recortarle ninguna de la larga –en lo cualitativo– lista legislativa –reserva legislativa de materias de negociación empresarial–.¹⁴

Segundo, aunque funcionalmente limitada, pues abre los convenios sectoriales a la unidad de empresa –pero solo a los «convenios de empresa», no a los «acuerdos de empresa», como se ha sostenido por algún autor– en materias muy importantes, la regla general sigue siendo la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 del ET. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la regulación no habla en ningún momento de «reserva», que sí significaría la exclusión de la regulación en ámbitos superiores –sectoriales–, sino tan solo de «prioridad aplicativa». Si la técnica de las reservas hace nulas las negociaciones sobre tales materias por otras unidades –según el art. 84.4 ET–, no sucede lo mismo con las preferencias aplicativas, que no prohíben la negociación colectiva, como mantiene la jurisprudencia mayoritaria, sino que otorga una preferencia, no en virtud de la regla de prioridad temporal sino funcional, respecto de los demás, que solo resultan inaplicables, no inválidos e ineficaces.

Para esas materias priorizadas en la empresa, los convenios sectoriales siempre tendrían la *espada de Damocles* de la negociación empresarial, sí. Pero en nuestro tejido productivo, que está poblado por millones de empresas pequeñas, difícilmente podrán conformar una unidad de negociación formalizada, que es la exigida, y sin perjuicio de que pueda ahora aflorar, mediante su formalización, una parte de la negociación empresarial informal mediante pactos o acuerdos.

Tercero, al reconocer la preferencia aplicativa también a los convenios colectivos de grupo –o de red empresarial–, es posible que estos convenios, en ciertos sectores, puedan configurarse como una vía para la racionalización y la articulación de la negociación colectiva en el conjunto de estos conglomerados.

Las razones de la reforma son ideológicamente evidentes, otra cosa es que sean luego consistentes en el plano de la racionalidad, tanto económica como social. A este respecto, queda claro que

¹⁴ En este punto la discrepancia entre el modelo unilateral y autoritario del Gobierno y el modelo autónomo de los interlocutores es manifiesta. En el **II Acuerdo Interprofesional para Empleo y la Negociación Colectiva** se establece una protección repartida para todas las unidades de negociación. Así, de un lado, el Acuerdo establece que «*los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios, por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias. Y ello sin perjuicio de otras alternativas complementarias a los convenios de empresa, como son los acuerdos o pactos de empresa suscritos por sujetos legitimados en el artículo 87.1 del ET*». De otro, sin embargo, establecía que «era necesario preservar el ámbito provincial de negociación y favorecer que tales convenios, por su proximidad a la empresa, potencien la flexibilidad que la misma necesita para adaptarse a un mercado cambiante y competitivo, además de no olvidar que es el ámbito de negociación que más cobertura facilita a empresas y trabajadores».

el Gobierno se ha dejado seducir –o se ha visto obligado– por los sectores de opinión que, avalados por ciertos estudios económicos –asumidos por organismos financieros internacionales, no por la OIT–, sostienen desde hace un larguísimo tiempo que la negociación descentralizada en materia salarial es más eficiente que otra de signo centralizado y, en cualquier caso, mejor que otro intermedio –como sería el español–. Ahora bien, ni existe una evidencia clara al respecto –por tanto, desde un estricto punto de vista científico-económico, no puede ni afirmarse con rotundidad ni desmentirse tal afirmación–, pues los estudios en esa óptica divergen, ni la experiencia de los modelos más representativos de negociación colectiva confirma ese primado de la negociación colectiva de empresa tan radical, salvo el Reino Unido. En este sentido, al contrario, lo que se constata de un estudio riguroso de la experiencia a tal fin en el panorama europeo comparado es el predominio del convenio colectivo estatal, por lo tanto, estructuras centralizadas.

Una vez más, y ya que es tan recurrente en los actuales procesos de reforma laboral, conviene recordar que países tan «solventes» y referenciales a tal fin, como son Alemania, o Suecia, o Países Bajos, ilustran bien que, al contrario, existe una centralización más cerrada que en España. Y, sin embargo, evidencian, en datos –gobernanza cuantitativa–, una mayor capacidad competitiva que nosotros, al menos según domina hoy en el debate político e institucional, aunque ya vimos que estudios franceses sí nos tienen por competitivos.¹⁵

3.2. *Los costes económicos de la reforma estructural que el Gobierno silencia y los límites jurídicos que la revisión estatutaria ignora*

En suma, el Pacto Europeo sobre el Euro no propone ningún modelo descentralizado, ni tampoco otro centralizado, respetando, como dijimos, la opción nacional. Ahora bien, lo que sí exige –manda– es abrir en esos modelos espacios de negociación que atiendan a realidades diversas –de sector, de territorio, de empresa–. La opción española por un modelo de clara descentralización desgobernada o desorganizada a nivel central –o autonómico– no viene, como se nos dice, impuesta «por Bruselas», al contrario. Por lo tanto, solo el balance nacional crítico con el actual modelo puede explicar tal cambio legislativo.

Pero, a estos efectos, el Gobierno ha realizado una lectura simplista –desarmadora en realidad– de la función histórica del convenio colectivo de sector, incluso del provincial –que son los mayoritarios en España y resultan los más incómodos, por diversos motivos, unos atendibles, otros no–, dejando a un lado tanto las ventajas del modelo que altera cuanto los costes asociados del que introduce o fomenta. Sin embargo, aquí está el error grave de diagnóstico del Gobierno revisionista del modelo legal español de negociación colectiva, por lo que su reforma no solo resulta discutible en el plano jurídico, como veremos, sino también en el plano económico. La razón reside en que ignora, deliberadamente, claro, que juristas y economistas, y las propias organizaciones empresariales, reconocen dos cosas incontestables para cualquier análisis serio y riguroso de nuestro complejo y consolidado sistema.

La primera es que la negociación colectiva de sector cumple impagables funciones de eficiencia y racionalidad económica porque evita la competencia desleal entre las empresas, sacando las condi-

¹⁵ Vid. RUESGA BENITO, S.: «La reforma laboral 2010. Una aproximación económica», en AA.VV.: *Estrategias de competitividad, mercados de trabajo y reforma laboral 2010: convergencias y divergencias*, Madrid: CEF, 2010.

ciones básicas de trabajo de la lucha por la ventaja competitiva, reduciendo, además, los costes de negociación —«costes de transacción» llaman los economistas— para las pequeñas empresas, cuya estructura de costes no les permite afrontar procesos dilatados de negociación, más si se revelan conflictivos. Por tanto, la función de garantía de estándares comunes de regulación laboral por sectores de actividad se revela como útil tanto para un modelo de básica justicia distributiva como de competencia económica racional y leal, dato básico para un modelo de mejora de la competitividad sostenible y civilizado. Cierto, en todos los países que tienen un modelo centralizado —la mayoría— se ha revelado que esta función tiene efectos distorsionadores en el actual contexto de competencia global, que exige que se atienda más de cerca la diversidad y, por tanto, el aprovechamiento de cada ventaja, o de cada singularidad, propios, específicos, así como el ajuste a la incertidumbre de mercado.

Pero para eso no hay que alterar las reglas de modo sustancial, sino propiciar un modelo mucho más articulado, diversificado, introduciendo correcciones, que permita dar respuestas muy diversas a realidades distintas, y no soluciones monolíticas.

Precisamente, la más reciente actualidad española evidencia esta opción enriquecida. Así, en el sector de *Químicas*, recientemente renovado en su convenio general, se opta por un modelo centralizado —convenio de rama nacional—, con distribución de juego regulador *solo a los convenios de empresa*. En cambio, en el *Convenio de la Construcción* —que ha recibido muy severas críticas por parte del Gobierno, hasta amenazar con su no publicación, lo que finalmente no sucederá, sin perjuicio del mecanismo de impugnación de las cláusulas ilegales por la autoridad laboral—, en el mismo tiempo, ha optado por lo contrario, por un convenio sectorial nacional y *blindaje del papel de los convenios de sector provincial*.

Por tanto, lo razonable y lo eficiente no es apostar por un modelo rígido, cerrado —ya sea a favor del sector, ya a favor de la empresa— en las materias más relevantes de regulación y las que más influyen en los ajustes de coyuntura. Al contrario, si es cierto que se persigue una mayor flexibilidad, la solución debería ser la contraria, esto es, promover —incentivos— y garantizar —límites— que existe un adecuado equilibrio entre los niveles, promoviendo o incentivando esa articulación y desincentivando lo contrario, las resistencias. Si en algún dato hay acuerdo de economistas y juristas es en el enfatizar las ventajas de la simplificación de la estructura mediante la eliminación de unidades no necesarias y, al tiempo, de la coordinación de todas ellas a través de una estrategia global y superior, exigiéndose —no mediante recomendaciones sino mediante un sistema normativo de ordenación y reparto de materias entre los diversos niveles de negociación— una justa combinación, atendiendo a cada sector, de centralización y descentralización.

En realidad, este es el modelo de estructura convencional que auspicia el varias veces referido II Acuerdo de Empleo y de Negociación Colectiva. El problema básico que se tiene hoy es que no lo ordena de un modo imperativo, sino que mantiene el carácter obligacional y, por tanto, de mera recomendación. Pero este modelo, surgido estrictamente por reacción al temor de una reforma como la que ahora se ha producido, ya a las alturas de 2001, con el anterior Gobierno del Partido Popular, difícilmente puede cumplir con los objetivos. Como se ha visto, la resistencia a cambiar lleva a un modelo más radical de reacción, de modo que ahora se impone un modelo excesivamente descentralizado y, lo que es peor, pulverizado, con lo que el rasgo típico de atomización negociadora lejos de reducirse se incrementaría. De nuevo, una reforma laboral no produciría el efecto buscado sino que perpetuaría la deficiencia.

La segunda es que, en paralelo, la reforma presenta una imagen idílica del cambio, de modo que solo encuentra ventajas en la unidad de negociación empresarial, de ahí que no acepte que ninguna otra le afecte en las materias –sobre todo salariales, que, no nos vamos a engañar a estas alturas, es lo que cuenta de verdad– que le reserva la ley. Pero no hay ni un solo economista que aporte informes serios y no controlados –pagados– por las grandes empresas y las instituciones financieras que no alerte sobre los «importantes efectos adversos asociados» al primado de los convenios de empresa en esas materias de difícil o imposible evitación, sobre todo en un país cuyo tejido productivo basado en más de un 90 por 100 en empresas con menos de 10 trabajadores y, por tanto, sin posibilidad real de crear unidades formales de negociación. Uno de ellos es que impedir que sobre los convenios de empresa se pueda llevar a cabo una ordenación desde el sector en materia salarial, a diferencia de lo que sucede respecto de la jornada máxima, llevará a un incremento significativo de la desigualdad salarial y, por tanto, al empobrecimiento relativo de un número importante de trabajadores.

El otro es que, impedida la posibilidad de los convenios sectoriales estatales de afectar de una forma razonable y articulada ni a la cuantía del salario ni a la estructura retributiva que fije cada empresa, se hace imposible ordenar una «política de rentas» para el conjunto del sistema económico que propicie la competitividad del mismo, quedando al albur de cada una de las unidades organizativas, al tiempo que se abre la veda para acudir a una regulación a la baja entre empresas, como ya sucediera con el sector de las ETT. Por lo tanto, el efecto no sería el de corregir nuestras debilidades, que las tenemos y están ya perfectamente diagnosticadas, y se conocen las buenas terapias –otra cosa es que no se han querido afrontar ni por el legislador ni por los interlocutores sociales de forma suficientemente firme–, sino el de profundizar en ellas, como es la desarticulación y la atomización caprichosa. Por lo que el sacrificio de reglas y prácticas se revelaría contraproducente.

A este respecto, es imposible no traer aquí a colación las palabras del malogrado Luis TOHARIA –gran economista del trabajo español–, que no se cansó de evidenciar, respecto de las reformas del mercado de trabajo esto: los beneficios que se asocian de un modo directo a las reformas laborales son siempre inciertos y sobre ellos no es posible arrojar evidencia empírica, pero lo que resulta completamente cierto es que todas llevan asociados *unos efectos adversos inesperados*, e incluso contraproducentes. La realidad le da la razón: las reformas de los años ochenta trajeron una extraordinaria temporalidad cuyos elevados costes, económicos y sociales, todavía estamos pagando; a principios de siglo, la facilitación del «despido exprés» generó una extrema distorsión del mercado, también con insostenibles costes que ahora hemos pagado, y que esta reforma ha eliminado, pero con otros efectos de rotación asociados, etc.

En consecuencia, si para las empresas en situación económica negativa la regulación tan abierta de las cláusulas de descuelgue resulta desproporcionada por no contener las suficientes contrapartidas, para la regulación salarial en las situaciones ordinarias o normalizadas el primado inafectable del convenio de empresa –no del acuerdo de empresa– sobre cualquier otro resulta un sacrificio excesivo para el principio de autonomía colectiva. Puesto que las declaraciones de inconstitucionalidad solo al Tribunal Constitucional competen –y para demasiados años de espera–, y dada la presunción de legitimidad y conservación de la norma legal, entiendo que es necesario que los propios Tribunales ordinarios sociales, en especial el Tribunal Supremo, a través de la nueva modalidad de recurso de unificación de doctrina en interés casacional, deberían proporcionar una interpretación correctora del tenor literal del inciso que priva a los convenios de sector de cualquier incidencia en las referidas materias.

3.3. ¿Es tan «temible» la negociación de empresa en materia salarial?: Un breve paseo por la experiencia previa

Por supuesto, no se trata en absoluto de «tener miedo» a la negociación de empresa,¹⁶ cuya utilidad está fuera de duda. Pero debe proponerse un recurso a ella racional y ordenado. En este sentido, fuera de la crítica de lo artificial que supone pretender una negociación colectiva basada en la empresa, cuando tenemos un tejido productivo asentado sobre todo en pequeñas empresas, por lo que los objetivos legales son irrealizables, irrealistas para el 90 por 100 de esas organizaciones, hay que comprobar si, en la práctica, esos efectos distorsionadores o de desigualdad salarial se cumplen, allí donde sí hay negociación empresarial –empresas de medianas dimensiones en el mejor de los casos, siendo por lo general organizaciones de mayores plantillas–. A tal fin, es claro que la llamada a la diferenciación salarial como efecto absolutamente real, constatable, queda evidenciado apenas se recorra con algún detenimiento la experiencia convencional en centenares de convenios, cuando no miles, de este tipo firmados en España –aunque apenas sean el 10% de la cobertura–. Otra cosa es que esa diversificación siempre implique una perniciosa desigualdad retributiva.

En este sentido, no cabe duda de que es en la negociación de convenios de empresa donde, en primer lugar, mayores medidas de ajuste salarial a las situaciones de crisis hallamos, de forma que es posible localizar una amplísima gama de técnicas orientadas a contener de un modo significativo los incrementos salariales en estos tiempos, con lo que se desactiva para ellas la rigidez de las cláusulas de revisión salarial unidireccionales plasmadas en los convenios sectoriales y la aún mayor rigidez interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya referida. Así, si se atiende en detalle a estas novedosas prácticas, se verá que casi en su totalidad se incorporan en convenios colectivos de empresa –por ejemplo, nos encontraremos el negativo de las cláusulas de revisión salarial, como las que prevén que no se actualicen salarios [IX Convenio Colectivo (CCo) de la empresa Schwepes, BOE de 25 de agosto de 2010]; cláusulas de revisión salarial bidireccionales, con inclusión de descuentos retributivos en caso de IPC inferior al incremento aplicado, quebrando así las resistencias jurisprudenciales (III CCo de Corporación Empresarial Roca, S.A. y Roca Sanitarios, S.A., BOE de 26 agosto de 2010; CCo de Mapfre Grupo Asegurador, BOE de 16 de noviembre de 2010), o cláusulas no solo de congelación salarial sino incluso de rebajas salariales (CCo de la Agencia EFE, S.A., BOE de 15 de octubre de 2010; VIII CCo de González Fierro, S.A., BOE de 16 de noviembre de 2010, entre decenas de este tipo)–.

En segundo lugar, será en las negociaciones de empresa donde más abundantes resulten los regímenes retributivos diferenciados, atendiendo a diversos criterios, tanto por colectivos de trabajadores cuanto por antigüedad, momentos de ingreso en la plantilla, multiplicándose las muy

¹⁶ Para un planteamiento retórico de este tipo, evidenciando su favor por la negociación descentralizada empresarial, *vid.*, por todos, MERCADER UGUINA, J.R.: «Estructura de la Negociación Colectiva y Concurrencia de Convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011» en AA.VV.: *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pág. 66. Como es natural, buen conocedor de esta materia, no deja de resaltar que «el predominio de empresas tan pequeñas hace difícil que pueda generalizarse una "auténtica" negociación a nivel empresarial...», de ahí que la concerte sobre todo en la flexibilización de las condiciones de trabajo en empresas en las que «concurran especiales causas económicas o que puedan afectar previsiblemente a su volumen de empleo», estableciendo regulaciones adecuadas «a su particular situación». Pero eso no es otra cosa, como hemos visto, que la aceptación de acuerdos colectivos de empresa cuasi generalizados y ofensivos, lo que ya prevé el artículo 82.3 del ET, como se ha dicho. Por tanto, ¿para qué incidir en remachar aún más esta vía, haciendo de la negociación de empresa una continua desestabilización convencional, cuando no es necesario ya?

polémicas «dobles escalas salariales». En este sentido, y por poner algunos ejemplos, hallaremos cláusulas de revisión bidireccionales –tanto elevan como reducen si hay desajustes entre el IPC previsto y el IPC real– que limitan la revisión a determinados grupos de trabajadores, atendiendo al nivel salarial (CCo del Grupo Proyectos Sociales de Gestión, S.A., BOE de 19 de agosto de 2010), o directamente cláusulas que diferencian el régimen retributivo, de modo que se adopta el salario de ingreso como vía para contener los salarios de forma estructural pero con repercusión distinta por colectivos, si bien utilizando el criterio como la experiencia diferente de cada colectivo (CCo de AP-1 Europistas, Concesionaria del Estado S.A.U., BOE de 8 de octubre de 2010, que prevé un nivel salarial de iniciación, durante los primeros 12 meses; XV CCo de Autopistas Concesionaria Española, S.A.U., BOE de 29 de octubre de 2010, que recoge un «nivel salarial 0» para los primeros 24 meses; CCo de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., BOE de 16 de noviembre de 2010, que establece un salario diferenciado para los trabajadores de nuevo ingreso...). Como es sabido, tales opciones quiebran un principio estricto de igualdad salarial, pero no son inconstitucionales, porque tendrían una justificación razonable –STCO 119/2002 (NSJ011058), en el célebre asunto Volkswagen; SAN de 13 de marzo de 2010 (NSJ033930), CCo de la ONCE–.

Precisamente, de nuevo hay que llamar mucho la atención sobre la jurisprudencia y la doctrina judicial que utilizan como argumento fundamental para dar mayor legitimidad a este tipo de negociaciones, que son erosivas de la función homogeneizadora de los convenios –la misión principal de los convenios de sector, según vimos–, el incorporar contrapartidas claras y concretas de creación –o mantenimiento– de empleo. En este sentido, la citada SAN de 13 de marzo de 2010 enfatiza su juicio de idoneidad sobre la concesión sindical a las pretensiones de la empresa de diferenciar los regímenes retributivos atendiendo a la mayor o menor experiencia de los trabajadores –ONCE–, porque la

«... **contraprestación negocial** otorgada por la ONCE y obtenida por el sindicato es nada menos que la creación de 1.200 contratos indefinidos, a razón de 300 por cada año de vigencia del Convenio, en un momento en el que la coyuntura económica no es favorable a ello y dando empleo masivo a trabajadores discapacitados y que, por ello, tienen mayores dificultades de colocación».

Aunque no es el único criterio, el reconocimiento efectivo de una garantía de empleo, sí es el principal utilizado para dar legitimidad a las cláusulas convencionales, mucho más polémicas que aquellas, relativas a las referidas «dobles escalas de retribución». La creación de empleo –o la conservación efectiva, real, concretada de puestos– se revela como justificación objetiva, razonable y proporcionada, en determinadas circunstancias, de la diferencia de trato y que, en otro caso, sería contraria a los principios de no discriminación y/o de igualdad. En este sentido, para las garantías de conversión de empleo temporal en fijo destacan sobre todas, siempre en el marco de la doctrina constitucional fijada por las SSTCO 119/2002 y 27/2004 (NSJ014190), respecto a la empresa MOHN, S.L.,¹⁷ la STS, 4.^a, de 14 de marzo de 2006 (NSJ036784), relativa al CCo de Nissan Motor Ibérica,

¹⁷ Sin perjuicio de las precisiones del voto particular, la STCO 27/2004 trata de evitar que el momento de ingreso en la plantilla se convierta en un factor determinante de una excesiva devaluación de las condiciones de trabajo de los contratados más noveles, por más que pueda facilitar su incorporación al empleo, pues «la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con

S.A., y la STS, 4.ª, de 19 de enero de 2010 (NSJ034225), respecto del CCo de la Compañía Logística de Hidrocarburos, CLH, S.A., que considera «reprobable la doble escala salarial», pero sí autoriza negociaciones diferentes y menos favorables en un contexto de profundas transformaciones, tanto legales –eliminación del monopolio en el ámbito de los hidrocarburos por imperativo comunitario– como organizativas, que exigen racionalización de condiciones de trabajo.

En tercer lugar, es evidente que la unidad convencional de empresa se revela como la más apropiada para la proliferación de regulaciones no ya solo de estructuras salariales de carácter variable sino también más individualizadoras, con lo que es un terreno especialmente abonado para la erosión de las bases del estatuto laboral clásico: regulación colectiva estable, relativamente uniforme y solidaria. La eficiencia retributiva a costa de la flexibilidad reguladora y su individualización se convierte en el eje fundamental de los intercambios convencionales promovidos en esta unidad, de modo que dominan, complicando y diferenciando el régimen retributivo, criterios tales como la adecuación del salario de cada trabajador –o de un grupo– a sus resultados de explotación. En esta dirección hallamos un número creciente de convenios que incorporan cláusulas retributivas vinculadas a indicadores estrictamente basados en criterios mercantiles como el célebre EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization), que marca el margen bruto de explotación antes de deducir intereses, amortizaciones, depreciaciones e impuestos (CCo de Telefónica, S.A.U., 2008-2010, BOE de 14 de octubre de 2008, VIII CCo de Unidad Editorial, S.A., BOE de 29 de mayo de 2009; o cualquier otro criterio de este tipo; Primas Variables Anuales en función del Resultado de Explotación, CCo de Saint Gobain Viscasa S.A., BOE de 23 de agosto de 2008, o los CCo en el ámbito del Grupo Lanjarón, basados en el BEX –beneficio de explotación–, BOE de 25 de agosto de 2010; entre otros centenares de convenios colectivos, pero todos de medianas o grandes empresas, e incluso de grupos empresariales). O también los que se basan en estrictos objetivos individuales o grupales (CCo de Praxair España, S.L. *et altri* del Grupo, BOE de 21 de agosto de 2008; Gemaza, BOJA de 23 de marzo de 2006), así como en la evaluación del desempeño de cada trabajador –XVII CCo de Iberia Líneas Áreas; I CCo de Alstom Transporte, S.A. (Unidad IS), BOE de 4 de abril de 2009; V CCo de Telefónica Móviles España, S.A., BOE de 31 de agosto de 2009...–, hasta llegar incluso a convenios que propician una política de retribuciones basada en la compensación total flexible o a la carta, en coherencia con la actual lógica de gestión del trabajo bajo la idea del «mercado total» y la autonomía contractual individual.¹⁸

Cualquiera que sea la opinión que se tenga al respecto, obtienen plena confirmación al menos dos datos con este paseo convencional. Primero, la negociación salarial de empresa es solo una realidad en empresas de ciertas dimensiones, por tanto, siempre tendrá coberturas minoritarias. Segundo, en todo caso, para bien o para mal, multiplica las diferencias salariales.

lo que la *diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo*». TCO *dixit*. Sin más comentarios.

¹⁸ Por ejemplo, XVII CCo de Transformación Agraria, S.A. –BOE de 11 de marzo de 2011–. Por supuesto también, cómo no, en el CCo del Sector Bancario –XXI CCo, BOE de 16 de agosto de 2007, vigente hasta 2010, existiendo un preacuerdo para el XXII, pero todavía bloqueado–. Para un análisis detenido de todas estas tendencias, con una posición global favorable, MERCADER UGUINA, J.R.: «Salarios y negociación colectiva», en AA.VV.: *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 615-634. Más ampliamente, AA.VV. (dir. J.R. MERCADER): *El contenido económico de la negociación colectiva*, Madrid: MATS, 2005.

3.4. Pese a todo... el modelo coordinado de negociación colectiva no es una opción, ni legal ni convencional, sino una necesidad

Evidenciados los límites y las contradicciones incluso, así como las irracionalidades y costes asociados a ciertos cambios, queda claro que el jurista no puede quedarse en esa dimensión crítica, sino que ha de poner de manifiesto también qué tiene margen de aceptación en el Derecho y qué no. En este sentido, a mi juicio, una reforma de este tipo, que impidiera la más mínima ordenación sectorial del entero sistema de remuneración y la cuantía salarial, implicaría un modelo de intervención o de dirigismo convencional poco compatible, si no incompatible, con el principio constitucional de autonomía colectiva, substrayéndole por completo la capacidad de influir en la regulación de una condición de trabajo fundamental para la garantía de un salario digno y para el gobierno equitativo, eficiente y legal de las relaciones laborales en España. Pero es que además, a mi juicio, no se sostiene ni jurídica ni económicamente.

Junto a la analizada regla de preferencia aplicativa –que no propiamente de reserva–¹⁹ incondicionada sectorialmente a favor del convenio colectivo de empresa, la nueva regulación conserva la regla dispositiva de reserva competencial a favor de los convenios sectoriales autonómicos –con lo que siguen excluidos los convenios sectoriales provinciales, que mantienen su situación de «jaque», aunque todavía no «mate»–, en su artículo 82.3 del ET, así como la de reserva competencial, también dispositiva para ellos, a favor de los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos estatales ex artículo 84.4 del ET. De ahí que se mantengan determinadas materias como indisponibles para cualquier otra unidad, tratándose aquí sí de auténticas reservas que prohíben negociaciones al respecto, dado su carácter de orden público.²⁰ Este listado, como se recordará, fue ampliado en parte y modificado en otra, por el Real Decreto-Ley 7/2011, que ahora se mantiene. En este sentido, se incluyen desde entonces unas materias tan importantes como la «*jornada máxima anual*», lo que es determinante para una regulación racionalizadora del tiempo de trabajo, sin perjuicio de la libertad de distribución del mismo dado al convenio de empresa, o las «*modalidades de contratación*».

Asimismo, se mantiene la referencia a la materia de la «*clasificación profesional*», cuando en la regulación anterior a 2011 solo se aludía a «*grupos profesionales*» –STS, 4.^a, de 5 de abril de 2001, (NSJ043438)–, siendo este concepto, como hemos visto, el único que hoy admite como referente para el sistema de clasificación profesional el artículo 23 del ET. En suma, asistimos a una nueva peripecia legislativa pendular, de modo que tras varios cambios legislativos, y al margen de la previsión literal estatutaria, volvemos al punto de partida antes de la primera reforma.²¹ Pero no es esta cuestión de técnica y economía legislativas la que ahora más interesa.

¹⁹ Habla de «regla de reserva... de competencia a favor del convenio de empresa» MERCADER UGUINA, J.R.: «Estructura...» *op. cit.*, pág. 100.

²⁰ *Id.*, por todas, STS, 4.^a, de 19 de julio de 2007 (NSJ043437). Por eso, considera nulas tanto las cláusulas convencionales que amplíen el listado de materias reservadas al convenio sectorial estatal, en detrimento ahora del convenio autonómico –en principio no del sectorial, pero cabría esa opción si así lo decide el convenio sectorial estatal–, cuanto las que no lo respeten. No obstante, en este segundo caso, la tesis de la invalidez –o ineficacia– de tales cláusulas invasivas y no la simple inaplicabilidad –como sí sucede respecto de las cláusulas que afecten a convenios preferentes según la regla general prohibitiva de concurrencia; STS, 4.^a, de 3 de noviembre de 2004 (NSJ039968)–, tiene menos justificación, debiéndose reclamar de la jurisprudencia una uniformidad de criterio al respecto. Recuérdese que ya la jurisprudencia rectificó su criterio en torno al alcance de la regla prohibitiva de concurrencia.

²¹ La STS, 4.^a, de 18 de diciembre de 2002 (NSJ014268) llevó a cabo una interpretación estricta, a diferencia de la STS, 4.^a, 5 de abril de 2001, de modo que concluyó que «la prohibición del artículo 84.3 deberá ser respetada, pero en sus estrictos términos; y estos vedan la negociación inferior respecto de los "grupos profesionales", pero no sobre las categorías con-

Más relevante me parece evidenciar cómo la continuidad de estos preceptos, y sin perjuicio de las contradicciones que ahora revelan las amplias excepciones funcionales a favor de la unidad de empresa, impide concluir, a mi juicio y frente a los que se orientan en un sentido muy radical en torno al impacto de la reforma en el modelo clásico de negociación colectiva española, que el modelo resultante sea el radicalmente descentralizado a favor de la negociación colectiva de empresa—signifique o no una suerte de «blanqueo» o formalización de la actual negociación informal de empresa, que en centenares de miles de nuestras empresas ni se plantearán siquiera, por sus costes de negociación y por la imposibilidad de contar con estructuras representativas—. Por más que se empeñara la ley, incluso con el beneplácito jurisprudencial en torno a la legitimidad de los modelos de orden público basado en el dirigismo convencional legal,²² ni está demostrado que el desplazamiento eventual del modelo español hacia el extremo de la descentralización resulte más eficiente en términos económicos, ni resulta operativo o realista teniendo en cuenta la estructura del tejido productivo español, basado en microempresas, que impide la generalización del modelo basado en la negociación de empresa—al estilo del Reino Unido—, ni es posible desconocer la existencia de instrumentos potentes de coordinación y articulación convencional. En consecuencia, es necesario un esfuerzo ahora de las fuentes extralegales—de la negociación colectiva (autorregulación convencional, por más que el real decreto-ley la quiera limitar respecto del listado de materias de prioridad para la unidad de empresa)—, y también de la jurisprudencia (evitando algunos errores del pasado y buscando corregir contradicciones, a fin de modernizar su propia doctrina en relación con los nuevos tiempos), para promover un modelo articulado.

A diferencia de lo que evidencia el legislador, pero no sin contradicciones, como se ha dicho, no es limitando la capacidad de gobierno por parte de la autonomía colectiva sectorial—estatal o autonómica— como se consigue mayor dinamismo convencional, sino más bien todo lo contrario, como prueba la evolución de nuestro modelo de negociación en la última década y cuyo balance es el de una extraordinaria diversidad, muy por encima de los análisis simplistas que dominan un determinado sector de opinión y que, lamentablemente, es el que ha debido influir más poderosamente en la decisión legislativa. El modelo óptimo de negociación, tanto en el plano económico—la eficiencia que tanto preocupa al legislador— como en el jurídico—equilibrio de intereses—, es el de la *descentralización organizada sectorialmente*. Para ello hay que simplificar unidades—tanto sectoriales provinciales, como empresariales, cuando no sean realmente eficientes y equilibradas—, pero no multiplicarlas—como sucede ahora con el favor hacia la unidad de empresa—, y articularlas a través de un adecuado reparto de materias, de modo que ni los centrales sean totalizadores y uniformadores, ni los descentralizados lleven a la competencia descarnada en condiciones de trabajo, o, al contrario, a vacíos reguladores, al tiempo que se precisa asegurar—el Gobierno esto sí lo hace— espacios para la negociación de nivel descentralizado.

A tales fines, es necesario tanto embridar los afanes intervencionistas del legislador, cuanto aumentar la capacidad de los interlocutores sociales de disciplinar las estrategias y conductas de las organizaciones de los niveles inferiores, sin usar y abusar, como ahora sucede—el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva es un claro ejemplo, pues en todos sus puntos recurre al modelo de recomendación, renunciando a la regulación normativa, que es la marca del modelo español, precisamente—, de lo puramente obligacional. Solo desde esta perspectiva de coordinación y articulación, que no de limi-

cretas que los integran. Y no debe olvidarse que en el propio Estatuto queda claro que grupo y categoría son dos escalones distintos de la clasificación profesional (arts. 22 y 39 del ET)». Como puede verse, por enésima vez las palabras del juez son volteadas por las del legislador.

²² Vid. SSTS, 4.ª, de 22 de septiembre de 1998 (NSJ004810), respecto del Convenio Estatal de la Madera; 17 de octubre de 2001 (NSJ010449), para el Convenio General del Sector de la Construcción; o 26 de enero de 2004 (NSJ039714) entre otras muchas.

tación, de la diversidad, es posible que la negociación colectiva, conforme a la mejor tradición europea –que, como se indicó, el Pacto por el Euro Plus no cuestiona ni exige alterar profundamente, a cambio de aceptar esas aperturas descentralizadoras, sobre todo para los descuelgues salariales–, garantice la cohesión social del sistema de relaciones laborales, por tanto la eficiente paz social, con una simultánea racionalización de la gestión del factor trabajo –evitación de competencia desleal, y cumplimiento de objetivos de competitividad, hoy irrenunciables–. Todo ello, en el objetivo común de hacer de la negociación colectiva un *buen instrumento de intercambio entre empleo y competitividad*.

El legislador ha abierto importantes vías para ello, aunque no lo parezca. Por ejemplo, en relación con temas tan relevantes como el tiempo de trabajo –máximos anuales–, como, sobre todo, la clasificación profesional.

A este respecto, merece la pena reseñar la necesidad de un sistema articulado de negociación colectiva para dar respuesta a las exigencias del artículo 22 del ET, pues a falta de una adecuación de los convenios sectoriales actuales al dictado de la ley, que reduce –de nuevo extrañamente, como se indicó– la diversidad de modelos de clasificación profesional a uno, al de grupos profesionales, es necesario encontrar mecanismos para integrar convenientemente eventuales nulidades sobrevenidas. Aunque en su momento expresé la difícil capacidad de la ley para imponer que en el plazo de un año todos los convenios basados en categorías solo, o en categorías y grupos profesionales, se ajusten al modelo legal, es evidente que no bastará con la «disidencia civil», sino que, ante la ilegalidad sobrevenida el juez debe encontrar, en caso de impugnación –bien por los empresarios, bien por la autoridad laboral, incluso por los propios trabajadores, para evitar vacíos de regulación a rellenar por el poder empresarial–, el modo de integrar la eventual nulidad parcial. A tal fin, la llamada a los convenios colectivos de ámbito superior –como se hace por ejemplo en el art. 86.3 ET– puede ser una fórmula adecuada, así como, en ausencia de convenio superior aplicable, el reclamo del viejo –pero vigente– *Acuerdo Interprofesional de Cobertura de Vacíos*, cuyos artículos 6 y 9 recogen ya el sistema de clasificación profesional basado en los grupos profesionales y áreas funcionales,²³ que son, precisamente, los reclamados por el II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva, pero sin ordenarlo prescriptivamente –como debería–. Todo ello, naturalmente, con el pleno respeto a la competencia de negociación adaptadora reconocida al convenio de empresa en esta materia.

Algo similar ocurre en relación con materias de especial relevancia, social y económica, incluidos los sistemas de remuneración, propiciando tanto una mayor racionalidad global como una más plena adherencia a las exigencias de ajustes respecto a cada situación del ciclo económico –bajando salarios en recesión, y aumentándolos en expansión–. Pese a las fuertes limitaciones introducidas en este ámbito crucial para la economía y el empleo, a favor de ajustes desorganizados, es evidente que no puede renunciarse a caminar por esta senda.

²³ Conforme al artículo 6.2 del Acuerdo Interprofesional de Cobertura de Vacíos –AICV–, la «clasificación se realizará en grupos profesionales, por interpretación y aplicación de los factores de valoración y por las tareas y funciones básicas más representativas que desarrollen los trabajadores». Pero añade que «podrán establecerse, dentro de los nuevos grupos profesionales, divisiones en áreas funcionales, a fin de ajustar la adscripción de los trabajadores a los mismos, previa la idoneidad exigible. Los trabajadores de la plantilla de la empresa estarán adscritos a los distintos grupos y, si las hubiere dentro de ellos, a las antes referidas áreas funcionales». El artículo 9 regula con detalle los diferentes grupos profesionales. Aunque cabe plantearse si esta apertura a otros conceptos respeta o no la disposición legal, es evidente que hay que escapar de una interpretación rígida de la norma legal, que sería contraria a su propio espíritu dinamizador y de incremento de la flexibilidad organizativa. Una lectura muy rígida, que condicione de modo muy estricto la autonomía colectiva, sería contraria tanto a la libertad de empresa –art. 38 CE– como a la autonomía colectiva –art. 37 CE–.

Materias reservadas al convenio sectorial (Art. 84.4 ET)	Materias preferencia convenio de empresa (Art. 84.2 ET)
Periodo de prueba (salvo para los contratos indefinidos en apoyo de emprendedores, que es de un año <i>en todo caso</i>).	
	Salarios: <ul style="list-style-type: none"> • Cuantía del salario base y complementos, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. • Abono horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
Modalidades de contratación.	Adaptación de los aspectos que el ET tiene atribuidos a los convenios de empresa, en materia de modalidades contractuales.
Clasificación profesional (que solo puede estar basada en los grupos profesionales, según el nuevo art. 23.1 ET).	Adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional por grupos profesionales ²⁹ de los trabajadores.
Jornada máxima anual.	El horario y la distribución del tiempo de trabajo (si bien, a falta de pacto de mejora, el empleador cuenta con un mínimo del 5% de la jornada para distribuirla irregularmente de forma unilateral –art. 34 ET–), el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
	Las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.
	Las demás que le atribuya el convenio sectorial.
Movilidad geográfica.	
Régimen disciplinario.	
Normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales.	

4. El resquebrajamiento del clásico régimen de eficacia normativa y general de los convenios colectivos: Modernidad y reversibilidad convencionales

4.1. La quiebra de la estabilidad reguladora del convenio: El carácter permanentemente modificable del convenio

Finalmente, había un tercer reproche por parte del Pacto Europeo por el Euro Plus y, en general, de la posición de las autoridades europeas económicas respecto del sistema de negociación colectiva

²⁴ Para las relaciones, en la anterior regulación, ahora derogada, entre el convenio de empresa y el convenio sectorial en orden al margen disponible por aquel para ordenar los «grupos profesionales», *vid.* STS de 5 de abril de 2001, rec. núm. 1326/2000, que declaró la nulidad del convenio de hostelería de Baleares.

español que el Gobierno se ha dispuesto presto a corregir mediante su real decreto-ley: la insoportable lentitud de los procesos negociadores, con una perversa tendencia a la dilatación en el tiempo y, por si faltara poco, con una cierta tendencia a enquistarse, con los dañinos bloqueos y paralizaciones sin alternativas resolutivas y equilibradas. España ha tenido siempre un modelo estático de negociación –intenso trabajo negociador, pero escasa luego la actividad de renegociación y gestión hasta el siguiente proceso, tenido a menudo varios años después, incluso de vencida su vigencia–, sin perjuicio de sus progresivas aperturas a otro más «dinámico», como sucedió con el creciente auge –hoy agotado en la práctica, pese al intento del legislador de 2010 de convertirlas en el eje del cambio– de las Comisiones Paritarias. La necesidad de apostar por un modelo más vivo, más dinámico, con mayores elementos para una gestión continuada e, incluso, para una renegociación permanente de materias atenta a las coyunturas de cada momento –sobre todo económico y de mercado–, fue afrontada de un modo muy significativo con el Real Decreto-Ley 7/2011. Si en las anteriores cuestiones el principio clásico afectado era el de negociación de favor –función distributiva–, buscando un principio distinto y más radical de rendimiento –función productiva–, ahora el principio afectado es el de vigencia estable –fuerza vinculante– de los convenios a favor de un principio de modernidad radical, esto es, de renegociación continuada y ágil de todo lo pactado, pudiendo conllevar incluso una negociación a la baja –principio de reversibilidad y ajuste–.

Como se recordará, pues aunque parece que hace mucho tiempo, realmente fue ayer, la reforma de 2011 apostó por intensificar los contenidos mínimos del convenio colectivo, hasta el punto de desfigurarlo por completo, de modo que todos garantizaran un proceso rápido de negociación, fijando reglas supletorias de tiempos máximos para ello. Asimismo, se le dieron unas funciones desorbitadas a las Comisiones Paritarias, para convertirlas en sujetos no solo de gestión convencional sino de renegociación continuada. Y se potenciaron las vías de solución extrajudicial de conflictos para evitar bloqueos negociadores, de modo que la célebre –y empresarialmente temida, y sindicalmente confortada– regla de ultraactividad, aunque se mantenía, quedara limitada en el tiempo, pero sin fijarse plazos.

Pues bien, esta reforma revisionista ha desmontado prácticamente toda esa línea de reforma, sin duda artificial, por desnaturalizar las instituciones convencionales asentadas –como las relativas a los distintos contenidos de los convenios–, y estresante, por exigir una gran variedad de plazos iniciales, intermedios y finales, que abocaba al final, sin embargo, al mismo resultado: la continuidad, terminado un largo peregrinaje de vías de solución de conflictos o de discrepancias al respecto, de la vigencia del convenio colectivo denunciado y no renegociado. En suma, un extraordinario esfuerzo regulador, con el coste de una extremada tensión en los procesos negociadores, para luego llegar al punto de partida, por lo que para ese viaje no se necesitaban tantas «alforjas», debió pensar el nuevo Gobierno. Y para conseguir el objetivo de una manera eficaz ha decidido emprender una dirección alternativa, más inmediata y más sencilla, también más drástica: ponerle un límite temporal razonable –dos años– a la vigencia de la regla de la ultraactividad (art. 86.3 ET), derogando todo lo demás (sobre todo ese descontrolado contenido mínimo, de configuración y de fondo, del art. 85 ET).

Sin embargo, el análisis específico, de cerca, de esta regulación, nos reserva una muy significativa sorpresa pues, a diferencia de lo que se ha comentado en los dos aspectos más arriba analizados –cláusula de descuelgue y prioridad de la negociación en empresa–, aquí se vuelve a un modelo legalmente promovido pero no impuesto, admitiendo alterar la expeditiva regla legal, al menos conforme al tenor literal de la norma, con un «pacto en contrario». Una fórmula que, dominante hasta la sacie-

dad en la reforma precedente, ha desaparecido casi por completo en este ámbito, ya en la versión originaria ya por la sibilina corrección de errores referida. Ahora bien, ¿se trata realmente de una opción querida por el Gobierno, que aquí sí evidenciaría respeto por la autonomía colectiva, una vez que ya ha impuesto los aspectos que más le importaban, la garantía directa por imperativo legal de un modelo de ajuste salarial continuo, incluso a la baja, o estaríamos ante una nueva precipitación legislativa, un «error», que no sorprendería viéramos revisada en otra incisiva «corrección de errores»?

Las dudas surgen porque, como veremos de inmediato, de seguirse al pie de la letra lo que se dice, y en el actual marco legal corregido o de contrarreforma, el resultado sería que, de mediar un pacto en contrario, no habría celeridad en los procesos, con plazos máximos, ni tampoco, de no resolverse la discrepancia mediante cualquier fórmula prevista para resolver tales situaciones –mediación y arbitraje–, quedaría desactivada la vigencia del convenio. Pero ¿tiene eso sentido en la lógica de la reforma revisionista? El Gobierno ha expresado en la EM su voluntad de «procurar» –por tanto ¿no ya de imponer?– una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos mediante una serie de cambios en «la aplicación en el tiempo» del convenio.

Así, de un lado, se pretende «incentivar» que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, «como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado». De otro, y para cuando ello no resulte posible por la radicalidad del conflicto, se pretende «evitar una *petrificación* de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a dos años». Veamos cómo ha desarrollado normativamente estos objetivos pues, a mi juicio, no hay coherencia entre lo que dice y lo que hace.

Ningún problema suscita el nuevo párrafo incorporado en el artículo 86.1 del ET, según el cual, durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del ET «podrán negociar su revisión». Aunque puede parecer que queda afectada la regla de la fuerza vinculante de lo pactado, alterándose la vigencia, como algunos piden, realmente no es así. La reforma, en verdad, es testimonial, solo evidencia la voluntad legislativa de que los negociadores apuesten por un modelo dinámico y no estático de negociación, manteniendo en buena medida abierta la unidad, siempre en una disposición de ser revisado. Pero queda claro que esa regla ya existía antes ínsita en el poder de autonomía colectiva y nada impedía renegociar, total o parcialmente el convenio, como ahora también prevé el artículo 86.3, párrafo segundo, conforme al tenor dado por la reforma de 2010 y que la de 2012 mantiene. Esta era, además, la posición jurisprudencial consolidada desde 1998, fecha en la que se produjo una importante apertura hacia el modelo dinámico, en detrimento del estático tradicional.²⁵

²⁵ Por todas, la STS, 4.^a, de 15 de septiembre de 2010 (NSJ038831) que recuerda su jurisprudencia favorable a modificar, vigente un convenio, sus contenidos, pues, aunque se trata de una norma temporal por definición, «ello no impide a las partes negociadoras de común acuerdo... alterar el término de vigencia pactado», introduciendo nuevas condiciones. Todo ello en aras del principio de modernidad, que permite la modificación de una norma «por acto de contrario imperio posterior...» (cita las SSTs, 4.^a, de 21 de febrero de 2000 y 30 de junio de 1998). También recuerda que, conforme a la STS, 4.^a, de 11 de julio de 2006 (NSJ042813), tal posibilidad debe actualizarse mediante convenio colectivo, y no mediante un pacto o acuerdo de empresa –como los relativos a la distribución irregular de la jornada–, sin perjuicio de que en alguna ocasión, pero «excepcionalmente», ha aceptado la modificación por un acuerdo colectivo concluido en el seno de los procedimientos de regulación de empleo, pero por darse «situaciones extremas» –STS de 21 de febrero de 2000 (NSJ007676)–.

Eso sí, debe tratarse de un convenio con todas sus formalidades y, por supuesto, con todos los sujetos legitimados para ello, por lo que ha de darse entrada también a quienes no firmando el inicial tienen legitimación para sentarse en la Comisión Negociadora –STCO 171/1993 (NSJ000491)–. Asegurada esta adecuada composición, el principio de modernidad permitiría esa negociación anticipada, incluso regresiva –SSTS, 4.ª, de 15 de septiembre de 2010 (NSJ038831), que recuerda el impacto a tal fin de la reforma de 1994–.

Ciertamente, podría pensarse que un uso excesivo de esa facultad de renegociación anticipada podría conllevar un cierto desequilibrio interno para la dinámica del convenio inicial u originario. Pero también es conocido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido minando en gran medida esta configuración clásica del convenio como unidad de transacción, sobre todo si se ha de confrontar con las exigencias legales, admitiendo integración parcial –STS, 4.ª, de 22 de septiembre de 1998 (NSJ004810) y 30 de mayo de 2011 (NSJ041750), corrigiendo una posición jurisprudencial contraria de finales de los años ochenta y mediados de los noventa–. En suma, corresponde a los sujetos sociales, a los actores de la negociación colectiva, fijar en cada momento esos equilibrios –sociales y también económicos–, máxime si con este tipo de renegociaciones se puede prevenir el riesgo de perder posiciones competitivas o de ventaja en los mercados que, a medio plazo, llevarían a «la adopción de otras (medidas) de mayor impacto, como pueden ser la aplicación de un ERE...» (STS, 4.ª, de 15 de septiembre de 2010 –NSJ038831–).

En coherencia, han desaparecido del artículo 85.3 del ET las referencias a las funciones de renegociación y adaptación como propias de las Comisiones Paritarias como contenido mínimo de los convenios. Sin entrar aquí en la mayor o menor corrección de tal opción, orientada a dar un mayor papel institucional a las Comisiones Paritarias, órgano convencional que se remonta en el tiempo –hasta la legislación franquista–, lo cierto es que aquí la regulación de reforma vuelve prácticamente al modelo anterior a 2010, abortando el intento de relanzamiento, sin duda desmedido. Ahora, de forma pendular otra vez, la regulación legal se limita a prever la necesidad de su existencia, como contenido mínimo de configuración, y una básica alusión a la posibilidad de que se le puedan asignar otras funciones –por tanto también las de renegociación y adaptación, como ha sucedido en la práctica precedente y ha sido aceptado, sin bien con condiciones, por los Tribunales– y la existencia de procedimientos no judiciales que resuelvan sus discrepancias.²⁶

4.2. *La regla de limitación temporal del régimen de ultraactividad de los convenios: ¿Qué sentido tiene el «salvo pacto en contrario»?*

Pero este dinamismo en la negociación colectiva no se puede imponer si los sujetos negociadores no colaboran.

Por eso, si se quiere «garantizar» desde la ley, o al menos si se tiene el convencimiento de estar en disposición de intentarlo, era preciso ir más allá. Y eso hizo el legislador reformista de 2011, aunque, su resultado final, haya sido prácticamente el mismo. Pero en el camino se introducían múltiples piezas reguladoras más, en un profuso marco de ordenación normativa, para tratar de reducir los

²⁶ Para un análisis detenido del cambio de modelo con la reforma de 2010, que ahora quedaría «abortado», *vid.* GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos», en AA.VV.: *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2011, págs. 111 y ss.

efectos más inerciales, pero sin eliminarla, de la regla de la ultraactividad de la vigencia de los convenios colectivos, en la línea ya asumida por un cierto número de países de nuestro entorno.

A tal fin, primero se ensanchaba hasta lo irreconocible el contenido mínimo del artículo 85.3 del ET, incluyendo, como se decía, plazos máximos para los procesos negociadores y para sus respectivas etapas intermedias. Después se acababa con la histórica distinción entre el contenido obligacional y el contenido normativo,²⁷ que había sido la base para que pudiera operar la regla de ultraactividad y a fin de eliminar ciertos factores de inercia en el sistema convencional. La vigencia ahora se relaciona con todo el contenido del convenio y no solo con el contenido normativo, salvo en relación a las cláusulas de limitación del ejercicio de la huelga, que decaen alcanzado el periodo previsto para su duración. Luego se establecían mayores facilidades para afirmar y expandir el carácter de regla estrictamente dispositiva de la ultraactividad. Así, en línea con la jurisprudencia que ya había actuado reduciendo los riesgos de petrificación de unidades convencionales a través de esta vía, como es la eliminación del blindaje que suponía la prohibición de concurrencia, que no rige cuando se produce la ultraactividad –SSTS, 4.^a, de 2 de febrero de 2004 (NSJ040758) y 30 de junio de 2009 (NSJ043412)–, se posibilitará la adaptación inmediata del convenio ultraactivo a las necesidades de la empresa o del sector, mediante su disponibilidad a acuerdos parciales –art. 86.3, párrafo segundo ET–. Y, finalmente, se introducía un mecanismo de desbloqueo de los convenios ultraactivos que permitiera, cierto que envuelto en infinidad –como toda la reforma de 2011– de «rodeos y circunloquios», una solución mediante mecanismos expeditivos: el arbitraje obligatorio. No obstante, aún podía sobrevivir la regla de la ultraactividad si todo eso resultaba fallido. En suma, tras una peripecia reguladora y procedimental de extrema confusión normativa, amplio riesgo de infringir los preceptos constitucionales y fuerte constatación social, el resultado era el mismo: «se mantendrá la vigencia del convenio» –art. 86.3, penúltimo párrafo ET/2011–.

Pues bien, un Gobierno mucho más expeditivo, convencido de las bondades de un nuevo modelo liberal, que no se frena ante ningún obstáculo que perpetúe inercias en estos procesos y paralice el dinamismo de ajuste necesario, apuntaría directamente a desmontar todo este laberinto para alcanzar de forma más directa el objetivo: someter a un plazo determinado y razonable la vigencia ultraactiva de los convenios. Pues bien, como anticipé, no ha sido estrictamente así, de modo que el Gobierno, contundente en los demás aspectos, en este o no ha querido o no ha sabido o no se ha atrevido a introducir realmente lo que sí dice haber hecho en la EM. La razón es que, pese a simplificar –correctamente– una parte del entramado, no toda, ha mantenido una espada de Damocles sobre su objetivo dinamizador.

En efecto, ha simplificado en extremo el contenido mínimo, como dijimos, devolviendo las aguas a su cauce –el contenido mínimo se identifica solo con cláusulas de configuración de la estructura y dinámica del convenio–, omitiendo cualquier regulación obligatoria de plazos máximos, salvo el del mes para la constitución de la comisión negociadora desde la recepción de la comunicación –art. 89.2 ET, que también se modifica en tal sentido–. Ha consolidado la unificación de tratamientos entre el contenido normativo y el obligacional. Por supuesto, fijada la regla de plena disposición para los sujetos negociadores de la vigencia de un convenio, correspondiéndoles a ellos en todo momento fijar los términos

²⁷ El contenido normativo comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir relaciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, y también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio, configurando las cláusulas obligacionales, que han ido creciendo notablemente estos años, como una construcción más artificial que práctica, salvo en lo que tiene que ver con la cláusula obligacional por antonomasia, la relativa a los deberes de paz laboral (STS, 4.^a, de 2 de julio de 2009 –NSJ029641–).

de la misma «*una vez denunciado y concluida la duración pactada*» –que esto es la ultra actividad, que no debe confundirse con la prórroga del convenio, pese a que los términos actuales sí incurrir en tal riesgo–, ha mantenido las aperturas del convenio ultraactivo a su renegociación parcial. Como ha continuado estableciendo, como era muy de esperar, la llamada, con las mismas elipsis y rodeos, a la solución querida para los bloqueos, «el arbitraje obligatorio» –art. 86.3, párrafo tercero *in fine* ET/2012–.

Ahora bien, y aquí está la novedad, si nada de esto funciona:

«**Transcurridos dos años** desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio dictado un laudo arbitral, aquel **perderá, salvo pacto en contrario, vigencia** y se aplicará, si lo hubiere, **el convenio colectivo de ámbito superior** que fuera de aplicación».

En definitiva, que bastará una palabra de los «temidos» interlocutores sociales, o de los sujetos negociadores, para que la palabra del legislador se vuelva, aquí, papel mojado, como la del anterior Gobierno. Por supuesto, ningún problema hay, ni de eficacia ni de legalidad –STS, 4.ª, de 16 de noviembre de 2002 (NSJ043436)–, pues la constitución atribuye a sindicatos y empresarios la búsqueda de soluciones adecuadas a este tipo de situaciones, garantizando la fuerza vinculante del convenio.

Pero, si todo depende de que no haya un «pacto en contrario», ¿en dónde queda la voluntad del nuevo Gobierno de lograr, a diferencia del anterior, soluciones inmediatas y resolutorias, pasado un razonable plazo,²⁸ como es, aquí sí, dos años?

Distintos argumentos pueden darse para explicar esta aparente contradicción, pues debe tenerse en cuenta que no hay ya plazos máximos. En este sentido, primero, es probable que el legislador haya pensado que esta cuestión ya no tiene el carácter trascendental del pasado, porque ya se ha ocupado de abrir suficientemente el convenio colectivo a la revisión anticipada –cláusulas de descuelgue ofensivas–, o ya se ha asegurado que lo convenido, en lo relevante, se ajuste a las previsiones de cada empresa –prioridad del convenio de empresa–.

Un argumento a favor de esta idea es la escasa inmediatez que ha querido infundirle a esta cuestión. Conforme a la disposición transitoria cuarta del RDL 3/2011, los convenios que ya estuvieran vencidos y denunciados entrado en vigor el real decreto-ley, empezarán a contar el referido periodo de dos años «a partir de su entrada en vigor». Por tanto, ha huido, a diferencia de otros aspectos, de soluciones expeditivas, como hubiera sido entender aplicable el precepto, lo que no hubiera planteado problemas de legalidad a mi juicio, a los convenios que estuviesen denunciados a la entrada en vigor y contando el plazo desde que se produjo tal denuncia, con lo que agilizaría los procesos de negociación pendiente, o al menos movilizaría las voluntades para acudir a los procedimientos de

²⁸ Conviene tener en cuenta, no obstante, la jurisprudencia que condiciona esta regla de la ultraactividad a la continuidad en activo de la unidad negociadora –unidad de negociación activa–, de manera que «la prórroga de estas cláusulas no impone las consecuencias *sine die*, sino que busca salvar vacíos normativos aunque sean temporales». *Vid.* STS, 4.ª, de 6 de noviembre de 1998 (NSJ006601). Sin embargo, la STS, 4.ª, de 5 de marzo de 2008 (NSJ030794), distingue, artificialmente para cierto sector doctrinal, entre «vencimiento, denuncia y prórroga de la vigencia» del convenio colectivo –en cuyo caso no hay prohibición de concurrencia–, y convenios que, una vez han visto concluida la dirección pactada, «se mantienen en vigor, por haberse pactado así expresamente» –en cuyo caso sí hay prohibición de concurrencia–. En realidad, en este supuesto también se estaría, conforme a la doctrina científica indicada, ante una situación de ultraactividad con renovación del convenio colectivo tras un periodo razonable de negociación. *Vid.* NAVARRO NIETO, F.: *La estructura de negociación colectiva*, Bomarzo, 2009, pág. 77, nota 157.

solución extrajudicial de convenios. Sin embargo, quizás con buen criterio, ha preferido no introducir una excesiva presión social al respecto.

Segundo, es posible que confíe en la capacidad de los nuevos sistemas de solución extrajudicial de conflictos, orientados hacia procedimientos más renovados y expeditivos, como el arbitraje, de presencia reducida hasta ahora en nuestra cultura sindical, a favor de la mediación y la conciliación, para resolver el problema. Aunque no lo creo, porque la experiencia de estas situaciones ya es muy dilatada en el fondo, y no lo ha resuelto.

La última hipótesis es que, como en el artículo 34 del ET, la precipitación del proceso de reforma haya llevado a incurrir en una deficiencia técnica, de modo que se colara un nuevo «salvo pacto en contrario», cuando realmente quiso decir otra cosa. Por lo que podría caber un cierto margen para su corrección, bien por una fórmula inadecuada –corrección de errores–, bien en la tramitación parlamentaria. Si al inicio de estos comentarios me inclinaba más por esta opción, hoy, tras una mayor reflexión –adquirida en el proceso de análisis y contraste con colegas de este aparente desajuste–, me inclino más por pensar que la razón más probable es la primera, la que evidencia que el Gobierno-legislador ha terminado relativizando esta cuestión, prefiriendo otras vías más contundentes menos «agresivas».

Sea como fuere, lo cierto es que hoy por hoy, la efectividad de la solución de este tema está en manos de los sujetos negociadores, que pueden evitar el traumático final de lo pactado con la inclusión de una cláusula que asegure la continuidad de la vigencia en tanto haya una efectiva renegociación, o un laudo. En cualquier caso, conviene también poner de relieve, aunque esta cuestión requiere de mayor análisis, que en aquellos casos en los que, al final, se produjese esta pérdida de vigencia y no hubiese convenio superior, no por ello se volvería sin más a la regulación básica estatutaria y al SMI. No puede ignorarse que, conforme al artículo 1.258 del Código Civil –en especial el principio de buena fe–, lo que sucedería es que las condiciones convencionales se incorporarían integrando el contenido del contrato de trabajo, por lo que el trabajador disfrutaría ahora de esas condiciones laborales no como normas convencionales –que ya no existen–, sino como de origen contractual. A falta de otra norma convencional que las sustituya y que tiene plena disponibilidad sobre su vigencia, según el principio de modernidad, no es concebible que se volatilicen y se vuelva al «ET al desnudo».

De este modo, no se produce un vacío de regulación, como vaticinan quienes, en última instancia, asumen la necesidad de eliminar esta regla de ultraactividad –en la mayor parte de los países europeos existe un plazo final de vigencia ampliada, vencido el convenio–, pero tampoco una petrificación de las condiciones, por cuanto siempre las podrá modificar el empleador hacia el futuro, si hay motivos –art. 41 ET–, y queda liberado de las mismas en las futuras contrataciones, sin perjuicio del límite que supone el principio de igualdad.

5. Valoración: Un inquietante, por ineficaz, ineficiente y dudosamente constitucional, dirigismo legislativo de la autonomía colectiva

Toda la reforma de la negociación colectiva parte de una posición de sospecha sobre su función, más como obstáculo para la productividad que como instrumento económico útil, además de su función

distributiva. De ahí la voluntad de imponerle un cambio radical respecto de ciertas reglas y prácticas, a fin de garantizar los cambios, y no dejarlos a la libertad negocial, salvo en determinados ámbitos, como acabamos de analizar. Ahora se busca hacer disponible lo convenido en todo momento, tanto para los sujetos negociadores como para el acuerdo de empresa –descuelgue–, pues se está convencido de que la descentralización convencional facilita una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores. No hay duda de que algunos aspectos pueden ser positivos y por tanto no debería demonizarse de una forma global.

Ahora bien, sí se han introducido reformas que pueden desestabilizar el actual modelo, que ha tenido –y tiene– también aspectos muy positivos, como la amplísima cobertura convencional, pese a ser un país con un tejido empresarial basado en pequeñas empresas, que no tienen capacidad, ni normativa ni económica, ni social, para promover auténticas unidades de negociación, así como la garantía de una cierta función distributiva, en un contexto de muy bajos salarios y pérdida de capacidad adquisitiva. Como se indicó, no hay problemas de verdad en los costes laborales unitarios, pues son de los más bajos de Europa, como dicen estudios franceses –y no creo que sean sospechosos de exagerar nuestras bondades–.

Cierto que tenemos ciertos déficits que hay que corregir, como ese comportamiento de rigidez salarial, de modo que crecen menos los salarios en época de «vacas gordas», que en época de «vacas flacas». Pero las anomalías no se corrigen «a cañonazos», tampoco con medidas melifluas –ni legales ni convencionales–. El legislador debe convencerse de que tiene un importante espacio de intervención, pese a las resistencias de los interlocutores sociales en orden a reservar este espacio para sí.

Del mismo modo, los interlocutores sociales deben ser conscientes de que vivimos un nuevo tiempo en el que la conservación sustancial del modelo no pasa por blindajes de «brocha gorda», negándose a abrir espacios de descentralización a través de vías normativas, esto es, de reglas de conducta y de procedimientos efectivos, y no ya solo con vagas referencias a preferencias, recomendaciones o sugerencias, con la cláusula de estilo de «con respeto a la autonomía colectiva» –de nivel inferior–. Debe ser capaz de dar un marco adecuado para afrontar los nuevos problemas y concretar –repartir– qué materias y qué reglas corresponden a cada unidad.

Pero si no lo hace, el legislador no puede creer que todo lo que querría puede hacerlo, al menos en un Estado Social de Derecho, en el que la autonomía colectiva es un derecho básico, de rango fundamental. Por tanto, debe persuadir, orientar, incentivar a los interlocutores sociales para que tomen las decisiones más acordes con los necesarios equilibrios, tanto en el plano macroeconómico –inflación, productividad, competencia leal– como social –cohesión, capacidad adquisitiva–. En suma, si es cierto que la negociación colectiva no tiene reservado un espacio propio de regulación, admitiendo el primado y la libertad de actuación del legislador, no menos cierto es que este peca de ingenuidad, cuando menos, si cree que imponiendo las reglas a los actores ya por ello va a conseguir que se conviertan en prácticas. El legislador puede, y debe, favorecer unas y otras, pero solo el compromiso de los sujetos negociadores las hará realidad.

VII. EL REPARTO DE «SACRIFICIOS» ENTRE LOS «EMPLEADOS DIRECTIVOS»: ¿EN BUSCA DE UN «SISTEMA JUSTO» O DE «CORTINAS DE HUMO» MEDIÁTICAS?

Sumario

1. Más allá de la «mano de ética» en la economía: Restricciones retributivas para los directivos de entidades financieras y el «efecto Mateo».
2. Las especialidades de los contratos de directivos en el sector público: entre el control de los abusos y la reducción del déficit público.

VII. EL REPARTO DE «SACRIFICIOS» ENTRE LOS «EMPLEADOS DIRECTIVOS»: ¿EN BUSCA DE UN «SISTEMA JUSTO» O DE «CORTINAS DE HUMO» MEDIÁTICAS?

1. Más allá de la «mano de ética» en la economía: Restricciones retributivas para los directivos de entidades financieras y el «efecto Mateo»

Aunque ahora ya el debate se centra interesadamente en las «terapias» para salir de la crisis, que quedan erráticamente localizadas prácticamente solo en dos tipos de políticas de duros ajustes –reducción del déficit público (lo que se llama, de modo eufemístico, «consolidación fiscal») y devaluación de las condiciones de trabajo (lo que no menos eufemísticamente se llama «reforma laboral»)–, es muy difícil olvidar las «causas» de esta sangrante crisis y quiénes son sus principales «actores»: las generalizadas «malas prácticas» de una economía especulativa, alejada de la producción de bienes y servicios productivos, y entregada a la fascinación de los juegos de casino. El extraordinario poder acumulado por los mercados financieros y el sistema bancario, pese a depender en extremo este último del compromiso de «salvamento público», ha llevado a disolver el verdadero origen del problema para centrarlo en las soluciones más fáciles, aun ya demostradas erróneas –la primera, la reducción del déficit fiscal ha llevado directamente a una nueva recesión a toda Europa, incluida la todopoderosa, pero no menos dependiente, Alemania; la segunda, está llevando a una depauperación muy profunda de los trabajadores, haciendo caer el consumo y, por tanto, la producción, generando más desempleo, lo contrario de lo que se dice perseguir con la reforma laboral–. Sin embargo, en parte por la necesidad de poner límites ante situaciones de extremo peligro para la sostenibilidad del sistema –que puede ser depredado por completo si no se le ponen bridas mínimas al ansia de poder sin límite de la economía financiera– y en parte por la conveniencia de no avivar la hoguera del conflicto social generalizado ante las injusticias de un modelo de respuesta a la crisis tan desigual –que convierte a los responsables en «beneficiarios», y a las víctimas en «responsables a disciplinar»–,¹ los Gobiernos han decidido apostar por un cierto reparto de «sacrificios retributivos», afectando también a quienes se han beneficiado de las situaciones, precedentes a la crisis y en el contexto mismo de la crisis: los directivos de las entidades financieras.

¹ Esta profunda contradicción –una auténtica antinomia jurídica– no es más que la expresión de un fenómeno más general y radical derivado de la globalización, que no es otro que la «privatización del Estado providencia» y su principio de «socialización a la inversa» –redistribución de recursos desde el trabajo al capital, a diferencia del Estado de bienestar clásico–. En este sentido, está bien traída la metáfora de los «bomberos pirómanos que riegan con gasolina un motor al que prendieron fuego con la esperanza de verlo arrancar de nuevo». *Vid.* SUPLOT, A.: *op. cit.*, pág. 96.

No deja de ser llamativo que el anterior Gobierno no llevara a cabo ninguna actuación directa en tal sentido, pese a amagar varias veces al respecto –como otros Gobiernos, tanto de la UE como de EE.UU.–, y si lo intentó hacer el actual, lo que sin duda debe ser valorado de un modo muy positivo, al margen de la eficacia concreta de las medidas, algunas muy tímidas, que se toman al respecto. En esta dirección de promover una política de corrección de tales prácticas abusivas no ya desde los «juicios morales» sino desde la técnica jurídica, en particular respecto de las escandalosas retribuciones –en sentido amplio: salarios, indemnizaciones, pensiones– de los directivos de tales entidades, la primera pieza legislativa ha sido el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero. No es casual que ese real decreto-ley de reforma financiera, que incorporaba una importante regulación restrictiva de las políticas retributivas de tales entidades cuando tengan algún tipo de apoyo público, se aprobara inmediatamente antes que el real decreto-ley de reforma laboral, pues con ello se quiere difundir esa imagen de «redistribución justa de los sacrificios».

Pues bien, en una misma línea de limitaciones y desactivación de los formidables blindajes retributivos de quienes más han contribuido a esta formidable crisis, los directivos de las entidades financieras, la disposición adicional séptima del RDL 3/2012 trata de formalizar en términos jurídicos algo de «ética en la economía», y establece un régimen singular de la suspensión y extinción de los contratos en este sector para el ejercicio del cargo de administrador y/o alto directivo. A este respecto, conviene tener en cuenta que a menudo las cúpulas dirigentes de este tipo de entidades –pero también de otras grandes empresas– instrumentaron a su servicio técnicas de remuneración sociolaboral (contratos de trabajo, no ya solo de altos directivos, sino incluso de trabajo ordinario; formas de retribución accionarial, pensiones suplementarias, indemnizaciones de ruptura), garantizándose –blindándose– unas remuneraciones de vértigo incluso para élites profesionales, aun cuando llevaran directamente sus empresas al borde de la quiebra, o directamente a la ruina. En estos días asistimos a la «personificación» de estas contradicciones, al poblarse los medios de comunicación de casos en los que se pretende usar la lógica protectora del Derecho del Trabajo –con la calificación jurídica de improcedentes de los despidos de directivos/as de estas entidades– y de reparto de solidaridad del Derecho de la Seguridad Social –protección por desempleo– para prestar la mayor cobertura posible a estos desmanes.²

Estamos ante la multiplicación conocida como «efecto Mateo», en referencia a un famoso versículo del Evangelio según San Mateo que remata la «parábola de los talentos» y que puede sintetizarse del siguiente modo: *«Porque todo a quien tiene le será dado, y vivirá en la abundancia, pero al que no tiene se le quitará aun lo que tiene, y vivirá entre llanto y crujir de dientes»* (Mat. 25:14-30). Una parábola bíblica, por cierto, que ya evidencia la fe (ciega) en los «banqueros» («Dad mi dinero a los banqueros, y cobraré los intereses», decía la parábola, sin duda ajena a la evolución posmoderna, en la que la entrega de dinero a los banqueros no solo no garantiza el interés, sino que

² Aunque no es el único, el más reciente y mediático está siendo el juicio, ya «visto para sentencia» en el Juzgado de lo Social número 4 de Alicante, por el despido de la ex directora general de la Caja del Mediterráneo (CAM). La representación legal de la actora ha pedido que el despido sea declarado improcedente, pretensión que se acompaña, además, de la solicitud de una indemnización por ruptura de 10 millones de euros. Jurídicamente, se encuentra en una situación legal de desempleo. La larga secuencia de decisiones y situaciones jurídicas se puede seguir en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/24/alicante/1330102260.html>. El mismo problema hallamos en otros ámbitos, no menos escabrosos, como el de la Sociedad General de Autores Españoles –SGAE–. Aquí el expresidente demanda también por vía de la jurisdicción social una indemnización de casi dos millones de euros, estando dispuestos a reconocerle los actuales directivos casi 700.000 euros, dependiendo de que se vincule o no la situación a un contrato de alta dirección y de que se califique su renuncia como despido improcedente o dimisión. <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/25/cultura/1330169261.html>

ni tan siquiera recuperar el capital), y la desconfianza en el «siervo» que no es rentable para su «amo» —«siervo perezoso e inútil, echadle a las tinieblas de afuera»—. Es evidente que se usa en sentido metafórico, pero muy expresivo. Si en la «norma bíblica» se habla principalmente sobre «la retribución en el otro mundo: el que se enriquecía espiritualmente en este mundo, recibirá aún más en la otra vida, pero el perezoso perderá lo poco que poseía», con la privatización del «Estado providencia» lo que se pone de relieve es la concentración de beneficios en quienes menos necesidad tienen, instrumentando a la inversa las lógicas protectoras del derecho social —laboral, seguridad social—, que lejos de corregir refuerza el blindaje que aporta la autonomía privada del Derecho mercantil.³

En este contexto de decadencia de la función financiera —también de la función directiva pública, como veremos—, a través de abusos sistemáticos de los sistemas retributivos, sin contrapartidas en términos de eficiencia y progreso de sus entidades, el RDL 3/2012, de un lado, amplía las causas de suspensión de sus contratos, y, de otro, las causas de extinción de los mismos —por imposición de sanciones, sean o no laborales sus contratos—, reduciendo notablemente sus cuantías. Este control sería la contrapartida a la aportación, al mismo tiempo, de ingentes recursos públicos para su saneamiento, pues se trata de entidades «participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria» —FROB—. Estas no podrán satisfacer en ningún caso indemnizaciones por terminación de contrato que excedan de la menor de las siguientes cuantías:

- Dos veces las bases máximas resultantes, respectivamente, de las reglas 3.^a y 4.^a del artículo 5.3 a) del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; o
- Dos años de la remuneración fija estipulada.

En los supuestos de extinción del contrato por sanción, las personas que ejerzan cargos de administración o dirección en una entidad de crédito no tendrán derecho a indemnización, cualquiera que sea su cuantía o su forma. Esta privación del derecho se establece con independencia de la norma jurídica, contrato, acuerdo o pacto laboral individual o de origen colectivo y contrato, acuerdo o pacto, civil o mercantil, que recoja la indemnización.

Por lo que hace a la suspensión, el contrato de trabajo o de cualquier otra naturaleza, de las personas que ejerzan cargos de administración o dirección en una entidad de crédito, podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a) Cuando, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se disponga la suspensión provisional de las personas que, ostentando cargos de administración o dirección en la entidad de crédito, aparezcan como presuntos responsables de infracciones muy graves.

³ «Una de las novedades de la economía... de mercado reside en la aparición de una oligarquía que tiene la posibilidad de beneficiarse plenamente de los mecanismos de solidaridad sin tener que contribuir a ellos en proporción a sus rentas. Lejos de hacer desaparecer las instituciones basadas en la solidaridad, las reformas ultraliberales facilitaron su depredación». *Vid. SUPLOT, A.: op. cit., pág. 52.*

- b) Cuando, en los supuestos previstos en los párrafos c) y d) del artículo 7.1 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, el Banco de España acuerde la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad de crédito.

La suspensión del contrato tendrá la misma duración que la suspensión o la sustitución provisional acordadas. Como supuesto de suspensión que es supondrá la exoneración recíproca de las obligaciones de prestar servicios y de remunerarlos. Vemos de este modo un tratamiento idéntico entre la legislación laboral y la legislación mercantil. En el fondo de este tipo de normas está el poder disponer de instrumentos que permitan reaccionar mejor y antes frente a situaciones, muy extendidas en los últimos años, en las que, como ahora ha constatado el Banco de España respecto de la CAM, se detectan evidencias de actuaciones por parte de los órganos de administración y control de la entidad para **conseguir mayores retribuciones que las estatutariamente establecidas** y, en caso de los directivos, de maximizar sus retribuciones y jubilaciones. Entre otras técnicas fraudulentas, estaría incluso el recurso abusivo a las formas de relación laboral, cuando a menudo no concurrían los presupuestos legales.

Así, en un reciente informe se concluye que «del sistema retributivo de la alta dirección de la CAM se puede concluir que en la actuación de la caja hay una apariencia de legalidad en las retribuciones establecidas, pero se hace un uso excesivo de la relación laboral ordinaria».⁴

2. Las especialidades de los contratos de directivos en el sector público: Entre el control de los abusos y la reducción del déficit público

No parece que al mismo nivel, pero también en la función directiva del sector público, sobre todo en las empresas públicas, se habrían venido cometiendo notables abusos. El sector público está en el ojo del huracán, al responsabilizarse, con gran injusticia –al igual que al resto de trabajadores–, de la situación del déficit público. Por eso el real decreto-ley guarda algunas andanadas contra los empleados públicos, a los que hace tan vulnerables o más a las reestructuraciones. La desestabilización del empleado público laboral, que pese a no gozar del «privilegio de inamovilidad» del funcionario público ha estado más protegido por un estatuto de seguridad real una vez alcanzada la «fijeza» –se gana por concurso u oposición, «no a dedo»–, es máxima al dejarlos al albur de los ERE, esto es, los procedimientos de regulación de empleo, solo extintivos no ya suspensivos, y sin la autorización administrativa –disp. adic. segunda RDL 3/2012–. En esta perspectiva, como se vio, el real decreto-ley adopta un enfoque sesgado.

Sin embargo, es manifiesto que existen también prácticas muy viciadas en este ámbito, y especialmente en las cúpulas de una miríada de entidades creadas por las más diversas Administraciones públicas

⁴ Entre otros extremos, constata que «13 directivos se han beneficiado de una previsión social complementaria por importe conjunto de 31,6 millones de euros, antes de que la entidad alicantina fuera intervenida por el Banco de España el pasado 22 de julio por su delicada situación de solvencia y de liquidez». *Vid.* la síntesis del informe del Banco de España presentado a la Audiencia Nacional y a requerimiento de la misma de información sobre «las irregularidades e incumplimientos de la normativa bancaria y mercantil cometidos por los anteriores responsables de la CAM», disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/22/economia/1329934216.html>.

a fin de escapar de la rigidez del Derecho Administrativo, conformando una suerte de «administración paralela ordenada por el derecho privado», sea laboral sea mercantil. La conversión –casi apostolado– de los dirigentes públicos a los «valores de la gestión mercantil» –teorizado bajo el nombre de «Nueva Gestión Pública» («*New Public Management*»–), que ha permitido liberarse de parte de las cargas públicas, pero manteniendo notables prerrogativas, debilita los servicios públicos multiplicando al tiempo las posiciones de estatus privilegiados, orientados a maximizar los beneficios individuales de quienes dirigen los nuevos entes, muchos organizados en el modelo de las empresas del sector mercantil.⁵

Por eso, la parte dedicada, en el ámbito de las llamadas «disposiciones extravagantes» de la norma, a controlar y restringir las estructuras retributivas –incluyendo las indemnizaciones (cláusulas de blindaje)– del personal directivo del sector público, encierra tanto una voluntad de reducción del déficit público como de eliminación de abusos, por lo que en esta dimensión merecen también un juicio favorable.

Así aparece en la disposición adicional octava, dedicada a las «especialidades en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público», eso sí, de momento solo el estatal, porque no tiene carácter básico. Afecta, pues, al sector formado por las entidades previstas en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a excepción, únicamente, de las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados a los que se refiere la letra d) del mismo artículo –introducido por Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009–. Por tanto, la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales, consorcios públicos, fundaciones públicas y demás entes de derecho público.

Afecta a tres grupos de condiciones básicas. A saber:

a) Retribuciones.

Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección del sector público estatal se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias. Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado, por razón del grupo de clasificación en que resulte catalogada la entidad por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de esta o, en su caso, por el accionista.

Las retribuciones complementarias comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos. Estos complementos serán asignados por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad o, en su caso, por el accionista. Este régimen será de aplicación a las

⁵ Para las implicaciones complejas de este modelo *vid.* el estudio al respecto en *Gestión y Política Pública*, n.º 3, 2005, <http://observatoriodepolitica.com/avances/wp-content/uploads/2011/06/16.pdf>

sociedades mercantiles estatales. Para el resto de entes sometidos al ámbito de aplicación de esta disposición se estará «al desarrollo que apruebe el Gobierno, de conformidad con lo establecido en el apartado seis».⁶

b) Las indemnizaciones por extinción (eliminación de las cláusulas de blindaje).

La extinción, por desistimiento del empresario, de los contratos mercantiles y de alta dirección, cualquiera que sea la fecha de su celebración, del personal que preste servicios en el sector público estatal, únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades.

El cálculo de la indemnización se hará teniendo en cuenta la retribución anual en metálico que en el momento de la extinción se estuviera percibiendo como retribución fija íntegra y total. Por supuesto, se excluyen los incentivos o complementos de carácter variable, si los hubiere, pues suelen tener una dimensión muy significativa.

En determinados casos, no ya se restringe el *quantum* indemnizatorio, sino que se excluye. Así, se prevé que no tenga derecho a indemnización alguna la persona, cuyo contrato, mercantil o de alta dirección, se extinga por desistimiento del empresario, y tenga la condición de funcionario de carrera –del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales–, o sea empleado de entidad integrante del sector público –estatal, autonómico o local– con reserva de puesto de trabajo. Es decir, parece claro que quiere acabar con el peregrinaje actual entre entes públicos diversos pero conectados, previo «llenado con dineros públicos de las alforjas en el tránsito, simplemente porque yo lo valgo». Por ejemplo, un colectivo que se verá afectado es el de «Técnicos Comerciales del Estado» –o Abogados del Estado (parece una cierta *vendetta* de la presidenta respecto de su colectivo)– que solían ser reclutados por su alta cualificación con un contrato –o varios sucesivos– de alta dirección por empresas públicas.

El desistimiento deberá ser comunicado por escrito, con un plazo máximo de antelación de 15 días naturales. En caso de incumplimiento del preaviso mencionado, la entidad deberá indemnizar con una cuantía equivalente a la retribución correspondiente al periodo de preaviso incumplido.

c) Control de legalidad reforzado.

Estos contratos se someterán, antes de formalizarse, al informe previo de la Abogacía del Estado u órgano que preste el asesoramiento jurídico del organismo que ejerza el control o supervisión financiera de la entidad del sector público, o, en su caso, del accionista, que pretenda contratar al máximo responsable o directivo. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas de los contratos mercantiles o de alta dirección que se opongan a lo establecido en esta regulación imperativa o de *orden público económico contractual*.

A fin de que estas previsiones legislativas no sean papel mojado, como otras que figuran con un alcance general a lo largo de una normativa de controles públicos tan intensa o abundante como inocua,

⁶ Desarrollo efectuado por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (BOE de 6 de marzo de 2012).

al menos para los que ocupan posiciones más elevadas, se establecen mandatos directos a los órganos que ejerzan el control o supervisión financiera de estas entidades. A ellos corresponde adoptar las medidas precisas –pero no se precisan, ni siquiera a título orientador– para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en esta disposición legal en la celebración y formalización de los contratos mencionados. Estos mecanismos de garantía deben ser adicionales al sistema tradicional de responsabilidades civiles, administrativas, contables o de cualquier otra índole en que pudieran incurrir en caso de incumplimiento. Esta última cláusula abre la vía a la «responsabilidad penal», que en estos días ha aparecido, una vez más, en el debate político y mediático, al sugerirse desde ciertos integrantes del Gobierno el exigir responsabilidades de este tipo incluso para quienes gestionen con apartamiento de las reglas del «buen gestor» que quieren establecerse en el marco de la estabilidad presupuestaria como principio básico de gestión pública –equivalente al principio de eficiencia del sector privado–.

En todo caso, debe recordarse que el informe referido no es vinculante, aunque las cláusulas contrarias a la ley serán nulas. Por lo tanto, podría ponerse freno a las prácticas fraudulentas que suponen celebrar un contrato de alta dirección a sabiendas de que sus retribuciones son ilegales, pero contando con la posición de la jurisdicción social favorable a liberar al «inocente» directivo de tal irregularidad administrativa, pues el «trabajador» no tiene por qué soportar los errores en la celebración de su contrato (¡«qué pena»!).

Esta disposición será de aplicación a los contratos mercantiles o de alta dirección firmados con anterioridad a su entrada en vigor, cuyo contenido deberá ser adaptado a los términos establecidos en esta disposición adicional en el plazo de dos meses a contar desde su entrada en vigor –eficacia retroactiva–. Las indemnizaciones por extinción del contrato, cualquiera que fuera la fecha de su celebración, se regirán por esta disposición.

En suma, estas modificaciones legales del régimen retributivo e indemnizatorio pretenden ser un instrumento de prevención, y no ya solo de corrección, de los abusos de los contratos de alta dirección en el sector público, también extendidos estos años de «cultura de pelotazos». Sin embargo, llama la atención que otras profundas contradicciones en esta materia permanezcan invariadas y haya notables resistencias de los partidos mayoritarios a su revisión –por ejemplo: los expresidentes del Gobierno, aun no ejerciendo actividad privada, ganan el doble en esta condición que siendo presidentes–.

VIII. LA «INSOPORTABLE LEVEDAD DEL SER»: REFORMAS DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Sumario

1. El vínculo indisoluble, «en lo bueno y en lo malo», entre lo sustantivo y lo procesal en las relaciones de trabajo.
2. Los reajustes en materia de competencia a raíz de la eliminación de las autorizaciones administrativas de regulación de empleo.
3. Ajustes en la modalidad procesal especial para la acción relativa a los despidos individuales: La regulación de los efectos.
4. Nueva modalidad procesal para las impugnaciones colectivas de los despidos colectivos: ¿Resucitando a otro «muerto», la nulidad por despido fraudulento?
5. Las reformas en las modalidades procesales relativas a la flexibilidad interna: Individuales y colectivas.
6. El efecto indirecto de la reforma en los procedimientos de oficio.

VIII. LA «INSOPORTABLE LEVEDAD DEL SER»: REFORMAS DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

1. El vínculo indisoluble, «en lo bueno y en lo malo», entre lo sustantivo y lo procesal en las relaciones de trabajo

Que el Gobierno-legislador no estaba dispuesto a respetar ningún edificio laboral, por nuevo y moderno que fuese, en su labor de revisión de los cimientos de todos ellos –en unos casos para demolerlos, en otros para reconstruirlos–, lo prueba el que haya introducido también cambios de cierta magnitud en una ley aprobada por unanimidad apenas hace tres meses y que entró en vigor a mediados de diciembre. Como es conocido, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social supuso un cambio profundo en la ordenación del orden jurisdiccional social y de su proceso, entrando en vigor el 12 de diciembre de 2011. Por lo tanto, en las materias referidas a la reforma ni siquiera ha habido tiempo de estrenar de modo significativo las nuevas competencias del orden social, sobre todo en relación con las autorizaciones, antes en conocimiento del contencioso-administrativo.

Desaparecida la autorización en los procedimientos de regulación de empleo era claro que se necesitaba introducir algunas reformas de ajuste o de coherencia en la LRJS, si bien la dimensión que se les ha dado a los cambios, aprovechando la modificación sustantiva, va más allá de lo exigido. En todo caso, la necesidad de adaptación del tratamiento procesal de dichas instituciones ha llevado a crear una nueva modalidad procesal para el despido colectivo, cuya regulación persigue evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva –nuevo art. 124 LRJS–, al tiempo que se han suprimido apartados de otros preceptos que se referían a la autorización administrativa, objeto de conocimiento judicial a través del novedoso proceso contencioso laboral instaurado por los artículos 152-153 de la LRJS.

Asimismo, ha sido necesario introducir ajustes en otras modalidades procesales, como son las relativas a la suspensión y reducción de jornada de trabajo, en el ámbito regulador de la flexibilidad interna, y de la propia de los despidos, dada la revolución introducida en el régimen de sus consecuencias, sobre todo con la eliminación de los salarios de tramitación y la reducción de las indemnizaciones por despido improcedente. Por su parte, la impugnación individual de la extinción del contrato en el marco de un despido colectivo, que será atribuida a los Juzgados de lo Social, seguirá

el cauce previsto para las extinciones por causas objetivas, con lo que se desagrega la modalidad procesal a seguir atendiendo a la dimensión individual o colectiva de la acción.

2. Los reajustes en materia de competencia a raíz de la eliminación de las autorizaciones administrativas de regulación de empleo

Uno de los cambios más esperados de la LRJS era la culminación de un larguísimo periodo de «pendencia» o provisionalidad del proceso de atribución del control jurisdiccional de los ERE al orden social, dejando el ámbito contencioso-administrativo y, por tanto, dando lugar a la ansiada unificación de competencias en torno al control de las reestructuraciones de empleo. Pero lo que mucho tardó en llegar, apenas ha durado un suspiro. En este sentido, la primera modificación relevante de la LRJS la encontramos tempranamente, ya en su artículo 2, pues es evidente que la supresión de la autorización administrativa exige eliminar de la competencia judicial un acto administrativo que a partir de la entrada en vigor del real decreto-ley no existe. La letra n) del artículo 2 de la LRJS omite ya esta referencia. Ahora, la decisión ya no es de tipo administrativo sino privado –empresarial–, por lo que a partir de esa mutación se precisan otras de coherencia con tal opción legislativa liberal. En este sentido, el ámbito más afectado por la reforma será el relativo a las «modalidades procesales», pues la acción sale del campo del también novedoso «proceso contencioso laboral» –por eso se deroga el art. 151.11 LRJS–, para entrar de lleno bien en el ámbito de otras modalidades ya existentes –si se trata de decisiones de suspensión y reducción se resuelve por la modalidad específica prevista a tal fin (para las impugnaciones individuales es la del art. 138 LRJS y para las colectivas la del art. 153 y ss. LRJS)–, bien en el ámbito de la nueva modalidad procesal del artículo 124 de la LRJS –si son extintivas–.

La segunda novedad, también de estricta coherencia y dentro de este ámbito, está en la letra a) del artículo 6.2 de la LRJS, relativo a la competencia de los jueces de lo social en única instancia de los actos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos adoptados por los órganos inferiores al de Ministro o Secretario de Estado. Antes del RDL 3/2012 se establecía la excepción de los ERE, lo que ahora no tiene sentido –de ahí que ya no aparezca–, al eliminarse tal autorización. Debe tenerse en cuenta que la impugnación individual de la extinción del contrato en el marco de un despido colectivo se atribuye a los Juzgados de lo Social, por el cauce previsto para las extinciones por causas objetivas, por lo que al respecto las especialidades se referirán a la tramitación. Pero lo que sí se modifican son los artículos 7 a) de la LRJS, sobre competencias en única instancia de los Tribunales Superiores de Justicia, y 8.1, sobre competencias en única instancia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, para incluir el conocimiento a tales órganos de los procesos de despido colectivo impugnados por parte de los representantes de los trabajadores de conformidad con la nueva modalidad del artículo 124 (apdos. 1 a 10), según afecten tales despidos a un ámbito territorial coincidente con la comunidad autónoma –Tribunales Superiores– o superior –Audiencia Nacional–.

Aprovecha el legislador la reforma, además, para introducir un nuevo apartado, el e), en el artículo 7, para especificar la competencia del Tribunal Superior de Justicia en orden al conocimiento del recurso de suplicación que pueda plantearse contra los autos de los jueces de lo mercantil previstos en los artículos 64.8 y 197.8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Estos preceptos hacen referencia, como es sabido, a los autos decisorios de los procedimientos de regulación de empleo previstos

en el artículo 64 de la Ley Concursal, y que también han experimentado cambios relevantes, sobre todo para que se produjera una mayor convergencia entre la reforma laboral y la concursal. Con ello se regula de modo coherente sendas reformas, la jurisdiccional y la concursal –Ley 38/2011, de 10 de octubre–.

3. Ajustes en la modalidad procesal especial para la acción relativa a los despidos individuales: La regulación de los efectos

El segundo bloque de reformas se refiere principalmente a introducir una regulación procesal también coherente con los cambios sustantivos en relación con los despidos de carácter individual, ya en general a los improcedentes, sobre todo en relación con recoger la eliminación de los salarios de tramitación, cuanto respecto de los despidos económicos individuales, que han de tramitarse por la modalidad especial extintiva, pero con especialidades –art. 124.11 LRJS–. Desde esta perspectiva, en el primer plano, referido a los efectos que tiene para el empleador la improcedencia del despido, se realiza una importante labor de reforma, dando al traste con alguna novedad importante de la LRJS, en especial respecto del vapuleado «despido exprés». En efecto, siguiendo lo previsto en el también ya derogado artículo 56.2 del ET, el nuevo artículo 105.3 de la LRJS determinaba que el empleador que reconociese la improcedencia en la carta de despido –o en otro momento posterior– quedará vinculado a tal reconocimiento. Por tanto: (a) «ni podrá alterar esta calificación» –regla primera–, tampoco (b) «el importe reconocido» –regla segunda–, salvo (c) «error material de cálculo o subsanación en forma» –regla tercera–.

Con esta innovadora regulación, el texto legislativo pretendía desactivar una reciente jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo que, según un sector de opinión autorizado, ponía en riesgo, si no vaciaba de contenido, toda o buena parte de la jurisprudencia anterior sobre «error excusable o inexcusable» –se trata de la STS, 4.^a, de 18 de diciembre de 2009 (NSJ032329)–, hasta el punto de llegar incluso a poner en riesgo una de las reformas más relevantes de 2002 en este punto, como fue la regla de «paralización de los salarios de tramitación», a través de este «despido improcedente exprés». A este respecto, la regulación legal vigente distingue, siguiendo esa jurisprudencia, dos situaciones jurídicas bien diversas, atendiendo al carácter excusable o no del error en las cantidades debidas:

- a) Error no sustancial o excusable del empresario en la cantidad debida como indemnización y, en su caso, salarios de tramitación. En este caso, la sentencia declarará la improcedencia del despido «y se limitará a condenar al empresario a abonar la diferencia entre lo abonado o depositado y la cuantía que corresponda». Este error no privaba de efectos a la actuación empresarial, de modo que no se devengan, o bien serán más reducidos, en función del tiempo en que depositó la cantidad –STS, 4.^a, de 19 de octubre de 2007 (NSJ024524), entre muchas otras–.
- b) Error sustancial o inexcusable en la cuantía abonada o consignada. En este caso, la sentencia condenará al empresario a optar entre readmisión o indemnización en la cuantía que se declare procedente, con abono de los salarios dejados de percibir, en los términos del artículo 56.1 del ET. La percepción por el trabajador del importe ofrecido por el empresario, o la retirada del importe consignado a su favor, no le impedirán impugnar la extinción contractual. Por tanto, no tiene lugar el efecto de la congelación o de la paralización de los salarios de trámite –STS, 4.^a, de 1 de octubre de 2006 (NSJ031688)–.

Pues bien, basta una palabra derogatoria del legislador –disp. derog. única, 1 e), que deroga el art. 105.3 LRJS– para que todo este intenso debate se convierta en puro material para la «papelera de reciclaje». La eliminación del despido exprés y de la propia institución de los salarios de tramitación, si no hay readmisión, deja vacío de sentido toda esta pugna entre legislación y jurisprudencia.

Asimismo, hemos de referirnos a las modificaciones introducidas en la LRJS a raíz de estos mismos profundos cambios en los efectos de los despidos improcedentes llevados a cabo por el RDL 3/2012, tanto en el artículo 110.1 como en el 111.1 b) de la LRJS. Se trata de ajustes de coherencia con las modificaciones del artículo 56 del ET. Las modificaciones en el artículo 110.1 tienen que ver con la eliminación de los salarios de tramitación cuando el empresario opta –o cabe entender por hecha esta opción– por la indemnización. Lo mismo sucede con la nueva redacción dada al artículo 111 b) de la LRJS, en las situaciones en que estuviera pendiente el recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido y el empresario optara, como a partir de ahora será regla aún más general, por la indemnización.

La misma lógica tiene la reforma que se introduce en el artículo 281.2 b) de la LRJS, en relación con la ejecución de sentencias que declaren la improcedencia del despido.

En el segundo plano, en el del impacto en los despidos individuales –o plurales– hechos por motivos económicos, el artículo 124.11 de la LRJS introduce algunas especialidades al respecto para tener en cuenta el cambio sustantivo. Como se dijo al inicio de este tema, el RDL 3/2012 ha dado un vuelco al modelo estatutario preexistente de regulación colectiva de empleo para las empresas con situaciones económicas negativas, ahora más bien tan solo con dificultades. La reforma ha eliminado la autorización administrativa, por lo que el control es puramente judicial. Si, como veremos de inmediato, para el despido colectivo ha creado una modalidad especial, para el despido económico individual o plural –los que se realizan por las mismas causas, pero con un umbral cuantitativo inferior– se canaliza, como en el pasado, a través de la modalidad prevista para los despidos objetivos –arts. 120 a 123–, con especialidades.

Las «especialidades» se recogen en el artículo 124.11 de la LRJS. Vamos a ver cuáles son estas y de inmediato analizaremos la nueva modalidad de impugnación de despido colectivo. En efecto, conforme al artículo 124.11 de la LRJS, cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se tendrán en cuenta las siguientes especialidades respecto del proceso previsto para los despidos objetivos:

- a) *Legitimación pasiva*. Cuando el objeto del debate procesal verse sobre preferencias atribuidas a ciertos trabajadores –sus representantes o bien de los colectivos que determine la negociación colectiva–, estos también deberán ser demandados, así como los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquellos.
- b) *Efecto de cosa juzgada positivo*. Si iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial por vía colectiva, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual,

al igual que sucede con las sentencias que se dictan en los procedimientos colectivos a tenor del artículo 160.3 de la LRJS –que realmente es la naturaleza que tiene este proceso–.

- c) *Sanción de nulidad del despido*. El despido será nulo además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de la LRJS –lesión de derechos fundamentales, en fraude de ley en el cómputo de despidos incluidos durante 90 días; discriminatorios por contrarios al ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar–, cuando se incumpla lo previsto en los artículos 51.2 –requisitos de procedimiento– o 51.7 del ET –autorización por fuerza mayor–, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, según el artículo 64 de la Ley Concursal.

Conviene tener en cuenta la aplicación de la regla general para estos procedimientos del carácter hábil del mes de agosto, conforme a lo que prevé el artículo 43.4 de la LRJS, que se ha modificado por el artículo 21 del RDL 3/2012 para incluir a todos estos supuestos –arts. 50, 51 y 52 ET–.

4. Nueva modalidad procesal para las impugnaciones colectivas de los despidos colectivos: ¿Resucitando a otro «muerto», la nulidad por despido fraudulento?

No hay duda de que el cambio más significativo en la LRJS es la creación de una nueva modalidad procesal especial. Convendría, pero no vamos a hacerlo aquí, discutir esta opción legislativa, que ha ignorado la necesidad de simplificación de la compleja estructura procesal social, en la que junto al proceso ordinario conviven múltiples modalidades procesales, multiplicadas con la LRJS, en vez de racionalizarse. La nueva reforma sustantiva agrava aún más este problema, si bien había otras opciones más racionales, como por ejemplo se ha hecho respecto de otra de las modalidades afectadas por la eliminación de la autorización, la relativa al conocimiento de las decisiones suspensivas y de reducción de jornada ex artículo 47 del ET. Pero la opción legal es la que es y a ella nos atenemos.

La primera regla que fija el artículo 124 revisado de la LRJS es la legitimación activa. Esta le corresponde únicamente a los representantes de los trabajadores, ya sean legales –unitarios– ya sindicales, como precisa de modo expreso. Recuérdese que la norma sustantiva reconoce preferencia a estos últimos tras la reforma de 2010. Por lo que hace a la legitimación pasiva dependerá del periodo de consultas, es decir, de si hay o no acuerdo a la finalización del mismo. Si no lo hay, se demandará al empleador únicamente, si concurre acuerdo, entonces al empleador y a los sujetos representativos que aparezcan como firmantes (art. 124.3 LRJS).

En lo que hace al objeto del proceso, la regulación exige que se ampare la demanda en motivos específicamente establecidos, si bien se formulan en sentido amplio con lo que se relativiza la cuestión relativa al carácter *tasado o no de la lista –objeto de la pretensión–*. Son:

- a) Que no concorra la causa legal indicada en la comunicación escrita.
- b) Que no se respeten los requisitos de procedimiento previstos en los artículos 51.2 (periodo de consultas y requisitos formales y documentales) o 51.7 (fuerza mayor) del ET.

c) Que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Se excluyen expresamente del objeto de este proceso las pretensiones sobre inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia, previstas legalmente o a través de la negociación colectiva (convenios o acuerdos en el periodo de consultas), que deben plantearse a través del procedimiento individual comentado.

La búsqueda de agilidad e inmediatez en la tramitación de este procedimiento determina algunas de las especialidades de tramitación. A saber:

- No precisa agotamiento de las formas de evitación del proceso (modificaciones en tal sentido de los arts. 64.1 –conciliación y mediación previas– y 70.1 –reclamación previa–).
- Se prevé un plazo de caducidad de la acción de tan solo 20 días –a contar desde la notificación a los representantes de la decisión–.
- Se tramitará como urgente, siendo su preferencia absoluta, salvo el relativo a los derechos fundamentales. Tampoco caben recursos contra resoluciones de tramitación –los devolutivos y ordinarios–, salvo en la relativa a la declaración inicial de competencia –art. 124.6 LRJS–.

Admitida a trámite la demanda –para la que no se prevé ninguna especialidad propia–, el secretario judicial:

a) Le dará traslado al empresario demandado, requiriéndole al mismo tiempo para que, en el plazo de cinco días:

- Presente, de ser posible en soporte informático, documentación y actas del periodo de consultas y la comunicación a la autoridad del resultado.
- Notifique, en el mismo plazo, a los trabajadores afectados por el despido la existencia del proceso. Los trabajadores tienen un plazo de 15 días para comunicar al juzgado el domicilio, para la notificación de sentencia.

b) Recabará de la autoridad laboral copia del expediente administrativo al efecto.

La eventual negativa del empleador a cumplir con los requerimientos llevará a uno segundo y urgente –tres días– y, de persistir en el incumplimiento, se prevén diferentes consecuencias negativas –medidas coercitivas del art. 75.5 LRJS y consideración como ciertos los hechos pretendidos por el demandante–.

En este procedimiento, que presumiblemente será de los que puedan considerarse como de especial complejidad, al menos cuando tengan un volumen de trabajadores afectados más significativo, se ha previsto una **regla de anticipación probatoria**. Así, transcurrido el plazo de interposición de demanda de 10 días hábiles, a contar desde la finalización del periodo de interposición de la demanda –20 días desde la notificación de la decisión de despido colectivo por el empresario–, el

secretario judicial debe citar a las partes al acto del juicio. Este deberá tener lugar, en única convocatoria, dentro de los 15 días siguientes. Por tanto, deberá abrirse la vista a más tardar en 45 días hábiles desde la notificación del despido. 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.

La celebración del juicio no presenta especialidad alguna respecto del propio del despido, por lo que la LRJS solo prevé singularidades respecto de la sentencia y sus efectos. Esta se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y, ya sea del Tribunal Superior de Justicia, ya sea de la Audiencia Nacional, en función del ámbito territorial de la empresa afectada, **será directamente recurrible en casación ordinaria** –art. 124.9 LRJS–, pues se trata de una única instancia. De ahí que se haya modificado el artículo 206.1 de la LRJS, que excluía de la casación los ERE que afectaran a menos de 50 trabajadores, y el artículo 191.3 a) de la LRJS –que incluía con carácter general todos los procesos por despido o extinción de contrato de trabajo en el recurso de suplicación, lo que ahora se excepciona para los despidos colectivos–. Ahora, el recurso de casación procederá independientemente de la cuantía y del número de trabajadores afectados. Ciertamente es una mejora tutelar, si bien hay que tener en cuenta que este tipo de causas apenas ocasionaban conflictos por ser casi el 90 por 100 convenidos.

Sin embargo, eliminada la amenaza o la presión que suponía el control administrativo ¿sucederá ahora lo mismo, o asistiremos a un aluvión de impugnaciones que agrave la carga del Tribunal Supremo? Mucho me temo que hay más razones para esperar lo segundo que lo primero dada la extrema liberalización de la causa que llevará a frecuentes conflictos entre representantes de los trabajadores y empresarios en un momento tan crítico como este.

Muy relevante es la regulación del *contenido posible de la sentencia*. Caben tres posibilidades. La primera que se declare el despido «ajustado a derecho», lo que debe suceder cuando el empleador cumpla lo previsto en los artículos 51.2 –procedimiento– o 51.7 –autorización fuerza mayor– del ET y acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida. En cambio, «declarará no ajustada a Derecho», la decisión extintiva cuando el empresario «no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva». Como puede verse, el legislador utiliza conceptos diversos a los propios en el ámbito laboral, pues el despido se califica, en estos ámbitos, o bien de procedente –si concurre la causa–, o bien de improcedente –art. 123 LRJS– y por tanto resulta mucho más ambiguo para determinar sus efectos.

Como tercera calificación, la sentencia podrá declarar la nulidad del despido cuando:

- a) No se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista (razones de forma).
- b) La medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (inconstitucionalidad).
- c) Se realice en fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (razones de fondo).

Sin duda, nos encontramos aquí ante un importante aspecto generador de incertidumbre, y con razón, para el empleador. Los términos tan genéricos en que está redactado este supuesto de nulidad evidencian un margen amplio de lectura por parte de los intérpretes y, de nuevo, se reabre una posibilidad para introducir un control material, de valores e intereses de índole no estrictamente económico –principio de protección de la posición empresarial y del orden público económico productivo–, sino también social –principio de protección del interés a la estabilidad del trabajador, según un clásico principio de orden público social–. En este sentido, no estaría errado observar que su redacción *evoca la construcción jurisprudencial*, que por tanto podría ser «resucitada» y reactualizada, *sobre la acción de nulidad por fraude de ley*.

Esta doctrina fue eliminada del Tribunal Supremo con la excusa de la reforma de 1994, pero sin buenos motivos para ello, más allá, claro, de aportar un factor de flexibilidad –más bien de arbitrariedad– a nuestro sistema de despido. Pero desde finales de los años ochenta hasta esa fecha había ido forjando de un modo muy sólido esa doctrina, distinguiendo netamente entre despidos con causa débil o insuficientemente probada –improcedencia– y despidos sin causa real y/o seria –nulidad–.

Los efectos de cada una de esas calificaciones se fijarán conforme al artículo 123 de la LRJS en relación con los artículos 53 y 56 del ET –la procedencia dará lugar a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio; la improcedencia determinará que se eleve a 33 la indemnización, si opta por esta y no por la readmisión (que será improbable por cuanto conlleva también salarios de tramitación), y la nulidad readmisión inmediata–.

5. Las reformas en las modalidades procesales relativas a la flexibilidad interna: Individuales y colectivas

Por último, la impugnación de suspensiones y reducciones de jornada se articularán a través de las modalidades previstas en los artículos 138 –modificación sustancial de condiciones– y 153-162 de la LRJS –procedimiento de conflicto colectivo– en atención al carácter individual o colectivo de la decisión empresarial. En el caso de decisiones modificativas individuales, el artículo 138.1 de la LRJS obliga a continuar la modalidad especial «aunque no se haya seguido el procedimiento» novador de los artículos 40, 41 del ET y 47 de ese texto legal –según añade el RDL 3/2012–.¹ De este modo, se sigue una solución coherente con la opción reguladora de favor hacia la modalidad especial seguida en otras materias, como por ejemplo en relación con los procesos de despido o sanción. Asimismo, es acorde a la intención del legislador de simplificar las vías o los cauces procesales para llevar a cabo la acción en justicia social. No obstante, y dado que esta indiferencia para la vía procesal del modo adoptado por la decisión empresarial puede perjudicar el derecho a la defensa del trabajador, máxime teniendo el perentorio periodo de caducidad que tiene –20 días hábiles siguientes a la notificación–, se pone de manifiesto de forma expresa que el cómputo de aquel plazo solo correrá *dies a quo* desde que el trabajador haya sido debidamente notificado de la decisión modificativa.

¹ Esta modalidad es de ejercicio obligatorio aunque se invoquen derechos fundamentales. No obstante, la reforma ha creído necesario dejar claro que también serán de ejercicio necesario en tales casos para las acciones de suspensión y reducción –en su doble dimensión, individual y colectiva, pues no distingue el art. 184 LRJS, que se modifica a tal fin–. Con carácter general no lo es el procedimiento colectivo.

Por lo que concierne a las suspensiones y reducciones colectivas, ya se ha dicho que el procedimiento adecuado es el de conflicto colectivo (umbrales igual o superiores al art. 51.1 ET) –arts. 153 a 163 LRJS–. Pero la reforma ha aprovechado la oportunidad para introducir otras novedades, que tienen que ver con la lógica más global de restricción del control colectivo de las decisiones de la empresa.

6. El efecto indirecto de la reforma en los procedimientos de oficio

Para finalizar este análisis de las reformas procesales en coherencia –o no tanto– de las reformas sustantivas, hay que recordar que el cambio de papel de la Administración pública –o autoridad laboral–, en el procedimiento de regulación de empleo a partir de la reforma, llevará a que tenga que reconducir por la vía del procedimiento de oficio la acción de impugnación de acuerdos dolosos, intimidadores o abusivos, así como los que busquen fraudulentamente el cobro de prestaciones, prevista para la autoridad laboral y/o entidad gestora en el artículo 148 b) –procedimiento de oficio–.

IX. EL TEMPO DE LA REVISIÓN ESTATUTARIA: ENTRE INMEDIATEZ, «CUENTAS CON EL PASADO» Y COMPLEMENTOS DE FUTURO INMEDIATO

IX. EL TIEMPO DE LA REVISIÓN ESTATUTARIA: ENTRE INMEDIATEZ, «CUENTAS CON EL PASADO» Y COMPLEMENTOS DE FUTURO INMEDIATO

Al margen de si son «buenas», «malas» o «indiferentes» –para los fines que están en su origen y constituyen su razón de ser–, las leyes laborales se suceden con tal vértigo en el tiempo que el primer problema a plantearse es dilucidar cuál es la norma vigente para cada momento. Los juzgados de lo social ya han dado la voz de alerta sobre el colapso que puede llegar a producir el tener acumulados asuntos que deben resolverse por cuatro leyes diversas –la anterior a 2010, la de 2010, la de 2011 y ahora la de 2012–. La complejidad y densidad de las aprobadas al respecto y la voluntad de aplicación inmediata de cada una de ellas, a fin de poder obtener su mayor utilidad, lleva a recurrir a una técnica de sucesión normativa dispersa o fragmentada, de modo que cada aspecto reformado cuenta con su propia disposición de este tipo –nada menos que 12 disposiciones transitorias contiene el RDL 3/2012–. Con ello se trata de establecer un diverso equilibrio en torno a la voluntad de demorar lo menos posible la entrada en vigor en el plano real de la nueva norma, pero sin por ello alterar en extremo el principio de seguridad jurídica.

Asimismo, la atención «al tiempo en el derecho»¹ se complica adicionalmente en normas que, como el RDL 3/2012, tratan de «ajustar cuentas» con la reforma anterior, por lo que este ámbito regulador será propicio para eliminar las secuelas, en lo posible, de la normativa a la que pretende reaccionar. A tal fin, al margen de las intervenciones realizadas en los preceptos específicos de los cuerpos legislativos afectados, y ya analizados, se incluye una disposición derogatoria única, pero con un importante número de normas derogadas, que ponen de relieve también la voluntad de provocar cambios significativos. No obstante, las derogaciones expresas ni agotan estos efectos ni son siempre correctamente diseñadas, generando una serie de vacíos de regulación y contradicciones que obligan a una intensa labor depuradora de qué está vigente y qué no, sobre todo en ámbitos tan amalgamados y fragmentarios como las políticas activas de empleo y, en especial, las decenas de programas de incentivos.

Finalmente, y evidenciando una vez más la inflación legislativa, así como la multiplicación de fuentes llamadas a actualizar realmente los cambios promovidos, haciéndolos vivir en el mundo del empleo y el trabajo y no solo en las letras de las leyes, aparece un amplio programa de próximas normativas, sean reglamentarias, sean incluso convencionales. En consecuencia, el RDL 3/2012, pese a su extensión e intensidad, llama a nuevos desarrollos e incluso reformas.

¹ OST, F.: *Le temps du droit*, París, 1999.

En el primer ámbito, el relativo a las reglas ordenadoras de la sucesión de normas –derecho transitorio–, y sin perjuicio de remitir para su comentario específico a las anotaciones hechas en el estudio de cada institución, ya se ha destacado su vocación de inmediatez. En este sentido, la disposición transitoria primera, relativa a las ETT es contundente, por cuanto ha querido evitar cualquier resistencia por parte de las autoridades laborales autonómicas –en especial de las políticamente disidentes, por ejemplo Andalucía o País Vasco–, y les ha atribuido la actuación como agencia privada de colocación a la entrada en vigor del real decreto-ley. Asimismo, y en la misma lógica de fomento de la creación de mercados privados y de facilitación de la cobertura pública de ciertas obligaciones empresariales, como la formación, se ha dado inmediatez a las fórmulas de financiación a cargo de las cuotas de la Seguridad Social de las actividades de formación asumidas en el marco de los contratos para la formación y el aprendizaje, de modo que hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario que se prevé, las empresas podrán financiarse el coste de tal formación mediante bonificaciones en las cuotas empresariales con cargo a la partida del SPEE –disp. trans. séptima (actividad formativa y su financiación en los contratos formativos vigentes); y disp. trans. octava, para los que se hagan tras el real decreto-ley y antes de la nueva normativa reglamentaria también–. En esta línea debe incluirse también la disposición transitoria novena –ampliación límite de edad de los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje–.

En cambio, para todo lo que tiene que ver con las bonificaciones y reducciones, así como para otros incentivos, la regla general es mantener la vigencia de las precedentes para los contratos realizados antes de la entrada en vigor –disp. trans. segunda (bonificaciones en contratos vigentes); disp. trans. tercera (normas relativas a la reposición de prestaciones); disp. trans. sexta (contratos de fomento de empleo indefinido)–. Una solución clásica, de respeto de la regla *tempus regit actum*, que se alcanza también respecto de los ERE en tramitación a la entrada en vigor del real decreto-ley, e incluso los ya resueltos, por así exigirlo la seguridad jurídica (disp. trans. décima; disp. trans. undécima –modalidad procesal de impugnación de tales despidos, de modo que la nueva vía jurisdiccional para la impugnación, la del art. 124 LRJS, tan solo resultará de aplicación para los ERE tramitados tras la vigencia del RDL 3/2012–). E incluso en materias como la aportación pública de las empresas que, con beneficios, regulen empleo, que también se regirán por la normativa anterior, lo que afirma la disposición transitoria duodécima, aunque de un modo elíptico: aunque la disposición tiene efectos retroactivos, se reintroduce el límite eliminado con carácter general de la afectación del ERE a más de 100 trabajadores.

Cede también la regla de la inmediatez –por tanto, en cierto modo, contradiciendo el fin u objetivo de la urgencia que sirve de fundamento a la propia técnica del real decreto-ley–, en relación con un aspecto tan importante, al menos en el debate previo, como ha sido la ultraactividad. En este sentido, como ya se indicó, el periodo de cómputo de los dos años a partir de los cuales, salvo pacto en contrario, decae la vigencia del convenio, se cuenta desde la entrada en vigor del real decreto-ley (disp. trans. cuarta). Es difícil comprender, como también se dijo, esta regla, si de verdad este tema preocupaba tanto y quería salirse de unidades petrificadas de negociación: una solución de aplazamiento, pese a su trascendencia, que también se produce respecto al polémico tema del abaratamiento de las indemnizaciones por despido, buscando en este caso no alterar en exceso las situaciones «adquiridas». De ahí que, como dijimos, la regla general sea la aplicación de la nueva y más reducida indemnización a los contratos concluidos tras la entrada en vigor del real decreto-ley, si bien luego el legislador ha introducido una importante modulación a tal regla, por cuanto también los

contratos anteriores se verán afectados, pero solo en el periodo de servicios posterior, por lo que establece un sistema de cómputo de doble tramo y un límite absoluto, las 42 mensualidades de la regulación anterior, a fin de poder conciliar los dos objetivos, respeto a los derechos adquiridos e inmediatez de sus objetivos, que no son otros que facilitar el despido –disp. trans. quinta–.²

En lo que concierne al «ajuste de cuentas» con la reforma anterior, la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 3/2012, evidencia claramente ciertos cambios de enfoque, que ya han sido objeto de estudio detenido. En particular, la liquidación del «despido exprés» y sus reflejos en la normativa procesal, así como la responsabilidad del FOGASA en los despidos por causas económicas con ocho días de salario, en espera de la llamada «mochila austriaca» que, dicho sea de paso, queda en espera. Algunas desapariciones llaman la atención, como pueden ser, según ya se indicó, las bonificaciones de los contratos para propiciar el retorno de las trabajadoras que hayan sido madres –se deroga el art. 4.2 Ley 43/2006–, o el fin del proyecto de fusión entre los dos maltrechos organismos financiadores: SPEE y FOGASA. También destaca la reanimación –si no resurrección propiamente, dado que su derogación definitiva pendía del Plan Nacional de Empleo, no aprobado– de los programas de empleo.

Finalmente, queda la referencia a los «deberes de desarrollo reglamentario» que el Gobierno-legislador pone (o autoimpone) al Gobierno «a secas» –ejecutivo–. Así, en un tiempo breve deberían aparecer los reglamentos de:

- a) La Comisión Consultiva Nacional –disps. adics. quinta y sexta–: el plazo dado es de un mes.
- b) El desarrollo del reglamento ordenador de la actividad formativa en el marco de los contratos para la formación y el aprendizaje –art. 11 ET–.
- c) La cuenta de formación prevista en el artículo 26.10 de la LE –disp. final segunda–: sin plazo. A más largo plazo podría aparecer una regulación, tras evaluación de su utilidad o conveniencia con los interlocutores sociales, del cheque formación, destinado a financiar el derecho individual a la formación de los trabajadores –disp. final tercera–.
- d) Los procedimientos de regulación de empleo –disp. final decimoquinta.2–.

² El apartado 2 de la disposición transitoria quinta determina «que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso».

X. REFLEXIÓN FINAL: EL FUTURO NO SE GANA MIRANDO AL PASADO, NI CON LA «FE EN LOS MILAGROS DE FÁTIMA»

X. REFLEXIÓN FINAL: EL FUTURO NO SE GANA MIRANDO AL PASADO, NI CON LA «FE EN LOS MILAGROS DE FÁTIMA»

Tras el exhaustivo primer análisis de los muchos y muy relevantes cambios que introduce el RDL 3/2012 en nuestro modelo de relaciones laborales, no ya solo en sus instituciones de regulación, no es el momento de volver a realizar una síntesis valorativa y conclusiva sobre los aspectos más relevantes, pues ya se ha hecho, incorporando esas reflexiones parciales al final de cada gran institución jurídico-laboral afectada. Ahora corresponde, entiendo, reclamar la atención sobre el significado real que tiene la reforma estatutaria promovida, que aquí hemos preferido llamar revisión, porque no es una reforma más, al menos a mi juicio. En estos días, estamos asistiendo a un difuso debate entre juristas y economistas, también entre sindicatos y empresarios, entre partidos políticos y, cómo no, también en el ámbito de la ciudadanía, sobre la profundidad de la carga que ha supuesto para nuestro mundo del trabajo esta reforma, que el ministro de Economía ya anticipó sería «agresiva».

A partir de aquí, y como es habitual, las posiciones se han radicalizado. Unos critican de raíz la reforma, evidenciando su impacto demoledor sobre los derechos de los trabajadores en aras de una presunta capacidad para así generar empleo que, salvo en la fe por los milagros, la ciencia y la experiencia demuestran que no tendrá, ni puede tener. Otros, la avalan.

El resultado es, una vez más, una radical división sobre posiciones ideológicas, de modo que para unos incluso sigue siendo «tímida», conservando claves del modelo precedente –que sin ningún rubor, ni racionalidad, siguen considerando «franquista»–, mientras que para otros se trata de una voladura autoritaria del modelo precedente, en una dirección claramente ultraliberal en lo económico, y autoritaria en lo político (colectivo). No faltan los eclécticos, que no dejan de indicar las grandes alteraciones de reglas y principios que se introducen con la reforma del RDL 3/2012, pero sin considerar que por eso ha habido un cambio de modelo de relaciones laborales. En algunos casos, tan radicales pronunciamientos se hacen sin haber realizado el debido estudio en profundidad de todas y cada una de las letras, las grandes y las «pequeñas», de tan extenso y caótico texto. Precisamente, si algo hace falta es, además de coherencia con el modo de ser y pensar respecto del juego de equilibrios de poderes, derechos y razones que el orden constitucional establece, haciendo bandera de un modelo democrático y social de relaciones laborales, mucha más seriedad y rigor en el análisis de las leyes, a fin de poder evidenciarle al Gobierno-legislador lo que «puede» hacer y lo que, aunque quiera, no puede hacer, porque la vida se rige no solo por la Ley sino por el Derecho –arts. 9 y 117 CE–.

No voy a ser yo quien niegue el valor y la fuerza de las «ideologías» tanto en las normas legales como en su «lenguaje», que no es neutral. Poblar el ET de conceptos tales como los de competitividad, productividad, «empleabilidad», y las leyes que lo reforman de conceptos tales como «flexiseguridad», «capital humano», eficiencia del mercado de trabajo... no puede ser considerado como una pura tecnología reguladora. En otros términos, no se trata de un imperativo racional que expresaría una incómoda para todos sí, pero inexorable también, necesidad de adaptación de las personas, los grupos y los pueblos, y los Estados, a los dictados de la economía y, cómo no, de los omnipresentes mercados –financieros– y las autoridades que los amparan, avalan y blindan –FMI, Comisión Europea, Banco Mundial–. Elegir esos conceptos y proponer determinadas soluciones en detrimento de otras, que existen, presupone una previa opción ideológica, respecto de la cual es necesario evidenciar sus presupuestos y sus efectos. Ahora bien, eso es una cosa, y otra el quedarse, para el jurista, en esa lógica externa de crítica. La función social más relevante que puede aportar el jurista, junto con el resto de los sujetos que intervienen en el proceso de hacer de los textos normas aplicables y valores de vida, es la de descubrir el sentido profundo de las regulaciones y pronunciarse con nitidez sobre las vías de mejora que aportan –que existen–, y las lagunas y contradicciones que introducen, refuerzan o alientan. A diferencia de lo que ciertos economistas, sectores de poder, Gobiernos evidencian en estos años de crisis, el «*Derecho del Trabajo no es su capricho*», parafraseando la conocida frase de GOERING: «*(Arbeit) Rech ist das, was uns gefällt*».

